

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS ALBERTO TELLO
GÓNZALEZ CONTRA BANCO POPULAR y COMPAÑÍA DE ASESORÍAS Y
SERVICIOS TEMPORALES – ASERVIT Y CIA S. EN C. Y COMO LLAMADA EN
GARANTIA SEGUROS DEL ESTADO S.A. (RAD. 15 2019 00560 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte actora y de las demandadas BANCO POPULAR S.A. y ASERVIT Y CIA EN C, contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de febrero de 2023 (*archivo 22, récord: 1:08:17*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *que bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formas existió un verdadero contrato de trabajo entre el señor **CARLOS ALBERTO TELLO GONZÁLEZ** y el **BANCO POPULAR S.A** por los siguientes periodos:*

- a. El primero del 28 de mayo del 2012 hasta el 30 de mayo del 2013 con un salario de \$1.710.489 en el cargo de profesional,*
- b. El segundo del 1 de junio de 2013 al 30 de julio de 2014 devengando un salario de \$1.774.804 en el cargo de profesional,*
- c. El tercero del 1 de agosto de 2014 al 29 de marzo de 2015 devengando un salario de \$1.844.554 y*
- d. El cuarto del 7 de abril de 2015 al 1 de septiembre de 2016 en el cargo de profesional devengando un salario de \$1.844.554.*

SEGUNDO: ABSOLVER *a las demandadas **BANCO POPULAR S.A., ASERVIT Y COMPAÑÍA EN SOCIEDAD EN COMANDITA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A** de*

*todas y cada una de las pretensiones condenatorias invocadas en la presente acción y frente a las mismas **DECLARAR** demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y no existencia de la fuente formal del derecho reclamado conforme se expuso en la parte motiva.*

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.”.

Inconformes con la decisión los apoderados de la parte actora y de las demandadas BANCO POPULAR S.A. y ASERVIT Y CIA EN C, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente la parte actora, esgrimió¹, existen serios elementos normativos, tanto procesales como sustanciales, que no han sido tenidos en cuenta, por ejemplo, existen pruebas que demuestran que sí existe una obligación en cabeza del Banco Popular en el sentido de indemnizar al demandante, no solamente porque existen fuentes formales sustanciales de derecho, sino también convencionales, que han sido reconocidas por las partes como ley y tienen el carácter de documentos públicos.

Agregó, existe obligación en cabeza de los empleadores al momento de diferenciar o de discriminar los beneficios salariales y convencionales especialmente cuando se ha reconocido una relación laboral real entre empleador y trabajador.

¹**Recurso Parte Demandante, récord 1:11:00, archivo 22:** “No, pues su Señoría sí, pues sustento mi recurso en el sentido de que principalmente existen serios elementos normativos, tanto procesales como sustanciales, que no han sido tenidos en cuenta, por ejemplo, han sido varias y es bastante las pruebas que han sido aportadas por la parte actora en el sentido, no solamente demostrar que sí existe una obligación en cabeza del Banco Popular. En el sentido de indemnizar a la demandante, no solamente porque existen fuentes formales sustanciales de Derecho, sino también convencionales, que pues han sido reconocidas por las partes como ley para las mismas y que como pues su Señoría lo manifestó en alguna oportunidad, son documentos públicos y que, como lo manifestó, son ley para las partes. Además, la documentación de orden público manifiesta que sí existe obligación en cabeza de los empleadores al momento de diferenciar o de discriminar, como si lo ha manifestado el señor juez. En cuanto a beneficios salariales y convencionales a los empleados, especialmente cuando se ha reconocido una relación laboral real entre empleador y trabajador, primero eso.

Segundo dentro de los elementos normativos sustanciales cabe también destacar la indemnización por despido de justa causa que no ha sido tenido en cuenta por el señor juez al momento de tomar su decisión. Han sido otros elementos también sustanciales que han sido soportados por la jurisprudencia y que han sido reconocidos en el sentido de indemnizar al empleado cuando existe el desconocimiento de las normas sustantivas que regulan las relaciones laborales de trabajo. Entonces, en ese sentido, señor juez, y pues también teniendo en cuenta otros elementos, tanto procesales como sustanciales me permita presentar el presente recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de emitir y reservándome, también el derecho con base en el artículo 66 en la jurisprudencia que lo desarrolla de poder exponer por escrito mis argumentos, muchísimas gracias, señor juez”.

En segundo lugar adujo, dentro de los elementos normativos sustanciales cabe destacar la indemnización por despido sin justa causa que no fue tomada en cuenta por el señor juez al momento de tomar la decisión, pues la jurisprudencia ha reconocido que se debe indemnizar al empleado cuando existe el desconocimiento de las normas sustantivas que regulan las relaciones laborales de trabajo.

De igual forma, la demandada BANCO POPULAR, exteriorizó², queda inconforme con la decisión en el sentido de haberse declarado bajo el principio de la primacía

² **Recurso Parte Demandada BANCO POPULAR, récord 01:13:39, archivo 22:** “Muchas gracias, señor juez, le manifiesto que el Banco Popular queda inconforme con la decisión en el sentido de haberse declarado bajo el principio de la primacía de la realidad al Banco Popular como verdadero empleador del demandante en los periodos que usted determinó que no es necesario volverlos a analizar y en cuanto a periodos para sustentar la inconformidad que le corresponde, que tiene el Banco Popular con las decisiones del fallo, señor juez, usted hizo relación a esos artículos 22, 23, 24 del Código Sustantivo de Trabajo al artículo 53, superior al artículo 71 de la Ley 90 de 1990, al Decreto 2372 de 2006, en apoyándose para condenar al Banco Popular, también en decisiones jurisprudenciales o decisiones de la honorable Corte Suprema de Justicia, analizó, señor juez, los contratos que resultan en el expediente desde la página 48 y siguientes, analizó certificaciones emitidas por las sociedades demandadas, miró la liquidación de los contratos y la certificación de los contratos, analizó los interrogatorios de parte y la prueba testimonial. Sin embargo, esas pruebas que reposan en el expediente no ofrece ningún soporte para que el juzgado hubiese tenido al Banco Popular como verdadero o empleador del demandante. Y señor juez, basta con mirar estos hechos, 219, 215 a 219 de la misma demanda, en donde inicia el apoderado del actor con una confesión judicial. Nótese que allí la ley le permite al apoderado confesar, y si nos remitimos a esos cuatro o 5 hechos de la de la demanda, fácilmente se verifica que efectivamente el Banco Popular recurrió al apoyo de las empresas de servicios temporales para cubrir sus necesidades y unas necesidades específicas. Unas necesidades en donde el mismo demandante expresa cargos y reemplazos de funcionarios del Banco Popular, hechos 215 a 219. Luego no es posible determinar la teoría del contrato realidad.

El Banco Popular fue verdadero empleador de esta persona porque se extendió una red cuatro relaciones de trabajo con el demandante en cuatro periodos totalmente diferentes. Nótese que mire que el juzgado, incluso parte del criterio que son cuatro relaciones de trabajo totalmente diferentes, lo que pasa es que en nuestro criterio se analizó en forma totalmente indebida las pruebas del proceso, inclusive los hechos de la acción, pero si eso fuese insuficiente para verificar que los contratos, las certificaciones y las manifestaciones del demandante son plena prueba para verificar que el Banco cubrió sus necesidades temporales. Para reemplazar personal, para cubrir cargos diferentes, es también conveniente remitirnos a la declaratoria de confeso, a las 2 declaratorias de confeso que están en este proceso, la primera por la inasistencia del demandante a la audiencia de conciliación y la segunda, que sobre esa recayó respecto de hechos específicos, declaratoria de confesión ante el interrogatorio de parte o las preguntas del interrogatorio de parte y nótese el señor juez que allí el demandante quedó confeso que él tuvo varios contratos con propósitos de ejecutar labores y cargos diferentes. Eso es cierto, y esa situación se puede ver en los hechos 215 a 219 y eran cargos diferentes para reemplazar a personas diferentes. También que las tareas que desempeñó, hecho 8 del interrogatorio de parte. Que las tareas que desempeñó eran realizadas por funcionarios diferentes y es más señor juez, usted en forma acertada cuando verificó si existía el inconveniente con relación a la diferenciación salarial. Nótese que fue él mismo demandante el que le propone al juzgado que lo compare con el señor José Leopoldo Beltrán, Claudia Jimena Contreras, Juan de Jesús Bejarano, Luz Ángela Cano, Elsa Margarita Otálora y Esmeralda Linares, y dice el demandante que es que él asumió los cargos de esas personas, luego la información que verificó en

de la realidad al Banco Popular como verdadero empleador del demandante, en su sentir, las pruebas que reposan en el expediente no ofrecen ningún soporte para tener este extremo como verdadero empleador del demandante ya que efectivamente el Banco Popular recurrió al apoyo de las empresas de servicios temporales para cubrir unas necesidades específicas, tratándose de cargos y reemplazos de funcionarios del Banco Popular diferentes.

Añadió, el Banco Popular no fue verdadero empleador del actor porque se extendieron cuatro relaciones de trabajo totalmente diferentes, tal como se advierte de los contratos, certificaciones y manifestaciones del demandante, permitiendo cubrir necesidades temporales para reemplazar personal y cubrir cargos diferentes. Aludió, se debe tener en cuenta la declaratoria de confeso en este proceso por la inasistencia del demandante a la audiencia de conciliación y que recayó respecto de hechos específicos.

los hechos, 215 a 219 es perfectamente transmisible. Se puede transpolar a la solicitud de diferenciación salarial, porque es que él dijo que si se comparaba con estas personas porque había ejercido esos cargos. Luego es cierto, señor juez, que hubo cargos totalmente diferentes y para reemplazar personal totalmente diferente. Luego no podemos verificar que efectivamente el Banco Popular fue empleador de esta persona, puesto que la verdadera empleadora del demandante fue la empresa de servicio temporal. Reitero, señor juez cuando analizamos los hechos, 215 a 229 corrijo, estos esos hechos, 215 a 229 de la demanda dan cuenta específicamente de esa situación. En que aquí no se violó el servicio temporal. ¿Considerará eventualmente el honorable tribunal que el Banco Popular se queja a pesar de que no fue objeto de decisiones de condena? Pero tampoco es posible que nosotros, como Banco Popular, admitamos que por el hecho de haber recurrido al servicio temporal, como lo dijimos en la contestación de la demanda y como usted, muy bien lo leyó en el contrato comercial con la empresa del servicio temporal. Allí las necesidades del Banco son diversas los cargos del Banco son disímiles. Hay necesidades frente a determinados trabajadores, luego eso fue precisamente lo que se hizo con el demandante, con la empresa de servicio temporal para que auxiliara esas necesidades temporales. Esas necesidades de vacaciones, licencias, permisos, licencias de luto, licencias de maternidad. De pronto el personal en licencias se quedaba por la teoría de estabilidad ocupacional reforzada. Luego esa situación es la por la que se queja el Banco Popular como quiera que no existe contrato de trabajo entre el Banco Popular, ahora el compararlo con varios trabajadores, llega el juzgado a la conclusión que efectivamente desempeñó de esos cargos de esos trabajadores, luego esa situación implicaba que, efectivamente, no era el Banco Popular empleador de esa de esa persona en los periodos en el que se indicó... En lo que se indicó que el Banco Popular era el verdadero empleador. De modo, señor juez, que con el interrogatorio de parte con la confesión de los hechos del 215 a los 229 de la demanda y con el contenido de las pruebas analizadas fácilmente se verifica que el Banco Popular no fue empleador del demandante que no operan, en este caso, la teoría de que el contrato realidad y mucho menos el Banco Popular, hubiese en asocio con la con la empresa de servicio temporal, hubiesen violado la ley, puesto que aquí se dan una situación estructuralmente diferente. Igualmente, señor juez, debo indicar que las sentencias que usted analizó para llegar a esa conclusión y en especial la SL 1702 o la del 2010 de abril 10/03/2020, del doctor Forero de la Corte de la sala de descongestión, allí se dice, es que si efectivamente, que si ello no ocurre con relación al cargo y aquí los cargos fueron totalmente diferentes. Lo único que dice que no es diferente es el Banco Popular y el trabajador, pero es que el trabajador ejecutó actividades y misiones totalmente diferentes, motivo por el cual tiene su Señoría, manifestamos inconformidad y le solicitamos al juzgado que nos conceda el recurso de apelación muchas gracias”.

Insistió, el actor reemplazó a personas diferentes, pues las tareas que desempeñó eran realizadas por funcionarios de áreas ajenas, es más, él mismo demandante propone que lo compare con el señor José Leopoldo Beltrán, Claudia Jimena Contreras, Juan de Jesús Bejarano, Luz Ángela Cano, Elsa Margarita Otálora y Esmeralda Linares, luego la verdadera empleadora del demandante fue la empresa de servicio temporal.

Arguyó, allí las necesidades del Banco son diversas y los cargos del Banco son disímiles, hay necesidades frente a determinados trabajadores, luego eso fue precisamente lo que se hizo con el demandante, con la empresa de servicio temporal para que auxiliara esas necesidades temporales. Esas necesidades de vacaciones, licencias, permisos, licencias de luto, licencias de maternidad, de pronto el personal en licencias se quedaba por la teoría de estabilidad laboral reforzada.

Por último indicó, las sentencias en cita, en especial la SL 1702 o la 2010 del 10/03/2020, del doctor Forero de la Corte de la Sala de Descongestión, dice que si efectivamente ello no ocurre con relación al cargo no opera.

Finalmente, la codemandada **ASERVIT Y CIA S EN C.**, atacó³ lo relativo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conllevaron a declarar una verdadera

³ **Recurso Parte demandada ASERVIT Y CIA S EN C, récord 1:25:34, archivo 22:** “Sí, doctor, muchas gracias, al igual que el doctor Escudero, también interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia, pues pese a que las pretensiones condenatorias fueron solo declarativas digamos, absolver a las 2 empresas demandada si, existen algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar que nos podrían llevar a una conclusión distinta a la que llegó el juez, el despacho, en este caso, de establecer por primero que hubo una verdadera relación laboral entre el señor demandante, Carlos Alberto Tello y el Banco Popular y consecuentemente una responsabilidad solidaria de mi cliente, la empresa Aservit y Compañía y como bien lo mencionaba el doctor Escudero en su recurso de apelación, evidentemente, dentro de los hechos por los cuales se declaró confeso el señor Tello, y es evidente que existieron cuatro funciones y cuatro actividades totalmente diferentes en cada uno de los contratos dicho por el mismo demandante en el hecho 2.29, donde se establece que realizó asistencia de contratos y garantías en uno de sus contratos, en el otro asistencia de estudios y conceptos como encargado, en el otro asistencia de procesos judiciales, también como encargado y abogado de la unidad, por lo por lo que no se puede establecer que el trabajador, digamos, tuvo una continuidad laboral relacionada con este tema y menos una solidaridad de mi representada.

Si bien es cierto el principio de la privacidad de la realidad sobre las formalidades, en principio se debe aplicar a favor de la parte débil de la relación laboral, pues este principio también debería ser aplicable en el fallo integral. Entonces, si bien es cierto, todos los contratos tienen el mismo título en en el sentido de indicar que el contrato estaba para la secretaría de la gerencia, se aclaró y quedó absolutamente probado dentro de la demanda, que fueron cuatro actividades totalmente diferentes.

relación laboral entre el señor demandante, Carlos Alberto Tello y el Banco Popular y consecuentemente una responsabilidad solidaria con la EST.

Al efecto, expuso, existieron cuatro funciones y cuatro actividades totalmente diferentes en cada uno de los contratos desarrollados por el actor, situación aceptada por el mismo demandante, donde se establece que realizó asistencia de contratos y garantías en uno de sus contratos, en el otro asistencia de estudios y conceptos como encargado, en el otro asistencia de procesos judiciales, también como encargado y abogado de la unidad, por lo que no se puede establecer que el trabajador tuvo una continuidad laboral.

Destacó, si bien es cierto el principio de la privacidad de la realidad sobre las formalidades, se debe aplicar a favor de la parte débil de la relación laboral, este principio también debería ser aplicable en el fallo integral. Mencionó, aunque todos los contratos tienen el mismo título en el sentido de indicar que el contrato estaba para la secretaría de la gerencia, quedó absolutamente probado dentro de la demanda que fueron cuatro actividades totalmente diferentes.

Por otra parte, atacó la declaratoria de responsabilidad solidaria ya que nunca existió una intencionalidad de hacer una contratación irregular, porque ese no fue el objetivo del contrato de prestación de servicios suscrito entre Aservit y Banco Popular en su momento.

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

Entonces en este sentido, señor juez, apelo la decisión en el sentido de establecer primero la existencia de un contrato en realidad con fundamento en que son cuatro actividades totalmente diferentes. El segundo en el sentido de declarar la responsabilidad solidaria de mi representada en este proceso y cuarto, definitivamente, como lo mencionaba el doctor Escudero entre el Banco Popular y mi representada, nunca existió una intencionalidad de hacer una contratación irregular, porque ese no fue el objetivo del contrato de prestación de servicios suscrito entre Aservit y Banco Popular en su momento. Entonces, por lo anterior, señor juez, Interpongo mi recurso de apelación en sentido de revocar la decisión de declarar la solidaridad de mi representada, pues, así como establecer un contrato realidad cuando en verdad no existió. Entonces así, Eh, lo dejo sustentado, señor juez, muchas gracias”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **CARLOS ALBERTO TELLO GONZALEZ**, las pretensiones visibles a páginas 149 a 151 del archivo «001. *Subsanación demanda.pdf*», las cuales se fundan en los hechos relatados a páginas 143 a 146, aspirando se declare:

PRIMERO: que entre el BANCO POPULAR S.A. con NIT No. 860.007.738-9 y CARLOS ALBERTO TELLO GONZÁLEZ identificado con la C.C. No. 80.821.767, domiciliado y residente en Bogotá existió relación laboral la primera en calidad de empleador, y este último como trabajador, existiendo una subordinación, laborando ininterrumpidamente en los cargos relacionados en los hechos y existiendo una contraprestación por la labor desempeñada representada en un salario básico igual al de los trabajadores de planta que cumplen las mismas funciones.

SEGUNDO: que entre el BANCO POPULAR S.A. con NIT No. 860.007.738-9 y CARLOS ALBERTO TELLO GONZÁLEZ identificado con la C.C. No. 80.821.767, domiciliado y residente en Bogotá existió Vínculo Laboral Real y por tanto de un Contrato Laboral Realidad sin solución de continuidad formal-contractual.

TERCERO: que BANCO POPULAR S.A. omitió su deber de consignar la totalidad del valor en el fondo de Cesantías el Auxilio de Cesantías, al ofrecer al demandante un salario diferente al que reciben los trabajadores de planta por sus funciones, correspondiente a los años de 2012 a 2016.

CUARTO: la empresa demandada omitió con su deber de pagar los intereses a las cesantías en las fechas estipuladas por la Ley, , al ofrecer al demandante un salario diferente al que reciben los trabajadores de planta por sus funciones, por lo que debe cancelar a mi poderdante por concepto de DE INTERESES DE LAS CESANTÍAS.

QUINTO: que la empresa demandada debe pagar a mi poderdante por concepto **MORA EN EL PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS CESANTIAS**, siendo este un día de salario por cada día que pase en la mora de las cesantías, fechas base para liquidar desde el quince (15) de febrero de dos mil doce (2012) hasta la fecha de presentación de esta demanda, de conformidad con lo establecido por el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Sin embargo esta suma deberá ser actualizada a la fecha en se dicte sentencia.

SEXTO: la empresa demandada omitió en la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales de mi prohijado en lo relativo a por conceptos tales como cesantías, vacaciones, de primas de servicios (Tanto legales como extralegales), correspondientes a los períodos trabajados de 2012 a 2016.

SEPTIMO: que la empresa demandada, deben pagar a mi defendido, por concepto de sanción moratoria del Artículo 65 del C.S.T, por el no pago oportuno de vacaciones y prestaciones sociales a la fecha de presentación de esta demanda. Sin embargo esta suma deberá ser actualizada a la fecha en que se dicte sentencia.

OCTAVO: que se declare la aplicación de las normas convencionales acordadas en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el **BANCO POPULAR S.A** y la **UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS - UNEB** vigente al momento de los hechos aquí comentados a la real relación de trabajo aquí evidenciada y por tanto se permita al suscrito antiguo trabajador en misión, acceso a los beneficios, auxilios y demás prerrogativas que esto implica, o en la que les sea más favorable en virtud de los principios de la ley laboral y colectiva.

NOVENO: se realice el reajuste y/o reliquidación de los salarios y contraprestaciones económicas impuestos al suscrito en calidad de trabajador en misión, representada en un salario básico igual al de los trabajadores de planta que cumplen las mismas funciones, sumado a la carga laboral equivalente a las tres labores desempeñadas durante el período contratado.

DÉCIMO: que la existencia de la Solidaridad Laboral entre el empleador real BANCO POPULAR S.A. y la empresa COMPAÑÍA DE ASESORÍAS Y SERVICIOS TEMPORALES - ASERVIT Y CIA LTDA.

DÉCIMO PRIMERO: se ordene al BANCO POPULAR S.A y a la Empresa de Servicios Temporales COMPAÑÍA DE ASESORÍAS Y SERVICIOS TEMPORALES - ASERVIT Y CIA LTDA., en calidad de deudores solidarios, al pago retroactivo e indexado de la diferencia entre los salarios, prestaciones sociales, de todas las indemnizaciones y de todos los beneficios convencionales y legales percibidos a la fecha y aquellos que recibe como salario básico los trabajadores de planta que cumplen las mismas funciones, sumado a la carga laboral equivalente a las tres labores desempeñadas durante el período contratado; por conceptos tales como cesantías vacaciones, de primas de servicios (Tanto legales como extralegales), así como todos aquellos de carácter convencional, y a cuyo acceso se ha impedido mediante la Modalidad de Contratación referida.

DÉCIMO SEGUNDO: se reconozca la ineficacia de pleno derecho y por tanto ausencia de efectos legales de los Contratos de Obra o Labor Determinada suscritos por el demandante con la Empresa de Servicios Temporales COMPAÑÍA DE ASESORÍAS Y SERVICIOS TEMPORALES - ASERVIT Y CIA LTDA., en las condiciones descritas y comentadas a lo largo de la presente, y donde se hubieren superando los límites legales también descritos a lo largo de ésta comunicación, especialmente en su aparte sobre las **RAZONES EN LAS CUALES ESTÁ FUNDAMENTADA LA PETICIÓN** y donde se relacionan sus **FUNDAMENTOS DE DERECHO**.

DÉCIMO TERCERO: requerir al BANCO POPULAR S.A. para que, en calidad de empleador real, sea éste quien expida por escrito y en papel membrete, la Certificación Laboral de que trata el Ordinal 7 del Artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo.

DÉCIMO CUARTO: que la empresa demandada debe pagar las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho a que hubiere lugar.

DÉCIMO QUINTO: condenar a la empresa demandada el pago de lo que resulte probado *extra y ultra petita* sobre los hechos discutidos y probados en el presente juicio.

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas existió un verdadero contrato de trabajo entre el señor CARLOS ALBERTO TELLO GONZÁLEZ y el BANCO POPULAR S.A. por los periodos del 28 de mayo del 2012 hasta el 30 de mayo del 2013 con un salario de \$1.710.489 en el cargo de profesional, del 1 de junio de 2013 al 30 de julio de 2014 devengando un salario de \$1.774.804 en el cargo de profesional, del 1 de agosto de 2014 al 29 de marzo de 2015 devengando un salario de \$1.844.554 y del 7 de abril de 2015 al 1 de septiembre de 2016 en el cargo de profesional devengando un salario de \$1.844.554, se absolvió a las demandadas BANCO POPULAR S.A., ASERVIT Y COMPAÑÍA EN SOCIEDAD EN COMANDITA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A de todas y cada una de las pretensiones condenatorias, se declaró demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y no existencia de la fuente formal del derecho reclamado y no se condenó en costas.

Todo lo anterior, tras considerar el a quo, que de conformidad con la prueba documental y los testimonios recaudados se establece que, efectivamente, el demandante prestó sus servicios a la demandada BANCO POPULAR S.A. en 4

periodos, ejerciendo el mismo cargo conforme se desprende de cada contrato de trabajo aportado, con lo cual se abrió paso a la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, bajo los parámetros establecidos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Frente a la nivelación salarial adujo que si bien la parte demandada Banco Popular allegó certificado del salario devengado por empleados directos del banco, no se puede establecer si en efecto, las funciones de los señores JOSE LEOPOLDO BELTRAN MUÑOZ, CLAUDIA XIMENA QUNTERO TRUJILLO, JUAN DE JESUS BEJARANO SEPULVEDA, LUZ ANGELA CANO FRANCO, ILSE MARGARITA STOZITZKY OTALORA y ESMERALDA LINARES CAGUEÑAS, eran las mismas funciones del actor, máxime cuando entre los empleados antes mencionados se desprende un salario completamente diferente.

Frente a los posibles derechos convencionales explicó que no hay lugar a análisis alguno al no acreditarse ni siquiera la Convención Colectiva para entrar a analizar a quien le era aplicable.

Con relación a la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, argumentó, que si bien el verdadero empleador del demandante era el Banco Popular, la empresa de servicios temporales, efectuó el pago completo de las prestaciones sociales a la finalización de cada uno de los contratos, prueba de ello, obran liquidaciones visibles a páginas 80 a 83 del plenario, por lo que evidentemente, no existe una mala fe del empleador, pues el Banco Popular en virtud del contrato comercial no efectuó el pago de las prestaciones, pero sí lo hizo la empresa de servicios temporales ASERVIT.

Igualmente, absolvió frente a la solidaridad anhelada por cuanto no se impuso condena alguna a cargo del Banco Popular y ASERVIT, corriendo la misma suerte de esta absolución la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Precisado lo anterior, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), recordándose que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), abordando inicialmente la Sala el argumento principal, relacionado con la existencia

del contrato de trabajo del demandante con el BANCO POPULAR S.A., y de prosperar dicho anhelo se verificará si procede la nivelación salarial, el reconocimiento y pago de beneficios convencionales e indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T.

En este punto, se advierte la relación laboral del demandante, se dio a través de cuatro contratos de trabajo, bajo la modalidad de obra o labor suscritos con la empresa de servicios temporales ASERVIT Y CIA S EN C., en virtud de los cuales éste se desempeñó como Profesional en la dependencia de la Secretaria General, en los siguientes interregnos:

- **Primer contrato** del 28 de mayo de 2012 al 30 de mayo de 2013, devengando un salario de \$1.710.489.
- **Segundo contrato** del 1 de junio de 2013 al 30 de julio de 2014 devengando un salario de \$1.774.804.
- **Tercer contrato** del 1 de agosto de 2014 al 29 de marzo de 2015 devengando un salario de \$1.844.554.
- **Cuarto Contrato** del 7 de abril de 2015 al 1 de septiembre de 2016 devengando un salario de \$1.844.554.

Aspectos fácticos no discutidos por las partes, como tampoco, el hecho que BANCO POPULAR S.A. era la beneficiaria de los servicios del convocante como trabajador en misión de ASERVIT Y CIA S EN C., en esos cuatro periodos indicados, de conformidad con lo plasmado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Asimismo, dicha situación se corrobora con los siguientes documentos aportados:

- Contrato de trabajo de obra o labor determinada No. 12728, suscrito entre el demandante y Aservit y Cía. S. en C., de fecha 25 de mayo de 2012, salario de \$1.710.489, cargo dependencia secretaría gerencia (página 48).

L. 104 DE SERVICIOS TEMPORALES

**CONTRATO DE TRABAJO DE OBRA O LABOR DETERMINADA
PARA TRABAJADORES EN MISIÓN**

CONTRATO COMERCIAL No. BP6010	CIUDAD BOGOTÁ D.C.	CUENTA BANCARIA No.	FECHA FIRMA CONTRATO 25/05/2012	CONTRATO No. 12728
APELLIDOS Y NOMBRES DEL TRABAJADOR TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO			CÉDULA No. 80,821,767	LUGAR DE EXPEDICION BOGOTA
LIBRETA MILITAR No. 80821767	FECHA NACIMIENTO 05/10/1985	EMPRESA USUARIA BANCO POPULAR-CASA MATRIZ		DEPENDENCIA SECRETARIA GERENCIA
CIUDAD Y LUGAR DONDE DESEMPEÑARÁ LAS LABORES BOGOTA D.C. - CALLE 17 N. 7-35		CARGO PROFESIONAL	FECHA INICIO LABORES 28/05/2012	SALARIO MENSUAL 1,710,489
MODALIDAD DE PAGO QUINCENAL		DIRECCIÓN TRABAJADOR CLL151ANO.45-41	CIUDAD BOGOTA D.C.	AUX. RODAMIENTO N.P. 0
			TELÉFONOS 3015473105	

- Contrato de trabajo de obra o labor determinada No. 14727, suscrito entre el demandante y Aservit y CIA S. en C., de fecha 5 de junio de 2013, salario de \$1.774.804, cargo dependencia secretaría gerencia (Pág. 49).

**CONTRATO DE TRABAJO DE OBRA O LABOR DETERMINADA
PARA TRABAJADORES EN MISIÓN**

CONTRATO COMERCIAL No. BP6010	CIUDAD BOGOTÁ D.C.	CUENTA BANCARIA No. 18655394636	FECHA FIRMA CONTRATO 05/06/2013	CONTRATO No. 14727
APELLIDOS Y NOMBRES DEL TRABAJADOR TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO			CÉDULA No. 80,821,767	LUGAR DE EXPEDICION BOGOTA
LIBRETA MILITAR No. 80821767	FECHA NACIMIENTO 05/10/1985	EMPRESA USUARIA BANCO POPULAR-CASA MATRIZ		DEPENDENCIA SECRETARIA GERENCIA
CIUDAD Y LUGAR DONDE DESEMPEÑARÁ LAS LABORES BOGOTA D.C. - CALLE 17 N. 7-35		CARGO PROFESIONAL	FECHA INICIO LABORES 01/06/2013	SALARIO MENSUAL 1,774,804
MODALIDAD DE PAGO QUINCENAL		DIRECCIÓN TRABAJADOR CLL151ANO.45-41	CIUDAD BOGOTA D.C.	AUX. RODAMIENTO N.P. 0
			TELÉFONOS 3015473105	

- Contrato de trabajo de obra o labor determinada No. 16673, suscrito entre el demandante y Aservit y Cia S. en C., de fecha 29 de julio de 2014, salario de \$1.844.554, cargo dependencia secretaría gerencia (Pág. 50).

**CONTRATO DE TRABAJO DE OBRA O LABOR DETERMINADA
PARA TRABAJADORES EN MISIÓN**

CONTRATO COMERCIAL No. BP6639	CIUDAD BOGOTÁ D.C.	CUENTA BANCARIA No. 18655394636	FECHA FIRMA CONTRATO 29/07/2014	CONTRATO No. 16673
APELLIDOS Y NOMBRES DEL TRABAJADOR TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO			CÉDULA No. 80,821,767	LUGAR DE EXPEDICION BOGOTA
FECHA NACIMIENTO 05/10/1985	EMPRESA USUARIA BANCO POPULAR-CASA MATRIZ			DEPENDENCIA SECRETARIA GERENCIA
CIUDAD Y LUGAR DONDE DESEMPEÑARÁ LAS LABORES BOGOTA D.C. - CALLE 17 N. 7-35		CARGO PROFESIONAL	FECHA INICIO LABORES 01/08/2014	SALARIO MENSUAL 1,844,554
MODALIDAD DE PAGO QUINCENAL		DIRECCIÓN TRABAJADOR CLL151ANO.45-41	CIUDAD BOGOTA D.C.	AUX. RODAMIENTO N.P. 0
			TELÉFONOS 3015473105	

- Contrato de trabajo de obra o labor determinada No. 18122, suscrito entre el demandante y Aservit y Cia S. en C., de fecha 6 de abril de 2015, salario de \$1.844.554, cargo dependencia secretaría gerencia (Pág. 51).

**CONTRATO DE TRABAJO DE OBRA O LABOR DETERMINADA
PARA TRABAJADORES EN MISIÓN**

51

CONTRATO COMERCIAL No BP6639	CIUDAD BOGOTÁ D.C.	CUENTA BANCARIA No 18655394636	FECHA FIRMA CONTRATO 06/04/2015	CONTRATO No 18122	
NOMBRES Y NOMBRES DEL TRABAJADOR TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO			CEDULA No 80,821,767	LUGAR DE EXPEDICION BOGOTA	
FECHA NACIMIENTO 05/10/1985	EMPRESA USUARIA BANCO POPULAR-CASA MATRIZ			DEPENDENCIA SECRETARIA GERENCIA	
CIUDAD Y LUGAR DONDE DESEMPEÑARA LAS LABORES BOGOTÁ D.C. - CALLE 17 N. 7-35		CARGO PROFESIONAL	FECHA INICIO LABORES 07/04/2015	SALARIO MENSUAL 1,844,554	AUXILIARIO N.º 0
TOTALIDAD DE PAGO QUINCENAL	DIRECCION TRABAJADOR CLL151ANO.45-41		CIUDAD BOGOTA D.C.	TELEFONOS 3008920363	

- Certificado de formación en el puesto de trabajo para cargos de casa matriz, de fecha 20 de julio de 2012:

CERTIFICADO DE FORMACIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO PARA CARGOS DE CASA MATRIZ

NOMBRE: CARLOS ALBERTO TELLO GONZÁLEZ
CEDULA: 80.821.767 de Bogotá D.C.
CARGO A DESEMPEÑAR: ABOGADO
FECHA DE ENTRENAMIENTO EN EL PUESTO DE TRABAJO: 20 DE JULIO DE 2012.

Relacione a continuación los contenidos recibidos durante la entrega de cargo.

PROCESOS: ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD - CONVENIO COLABORACIÓN - CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS Y FUENTE DE PAGO - COMPRAVENTAS - CONTRATOS DE CRÉDITO - CORRESPONSALÍA BANCARIA - DESPIGNORACIÓN DE ACCIONES - ENTREGA DE SALDOS DE FALLECIDOS - FIDUCIA EN GARANTÍA - GARANTÍAS BANCARIAS - OPINIONES LEGALES - PRENDAS - PRENDA DE PAGARÉS - PRENDA DE VEHÍCULO - PROMESAS DE COMPRAVENTA - SISTEMA DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO - HIPOTECAS - COMPRAVENTA E HIPOTECA - AMPLIACIONES DE HIPOTECA - CANCELACIONES DE HIPOTECA.

- Memorando expedido por Aservit y Cia S. en C. de fecha 23 de julio de 2012, en el que se comunica al demandante el cambio de labor desde el 9 de julio de 2012, realizando el reemplazo por licencia de maternidad y vacaciones de Claudia Ximena Quintero Trujillo en la dependencia de Gerencia Jurídica (página 53).
- Carta emitida por el Banco Popular en la que invita al demandante a hacer parte de la estrategia de capacitación “certíficate”, con el objetivo que todos los colaboradores conozcan el portafolio de productos y servicios y puedan brindar la asesoría necesaria a los clientes desde las área y oficinas del banco.

- Documento con el cual se hace entrega del código de ética y conducta del Banco Popular al actor.
- Carta emitida por el Banco Popular en que indican al demandante se evidenció un bajo conocimiento en el SAC así como algunos temas del Banco en General, veamos – carpeta 02, contestación-:

Señor
CARLOS ALBERTO TELLO GONZÁLEZ
Gerencia Jurídica
BANCO POPULAR
Bogotá

Respetado Señor:

Como es de su conocimiento los Clientes Incógnitos tienen como finalidad fortalecer nuestra cultura de servicio a través del conocimiento y la práctica de los protocolos establecidos para los requerimientos de los clientes y usuarios, los cuales hemos recordado a través de la Guía de Servicio al Cliente.

Por lo anterior, queremos recordarle la importancia de repasar y aplicar el protocolo telefónico así como los atributos de servicio asociados a nuestra Estrategia de las 3Aes y promover la óptima atención para nuestros consumidores financieros, ya que las calificaciones obtenidas en la llamada de la excelencia en el servicio del mes de diciembre evidencian oportunidades de mejora en su atención así como un bajo conocimiento del SAC y de algunos temas del Banco en general.

Contamos con su compromiso y decidido apoyo para el logro de nuestros objetivos, la misión y visión organizacional y esperamos usted sea un feliz ganador de nuestra próxima Llamada de la Excelencia en el Servicio.

- Evaluación del desempeño de competencias 2013 del demandante.
- Memorando interno que comunica la novedad de personal, de fecha 7 de abril de 2015, para cubrir el cargo de profesional de contratos y garantías (folio 63)
- Respuesta al derecho de petición radicado ante el Banco Popular, en el cual informan que dará traslado a Aservit y Cia S. en C., por ser su empleador.
- Paz y salvo expedido por el Banco Popular S.A.
- Acta de entrega de trámites pendientes suscrita por el demandante en fecha 30 de agosto de 2016.

- Liquidación contrato individual de trabajo expedida por Aservit y Cia S. en C., con fecha de ingreso 28 de mayo de 2012 y fecha de retiro 30 de mayo de 2013 (página 83).

83

ASERVIT Y CIA S EN C					
NIT. 860.079.107-1					
LIQUIDACION CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO					
CEDULA:	80821767	FECHA DE INGRESO:	28/05/2012	SUBTOTAL DIAS:	363
NOMBRES:	TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO	FECHA DE RETIRO:	30/05/2013	- DIAS LIC/SANC:	0
CODIGO:	80821767	SUELDO BASICO :	1,774,804	TOTAL DIAS:	363
CARGO:	Profesional	TIPO DE CONTRATO :	Labor Contratada		
EMPRESA:	BANCO POPULAR S.A CASA				
C. DE COSTOS:	00096 BP VICEPRES SECRETARIA GRAL	MOTIVO DEL RETIRO :	Terminación de la obra ó labor contratada		
DEVENGOS			DEDUCCIONES		
1293	VACACIONES DINERO EN LIQUID.	15.13	895,093		
1570	PRIMA LEGAL	150.00	723,423		
1580	CESANTIAS PAGADAS	150.00	723,423		
1590	INTERESES CESANTIAS PAGADAS	150.00	36,171		
TOTAL DEVENGADO			2,378,110	TOTAL DEDUCCIONES	
Fecha Causación 30/05/2013 Base Sueldo -----1,736,216.00 Base Subsidio Transporte ----- 0.00 Promedio Horas Extras ----- 0.00 Base Variables ----- 0.00 VALOR BASE LIQUIDACION -----1,736,216.00 Valor Cesantias ----- 723,423.00 Anticipo de Cesantias ----- 0.00 BASES PARA LIQUIDACION FECHA ULTIMO AUMENTO: 01/04/2013 BASE PARA CESANTIAS: 1,736,216.00 BASE PARA PRIMA: 1,736,215.80 BASE PARA VACACIONES: 1,774,804.00 BASE PARA INDEMNIZACION: 0.00					
SON: DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIENTO DIEZ PESOS CON CERO CVS.					
NETO A PAGAR:				2,378,110	

- Liquidación contrato individual de trabajo expedida por Aservit y Cia S. en C., con fecha de ingreso 1 de junio de 2013 y fecha de retiro 30 de julio de 2014 (página 82).

ASERVIT Y CIA S EN C

NIT. 860.079.107-1

82

LIQUIDACION CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

CEDULA:	80821767	FECHA DE INGRESO:	01/06/2013	SUBTOTAL DIAS:	420
NOMBRES:	TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO	FECHA DE RETIRO:	30/07/2014	- DIAS LIC/SANC:	0
CODIGO:	80821767	SUELDO BASICO :	1,844,554	TOTAL DIAS:	420
CARGO:	Profesional	TIPO DE CONTRATO :	Labor Contratada		
EMPRESA:	BANCO POPULAR S.A CASA				
C. DE COSTOS:	00065 BP GERENCIA DE OPERACIONES	MOTIVO DEL RETIRO :	Terminación de la obra ó labor contratada		

DEVENGOS

DEDUCCIONES

1293	VACACIONES DINERO EN LIQUID	17.50	1,075,990
1580	CESANTIAS PAGADAS	210.00	1,075,990
1570	PRIMA LEGAL	30.00	153,713
1590	INTERESES CESANTIAS PAGADAS	210.00	75,319

TOTAL DEVENGADO

2,381,012

TOTAL DEDUCCIONES

BASES PARA LIQUIDACION

FECHA ULTIMO AUMENTO: 01/04/2014

Fecha Causación	30/07/2014		
Base Sueldo	1,844,554.00		
Base Subsidio Transporte	0.00	BASE PARA CESANTIAS:	1,844,554.00
Promedio Horas Extras	0.00	BASE PARA PRIMA:	1,844,554.00
Base Variables	0.00	BASE PARA VACACIONES:	1,844,554.00
VALOR BASE LIQUIDACION	1,844,554.00	BASE PARA INDEMNIZACION:	0.00
Valor Cesantias	1,075,990.00		
Anticipo de Cesantias	0.00		

SON: DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOCE PESOS CON CERO CVS.

NETO A PAGAR:

2,381,012

- Liquidación contrato individual de trabajo expedida por Aservit y Cia S. en C., con fecha de ingreso 1º de agosto de 2014 y fecha de retiro 29 de marzo de 2015 (página 81).

ASERVIT Y CIA S EN C

NIT. 860.079.107-1

81

LIQUIDACION CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

CEDULA:	80821767	FECHA DE INGRESO:	01/08/2014	SUBTOTAL DIAS:	239
NOMBRES:	TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO	FECHA DE RETIRO:	29/03/2015	- DIAS LIC/SANC:	0
CODIGO:	80821767	SUELDO BASICO	1,844,554	TOTAL DIAS:	239
CARGO:	Profesional	TIPO DE CONTRATO:	Labor Contratada		
EMPRESA:	BANCO POPULAR S.A. CASA				
C. DE COSTOS:	00065 BP GERENCIA DE OPERACIONES	MOTIVO DEL RETIRO:	Terminación de la obra ó labor contratada		

DEVENGOS			DEDUCCIONES	
1293	VACACIONES DINERO EN LIQUID.	9.96	612,392	
1570	PRIMA LEGAL	89.00	456,015	
1580	CESANTIAS PAGADAS	89.00	456,015	
1590	INTERESES CESANTIAS PAGADAS	89.00	13,528	
TOTAL DEVENGADO		1,537,950	TOTAL DEDUCCIONES	

Fecha Causación: 29/03/2015

BASES PARA LIQUIDACION

FECHA ULTIMO AUMENTO: 01/08/2014

Base Sueldo	1,844,554.00	BASE PARA CESANTIAS:	1,844,554.00
Base Subsidio Transporte	0.00	BASE PARA PRIMA:	1,844,554.00
Incentivo Horas Extras	0.00	BASE PARA VACACIONES:	1,844,554.00
Base Variables	0.00	BASE PARA INDEMNIZACION:	0.00
VALOR BASE LIQUIDACION	1,844,554.00		
Valor Cesantias	456,015.00		
Anticipo de Cesantias	0.00		

SON UN MILLON QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS CON CERO C/100

NETO A PAGAR: 1,537,950

- Liquidación contrato individual de trabajo expedida por Aservit y Cia S. en C., con fecha de ingreso 7 de abril de 2015 y fecha de retiro 1 de septiembre de 2016 (página 80).

ASERVIT Y CIA S EN C

NIT. 860.079.107-1

80

LIQUIDACION CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

CEDULA:	80821767	FECHA DE INGRESO:	07/04/2015	SUBTOTAL DIAS:	505
NOMBRES:	TELLO GONZALEZ CARLOS ALBERTO	FECHA DE RETIRO:	01/09/2016	- DIAS LIC/SANC:	0
CODIGO:	80821767	SUELDO BASICO	2,078,151	TOTAL DIAS:	505
CARGO:	Profesional	TIPO DE CONTRATO:	Labor Contratada		
EMPRESA:	BANCO POPULAR S.A. CASA				
C. DE COSTOS:	00096 BP VICEPRES SECRETARIA GRAL	MOTIVO DEL RETIRO:	Terminación de la obra ó labor contratada		

DEVENGOS			DEDUCCIONES	
1293	VACACIONES DINERO EN LIQUID.	21.04	1,457,477	
1580	CESANTIAS PAGADAS	241.00	1,391,207	
1570	PRIMA LEGAL	61.00	352,131	
1590	INTERESES CESANTIAS PAGADAS	241.00	111,768	
TOTAL DEVENGADO		3,312,575	TOTAL DEDUCCIONES	

Fecha Causación: 01/09/2016

BASES PARA LIQUIDACION

FECHA ULTIMO AUMENTO: 01/04/2016

Base Sueldo	2,078,151.00	BASE PARA CESANTIAS:	2,078,151.00
Base Subsidio Transporte	0.00	BASE PARA PRIMA:	2,078,151.00
Incentivo Horas Extras	0.00	BASE PARA VACACIONES:	2,078,151.00
Base Variables	0.00	BASE PARA INDEMNIZACION:	0.00
VALOR BASE LIQUIDACION	2,078,151.00		
Valor Cesantias	1,391,207.00		
Anticipo de Cesantias	0.00		

SON TRES MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/100

NETO A PAGAR: 3,312,575

CUENTA No: 18855394636

- Certificación de ASERVIT y CIA S. EN C. de fecha 4 de octubre de 2016, mediante la cual se indica que el demandante, laboró como empleado en misión bajo un contrato de obra o labor contratada, en los periodos, cargos y salarios que se relacionan a continuación (páginas 74 y 72):

FECHA DE INGRESO	FECHA DE RETIRO	CARGO	SALARIO
7/04/2015	1/09/2016	PROFESIONAL	\$ 2.078.151
1/08/2014	29/03/2015	PROFESIONAL	\$ 1.844.554
1/06/2013	30/07/2014	PROFESIONAL	\$ 1.844.554
28/05/2012	30/05/2013	PROFESIONAL	\$ 1.774.804

Las anteriores fechas analizadas detalladamente coinciden con lo expresado en la demanda y además con las liquidaciones de contrato individual de trabajo y los cargos desempeñados, antes relacionados.

- Certificación expedida por el Banco Popular sobre tiempos de servicios del demandante como trabajador en misión (pág. 252):

CERTIFICACIÓN TIEMPOS EX TRAJADOR EN MISIÓN
CARLOS ALBERTO TELLO GONZALEZ
CC. 80.821.767

CEDULA	NOMBRES	NOMBRE OFICINA DEL SERVICIO	CARGO DESARROLLADO BANCO	HORARIO	DESDE	HASTA	TRABAJO SUPLEMENTARIO (Motivos de su contratación)
80.821.767	CARLOS ALEBRTO TELLO GONZALEZ	CASA MATRIZ - VICEPRESIDENCIA JURIDICA	PROFESIONAL	Lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.	28-05-12	30-05-13	CUBRIMIENTO NOVEDADES PERSONAL: VACACIONES FUNCIONARIO JOSE LEOPOLDO BELTRAN Y CUBRIMIENTO NOVEDAD LICENCIA MATERNIDAD Y VACACIONES CLAUDIA XIMENA QUINTERO.
80.821.767	CARLOS ALEBRTO TELLO GONZALEZ	CASA MATRIZ - VICEPRESIDENCIA JURIDICA	PROFESIONAL	Lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.	01-06-13	30-07-14	CUBRIMIENTO NOVEDADES PERSONAL Y APOYO AREA VICEPRESIDENCIA JURIDICA
80.821.767	CARLOS ALEBRTO TELLO GONZALEZ	CASA MATRIZ - VICEPRESIDENCIA JURIDICA	PROFESIONAL	Lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.	01-08-14	29-03-15	CUBRIMIENTO NOVEDADES PERSONAL Y APOYO AREA VICEPRESIDENCIA JURIDICA
80.821.768	CARLOS ALEBRTO TELLO GONZALEZ	CASA MATRIZ - VICEPRESIDENCIA JURIDICA	PROFESIONAL DE CONTRATOS Y GARANTIAS	Lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.	07-04-15	01-09-16	CUBRIMIENTO NOVEDAD PERSONAL - PROFESIONAL DE CONTRATOS

- Carpeta 2 contestación, archivo CONTRATO BANCO POPULAR 2013 - 2015 (carpeta archivo 2), obra contrato de prestación de servicios celebrado entre el Banco Popular S.A. y ASERVIT Y CIA S EN C de fecha 1º de abril de 2011, en el cual, las partes establecieron como objeto del contrato el siguiente:

*“...OBJETO DEL CONTRATO: Suministrar a **EL BANCO** cuando éste lo solicite de acuerdo a sus necesidades, el personal en misión, para la atención de: 1) Las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, 2) Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y 3) Para atender incremento en las ventas de productos financieros y en la prestación de servicios tales como convenios, apoyos en caja, apoyo en libranzas, apoyos en plataforma, extensiones de*

caja, jornadas adicionales, impulsores, promotores para venta de productos de servicios financieros, ejecutivos móviles, corresponsales no bancarios, atención del call center, cobro de cartera, proyectos, trabajos especiales, aperturas masivas de cuentas de ahorros, profesionales y/o técnicos especializados para proyectos y trabajos especiales, entre otros...”

Adicionalmente, se recaudó **el interrogatorio de parte al RL del BANCO POPULAR**, archivo 09, récord 1:36;:38, quien expuso: “Se contrató al demandante por intermedio de la EST debido a que tenemos contratos comerciales para suministro de personal, cubriendo vacaciones y licencias del área jurídica y desarrollan temas de contratación, son una serie de actividades, el actor fue enviado para cubrir 4 novedades de mayo de 2023 a mayo de 2013 y terminó en septiembre de 2016, ya no se necesitó ese recurso y no se presentaron más novedades, no conocí a Carlos Tello, él tenía funciones de acuerdo al funcionario que suplía, dependiendo del cargo, incluso estuvo como abogado en apoyo judicial, él era un trabajador en misión, eran novedades de apoyo, no sé qué pasó con las prórrogas, cuando se presenta la novedad se envía a la EST y se remite un trabajador, seguramente cuando se solicitó el recurso de Carlos Tello estaba él y por eso este trabajador fue quién cubrió las actividades, la EST siempre realiza las gestiones del caso, no hay ninguna carga laboral, el Banco tiene un diseño dependiendo del trabajo y de acuerdo a los procesos de cada área, dependiendo de la planta, la novedad tiene un titular, si hay un proyecto se pueden varios pero no fue el caso de Carlos, el Banco ya no tiene ningún contrato comercial, siempre se pagaron las facturas, no quedó factura alguna con ASERVIT”.

En el interrogatorio el RL de ASERVIT Y CIA LTDA mencionó -Archivo 09, récord:1:49:02 - :“Más de 40 años estoy como representa te legal, Carlos tenía un contrato de obra o labor, el Banco Popular era el contratista y nosotros teníamos la autorización, le enviamos a Carlos Tello de acuerdo a lo solicitado, la empresa usuaria paga salarios y luego emite factura de cobro, el usuario cancela la factura, no se le debe nada al demandante, se pagaron las liquidaciones y prestaciones de ley, cuando terminaron las relaciones comerciales se pagó todo, cuando se reemplazaba a alguien el trabajador en misión que era un auxiliar se contrató y se le pagó el salario que dijo el Banco, él nunca manifestó el inconformismo por el salario, el Banco decía cuánto pagaría y nosotros pagábamos lo que el usuario nos decía, se dieron los 6 años pero no fueron continuos, fueron labores que necesitaba el Banco, siempre se hace un contrato, uno por cada año”.

Los testigos recepcionados, exclamaron:

DENNIS VIVIANA MESA VIDAL, récord 00:28:33, archivo 19: “Soy psicóloga en selección, laboro para ASERVIT, llevo 12 años en la empresa, Carlos Tello fue enviado al Banco Popular como profesional, él tuvo 4 contratos, esos fue en el 2012 que inició, estuvo hasta septiembre de 2016, esos contratos se dieron por solicitud del Banco para realizar varios reemplazos, fueron de diferentes personas, yo en esa época era psicóloga de selección, la vinculación de los trabajadores operaba con una solicitud previa, se hace un proceso de selección o a veces el Banco es quien hace la solicitud y el Banco define que cargo y salario requería para el cargo que nos pedía, no soy la encargada de cumplir las normas, yo estaba en el área de contratación, no manejo el área de nómina, cuando se va a reemplazar a un trabajador a la persona en misión se le paga lo que dice el Banco”.

GUSTAVO AYALA LEGUIZAMON, récord, 00:49:15, archivo 19: “Yo conocí a Carlos Tello, más o menos me acuerdo del nombre, él nunca reclamó o algo, él estuvo como desde el 2013 o 2013, más o menos fue así, no sé la labor con la que estaba, tenía un cargo de profesional por tantos contratos que se manejaban que no sé ahora, siempre se le pagan los días 15 y 30, siempre que llegaba alguna reclamación se miraba la situación pero él nunca reclamó, eso lo maneja recursos humanos, se paga el salario que dice el contrato pero no se sabe los salarios que manejan en el Banco, eso es facultativo de ellos, yo no sabía cuánto ganaban los demás trabajadores del Banco, lo que pasa es que manejamos diferencias actividades y se firma un contrato de colaboración y entra un señor de cajero y luego de auxiliar, es una actividad diferente, el cumplimiento a los contratos lo hace selección no más, yo solo manejo nómina, no hubo reclamaciones”.

Aunado a lo anterior, resulta importante precisar, según el artículo 77 de la Ley 50 de 1990⁴, las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios

⁴ Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

temporales⁵, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más⁶, es decir, 1 año, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006⁷, donde se estipuló igualmente la prohibición de contratar trabajadores en misión por términos superiores al legalmente establecido con la prórroga, independiente de que dichas contrataciones se efectúen en periodos diferentes.

Conforme lo anterior, la contratación del actor para la prestación de servicios en BANCO POPULAR S.A., como trabajador en misión, indican las accionadas, se ciñó a las causales para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o incrementos de producción, las cuales establecen un término máximo de duración de 6 meses prorrogables por 6 meses más, destacando en este aspecto, la Sala en el evento de superación de dicho término temporal, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, que se considera a esta como verdadero empleador y la empresa de servicios temporales como una simple intermediaria, en consecuencia, en caso de que la empresa usuaria no cancele los derechos laborales del trabajador en misión, la empresa de servicios temporales no queda eximida de responder solidariamente.

De otro lado, es válido recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral en el sentido que no es válido pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de un año; dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa,

⁵ Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, periodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

⁶ Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

⁷ Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios (ver CSJ SL3520-2018, CSJ SL467-2019 y CSJ SL5122 de 2021).

Así las cosas, en el caso de marras, lo primero que observa la Sala es que el término legal permitido para los trabajadores en misión fue superado, en tanto los contratos del demandante se ejecutaron, así:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS LABORADOS
28/05/2012	30/05/2013	363
01/06/2013	30/07/2014	420
01/08/2014	29/03/2015	239
07/04/2015	01/09/2016	505

Por lo anterior, resulta claro que los contratos excedieron el año por el cual se podía contratar al demandante en calidad de trabajador en misión. Además, conforme a las pruebas arrimadas, se evidencia que el actor fue contratado en el cargo de profesional en la dependencia de la secretaria general, y se desenvolvió en la asistencia de contratos y garantías de la Gerencia Jurídica, asistencia de estudios y conceptos de la Gerencia Jurídica, asistencia de procesos judiciales y abogado unidad de leasing, en el mismo sitio de trabajo y por un lapso de más de 4 años, situación que desdibuja la figura de la contratación de personal en misión, como quiera que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 dispone los casos en que se puede contratar con empresas de servicios temporales, de la siguiente forma:

“Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”*

Todo lo anterior, conlleva a determinar que no se cumplieron los parámetros legales, en cuanto a que el demandante, no fue contratado y enviado a dicha sociedad para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, incremento, mediante labores ocasionales, accidentales o transitorias, así como también se probó que el vínculo con la supuesta usuaria,

permaneció por mucho más de un año, esto es, que desbordó el límite temporal establecido en la norma.

Ahora bien, en punto a los recursos de apelación del BANCO POPULAR S.A. y ASERVIT, relacionados con que el actor ejerció varios cargos y distintas funciones, debe advertirse, en esta litis, los contratos aportados señalan que el actor se desempeñaría como profesional en la dependencia de la secretaria general, siendo oportuno remitirnos al contenido de la sentencia CSJ SL 3933- 2019, que expresó:

“La vinculación a través de empresas de servicios temporales tiene por finalidad, prestar servicios transitorios para la usuaria, sean o no del giro ordinario de esta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de EST cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la empresa cliente, como ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el artículo citado o se supera el término temporal máximo allí previsto.

De ser así, el responsable de las obligaciones laborales es el usuario, quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la empresa de servicios temporales por haber fungido como intermediaria sin anunciar a la trabajadora tal condición (artículo 35 del CST). Al respecto, en reciente pronunciamiento efectuado en sentencia CSJ SL3520-2018, se precisó: [...]”.

[...]

Así las cosas, conforme los lineamientos jurisprudenciales transcritos, no le asiste razón a la censura al argumentar que solo es viable declarar a la empresa usuaria como verdadera empleadora cuando la vinculación de los trabajadores en misión transgrede los límites temporales previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por cuanto como quedó evidenciado con suficiencia, ese es solo uno de los eventos en que procede tal declaración, pues también lo son aquellos casos en que se vincula a personal para desarrollar funciones o actividades permanentes o cuando se utiliza a los trabajadores para ejecutar actividades ajenas a las señaladas en el contrato de trabajo entre el trabajador y la EST.

[...]

*Es viable considerar a la empresa usuaria que tiene trabajadores vinculados a través de empresas de servicios temporales como verdadera empleadora cuando: i) **La empresa de servicio temporal no está autorizada para prestar ese servicio**, ii) **La vinculación excede de un año**, iii) **Se vincula personal en misión para desempeñar funciones que no son ocasionales, es decir se hace para cumplir necesidades o funciones permanentes de la usuaria**, iv) **Se vincula personal para remplazar el de la usuaria o para atender incrementos en la producción** y v) **Ha utilizado los servicios prestados por los trabajadores en misión para desempeñar funciones ajenas a los deberes propios del contrato de trabajo celebrado entre el empleado y la empresa de servicio temporal.”.***

En esa medida, los medios de convicción lo que hacen es desvanecer las presunciones legales por cuanto se superó el tiempo límite legal.

Finalmente, en este punto, se aclara, si bien se declaró al promotor de este litigio confeso como consecuencia por no asistir a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del C.P.T. y S.S., ello no es óbice para proceder a absolver a la encartada, pues es deber acatar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1357-2018, donde precisó que esta sanción admite prueba en contrario:

“No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes.

La confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPT es una presunción legal que admite prueba en contrario; por tanto, si, en el sub lite, el ad quem tomó la decisión fundado en otras pruebas como la testimonial, los interrogatorios de parte y las documentales, sin hacer alusión expresa a la confesión ficta en comentario, bien se puede entender que le dio más peso a aquellas pruebas para efectos de establecer las premisas fácticas, lo cual es perfectamente legítimo en arreglo al precitado artículo 61 del CPT”.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará la declaratoria del contrato de trabajo, según lo estableció el juez de primer grado.

Respecto de la **indemnización por despido sin justa causa**, conviene indicar, si bien fue solicitado este concepto en el recurso de apelación, lo cierto es que en la subsanación de la demanda no se encuentra inmersa esta súplica -*páginas 149 a 151 del archivo «001. Subsanación demanda.pdf»*, lo que produjo que el juez de primer grado no emitiera pronunciamiento alguno, así como esta Sala tampoco lo hará, pues esta instancia no permite elevar nuevas pretensiones.

Con relación a la condena que gira en torno a los beneficios convencionales, se advierte al demandante, tal como lo concluyó el *a quo*, no fue aportada la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre el Sindicato UNEB (Unión Nacional de Empleados Bancarios) y el Banco Popular S.A., para la vigencia reclamada en la presente demanda, por lo que debe darse aplicación a lo normado en el artículo 167 del Código General del Proceso, **el cual se señala que las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que invocan en su favor.**

En igual sentido, se ha dicho que en materia probatoria uno de los principios es aquel que quien afirma la causación y titularidad de un derecho, es el obligado a probarla, siendo la prueba un medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, respecto de las convenciones colectivas de trabajo, pues así lo estableció la Corte Suprema de Justicia – CSJ SL 378 de 2018-.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que el señor CARLOS ALBERTO TELLO GÓNZALEZ , invoca como pretensión octava: *“que se declare la aplicación de las normas convencionales acordadas en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el BANCO POPULAR S.A y la UNION NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS – UNEB - vigente al momento de los hechos aquí comentados a la real relación de trabajo aquí evidenciada y por tanto se permita al suscrito antiguo trabajador en misión, acceso a los beneficios, auxilios y demás prerrogativas que esto implica, o en la que les sea más favorable en virtud de los principios de la ley laboral y colectiva”*, anhelos que no encuentran sustento jurídico en la demanda y subsanación pues sumado a que no se aportó la Convención Colectiva tampoco se precisó en qué norma se funda cada pedimiento y la vigencia del acuerdo convencional (páginas 141 a 200). Nótese, si bien el actor hace una exposición exhaustiva en la subsanación a la demanda, lo cierto es que se limita a desarrollar puntos como derechos de naturaleza laboral reconocidos como fundamentales por el derecho internacional y su aplicación en Colombia, protección de derechos laborales según normatividad interna y en el hecho 2.7 menciona los auxilios de carácter convencional de manera genérica⁸, **advirtiéndose**, no se puede

⁸ Subsanción demanda obrante a página 144 y 145, archivo 01:

2.7.- Los Trabajadores de Planta, a diferencia de los Trabajadores en Misión, tienen derecho a los siguientes auxilios de carácter convencional:

1. Auxilio de Alimentación,
2. Auxilio de Guardería,
3. Auxilio de Maternidad,
4. Auxilio de Retiro por Pensión,
5. Auxilio de transporte,
6. Auxilio Educativo de Empleados,
7. Auxilio Educativo Hijos,
8. Auxilio Funerario por Muerte de Familiares,
9. Auxilio por Muerte del Trabajador,
10. Auxilio Óptico,
11. Auxilio para Capacitación en Salud Ocupacional,
12. Auxilio para Póliza de Seguros,
13. Auxilio por Enfermedad no Profesional,
14. Auxilio por tratamiento Médico,
15. Auxilio Sindical.

La demandada BANCO POPULAR S.A., dio respuesta a este hecho, así – archivo 01, página 325-:

verificar cuáles eran los requisitos para acceder a dichos beneficios y los montos para eventualmente realizar una liquidación a favor del promotor de este litigio, a quién le correspondía guiar al operador judicial sobre los beneficios convencionales que perseguía. Se confirma este punto.

Con relación a la nivelación salarial, si bien obra certificado de salarios devengados por los señores JOSE LEOPOLDO BELTRAN MUÑOZ, CLAUDIA XIMENA QUNTERO TRUJILLO, JUAN DE JESÚS BEJARANO SEPULVEDA, LUZ ANGELA CANO FRANCO, ILSE MARGARITA STOZITZKY OTALORA y ESMERALDA LINARES CAGUEÑAS, quiénes eran trabajadores directos del banco demandado, no puede establecer esta Sala de Decisión si en efecto, las funciones de los señores en mención eran las mismas que debía desarrollar el demandante.

Lo anterior, por cuanto al solicitarse la nivelación salarial, deben analizarse que efectivamente existan circunstancias de igualdad que den lugar a una comparación, aspecto que cobra relevancia, en tanto el actor omitió presentar un punto de comparación que permitiera la verificación de igualdad de circunstancias y diferenciación salarial, en especial, en atención a que existen aspectos tales como la antigüedad, formación académica y experiencia que podrían justificar la diferenciación en el trato salarial, por lo que como se dijo, para establecer la igualdad salarial, no basta la identidad de cargos, máxime como en este caso, donde tendría que verificarse aspectos tales como las competencias y requisitos exigidos para el cargo al interior del banco, el procedimiento o trámite que se debe realizar para la selección de dicho cargo, pues el principio de trabajo igual salario igual, pretende evitar la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas; así lo señaló la máxima Corporación en sentencia No. 38475 de 22 de enero de 2013, en donde por demás se recuerda la línea jurisprudencial uniforme y reiterada sobre el tema.⁹.

Al hecho 2.7: No es cierto en la forma como se presenta, puesto que no solo se hace referencia a unos beneficios, omitiendo la determinación correspondiente, razón por la cual no es posible indicar si todos los trabajadores del Banco devenga cada uno de los conceptos que allí se mencionan.

⁹ “...Ahora bien, haciéndose abstracción de la norma que debiera regular el caso, por cuanto en últimas de lo que se trata en lo esencial a cualquier norma que prevea la igualdad laboral es de censurar la permisión de

factores o circunstancias de inequidad en las relaciones del trabajo para, de ese modo, hacer prevalecer la igualdad de trato frente a similares situaciones laborales de productividad y eficiencia, cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial y prestacional en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial y prestacional sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo expresado por la Corte recientemente en sentencia de 17 de abril de 2012 (Radicación 34.746), en los siguientes términos:

“Como se dejó visto al estudiar el primer cargo, el Tribunal consideró que la aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del CST no operaba bajo la simple comprobación del desempeño igual, sino que se debían acreditar condiciones de eficiencia iguales, lo cual, en su sentir, no se limitaba al rendimiento físico, sino que, conforme a la jurisprudencia (CSJ sent. Oct. 10 de 1980), se debían examinar aspectos tales como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad respecto al equipo, al material, al trabajo, a la seguridad de sus compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones, conforme con lo cual no todo trato diferente suponía una discriminación, pues, según señaló, éste podría estar justificado cuando se apalancaba en factores razonables, como podrían ser la antigüedad y la experiencia, reconocidos por la jurisprudencia (Sent. 10 de octubre de 1980).

“La anterior hermenéutica del ad quem no luce equivocada, como lo reprocha la censura, pues está soportada en jurisprudencia de esta Sala, en la que se indica que la concurrencia de unas condiciones especiales, en cabeza de un trabajador, que tengan repercusión en una mayor eficiencia en la prestación del servicio permiten diferencias en su remuneración, lo que no está en desacuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional al respecto.

“En la perspectiva de explicar la correcta aplicación del principio de a trabajo igual salario igual prevista en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador de segundo grado precisó, con soporte en un criterio doctrinal de la Sala, fijado en sentencia de 10 de octubre de 1980, que, frente a discusiones suscitadas en torno a diferencias salariales, le correspondía al juez del trabajo examinar aspectos, de tan especial importancia, como los relativos a la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad, respecto al equipo, el material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones. Visión que naturalmente no se aparta del sentido de la norma, pues su sentido natural y obvio indica que la remuneración debe ser igual, siempre que no medien circunstancias en la prestación del servicio que justifiquen una diferencia salarial, atendiendo las condiciones personales del trabajador, que tienen incidencia para un mejor desempeño en el cumplimiento de sus funciones, que pueden ser de diferente orden, como serían, entre otras, la antigüedad en la empresa, la experiencia en la labor desempeñada, la capacitación, su adaptación al medio de trabajo, la iniciativa, la constancia y sentido de responsabilidad que haya demostrado en la práctica.

“No aparece entonces que el entendimiento que asignó el Tribunal al principio referido se aparte de su genuina exégesis.

“Conviene señalar que los derroteros doctrinales, a que se remitió el Tribunal, aparecen comprendidos en reciente sentencia de la Sala de 18 de mayo de 2009, radicada con número 33673, en la que se precisó, lo siguiente.

““Lo que en realidad argumenta la censura es que la simple equivalencia en el cargo y en las funciones es suficiente para reclamar la igualdad salarial que consagra el citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo.

““Sobre el particular, cabe precisar que aunque la igualdad en el cargo y en las labores como fuente de la nivelación salarial puede tener fundamento en otras fuentes normativas como convenciones colectivas en que así se pacte y en normas internacionales del trabajo, que en este asunto no se citan, de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha explicado que no es suficiente para obtener una igualdad en el trato salarial con apoyo en el artículo 143 mencionado. A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo

principio de a trabajo igual, salario igual, expresó, en lo que es estrictamente pertinente a este asunto, lo que a continuación se transcribe:

(...)

“Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

“Con todo, el Tribunal no exigió a la actora una demostración de las condiciones en que se prestó el servicio en los términos sugeridos por la censura, pues, precisamente, encontró diferencias sustanciales tanto en las funciones desempeñadas por la actora y Luz Victoria Arcila Duque, como en las responsabilidades laborales que a cada una de ellas correspondía, análisis probatorio que luce ajustado a los requerimientos del artículo 5° de la Ley 6° de 1945.

““Por otro lado, asevera el impugnante que el trabajo por cotejar debe ser mirado de manera genérica y, en cuanto a las funciones de los trabajadores comparados, no deben ser ellas específicas sino que su análisis se ha de efectuar de manera amplia. Sobre el particular, importa advertir que esa manera de ver el principio de igualdad salarial no se corresponde con su esencia ni con las normas legales que, en lo relativo a los trabajadores oficiales, lo desarrollan. Lo que en últimas se pretende con esa equivocada hermenéutica es establecer un igualitarismo salarial por la simple equivalencia en los cargos desempeñados, dejando de lado que, como quedó visto, la ley laboral permite para ese evento razonables diferencias en la retribución, en cuanto no comporten una discriminación por razones de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

“Sostiene también el impugnante que una vez acreditado por el trabajador que desempeña la misma clase de trabajo que otros que reciben una mayor retribución, su capacidad laboral debe presumirse, sin perjuicio de que el empleador acredite las razones para la existencia de una remuneración diversa. No encuentra la Corte fundamento jurídico en la presunción alegada por el censor, pues la aptitud laboral de un trabajador que pretenda una nivelación salarial es cuestión que debe establecerse de manera individual, de tal modo que pueda ser comparada con la de su compañero de labores a cuya misma retribución aspira; por manera que no es dable demostrarla a través de suposiciones genéricas”.

*“No obstante lo anotado, encuentra la Sala pertinente apuntar que el juzgador de segundo grado no se equivocó al estimar que la mayor antigüedad del trabajador al que reemplazó la actora, corresponde a un factor indicativo de que no hubo la discriminación salarial que se aduce, habida consideración de que la jurisprudencia en torno al tema de la igualdad salarial ha sido uniforme y reiterada en punto a que ésta ópera frente a condiciones de eficiencia equivalentes y que, precisamente, la antigüedad influye necesariamente en las condiciones del trabajador en aquellos casos en que es objetivamente importante la capacidad que se aduce y la tranquilidad que inspira el trabajador preparado, **de tal suerte que se ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.***

“En un caso similar al que aquí se analiza, se pronunció esta Corte en sentencia del 24 de mayo de 2005, radicación 23148, de la siguiente manera:

“Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad.

Sin que sea necesario ahora determinar si la regla contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo tiene cabida cuando las funciones laborales no se ejercen

Finalmente, frente a la responsabilidad solidaria incoada por la demandada ASERVIT CIA S EN C, no hay lugar a emitir pronunciamiento por parte de esta Sala de Decisión ya que no fue declarada por el juez *a quo*, en tanto no existió condena alguna.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, conforme las conclusiones halladas, se confirmará la decisión de primer grado.

Sin COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

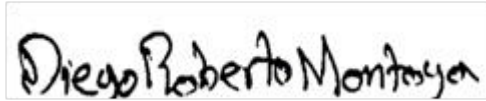
simultáneamente por los trabajadores en los que concurre la diferencia en el trato salarial, tampoco surge errada la inferencia de la decisión acusada según la cual no se quebrantó en este caso el principio de igualdad salarial, debido a que la actora no laboró en la misma época que el trabajador con quien pretende la nivelación en la remuneración, por razón de que no se presentó la igualdad de condiciones.

Lo anterior, por cuanto que el principio de igualdad salarial previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo parte del supuesto de que exista igualdad en el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y si, por la circunstancia de que los cargos no se desempeñaran simultáneamente, el fallador consideró que no era posible una comparación para encontrar la igualdad en las aludidas condiciones, no incurrió en una interpretación equivocada del precepto, pues no hallar acreditados los supuestos de hecho exigidos en una norma es una cuestión relacionada con el análisis de las pruebas y no con la exégesis de la disposición. El cargo, en consecuencia, no prospera.

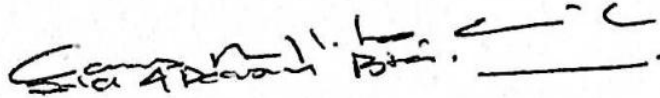
En síntesis, no basta desempeñarse el mismo cargo u puesto de trabajo, que se haga al mismo tiempo con quien se pretende la comparación, sino que cuenta que la productividad o eficiencia resulten similares, para lo cual cabe tener en cuenta, entre otras, la antigüedad, la preparación y ciertas capacidades individuales del trabajador. Luego, como las exigencias que echó de menos el Tribunal para este caso es dable contarlas como de aquellas que pueden y deben estar presentes en el ejercicio de la comparación, y responden a factores objetivos del trabajo, en tales razonamientos no es dable concluir que hubo un dislate mayúsculo o con la gravedad de dar al traste con el fallo, no empecé el desatino normativo atrás reseñado.”

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 SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 16 2021 00406 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez (46) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 23 de octubre de 2023 (Audio archivo 26, récord 1:51:49), en la que resolvió:

***“PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA con destino a la AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA, el 1º de mayo de 1996, con efectos a partir del 1º de julio de esa misma anualidad; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.*

***SEGUNDO.- ORDENAR** a la AFP Protección SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

TERCERO.- ORDENAR a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA el traslado de los dineros descontados por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en cada una de estas dos AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CUARTO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

QUINTO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO.- CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a las AFP Colfondos SA, Porvenir SA y Protección SA. Incluyase como agencias en derecho el equivalente a un SMLMV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

SÉPTIMO.- REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”.

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

Inicialmente COLPENSIONES manifestó¹, el proceso tiene por objeto la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen que realizó la demandante,

¹ **Recurso Colpensiones (récord: 2:02:28, archivo 26):** “Gracias, doctora, me permito interponer recurso de apelación contra las condenas proferidas en las sentencias de primera instancia en los siguientes términos, el proceso tiene por objeto la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen que realizará la parte demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, se debe considerar que la actuación que conlleva la declaratoria ineficacia del traslado no es oponible a Colpensiones, pues la entidad en ningún momento participó del trámite administrativo que llevó la parte demandante a trasladarse al RAIS, su responsabilidad para el momento, en el que la demandante migró del RPM al RAIS, se limitaba a aceptar la solicitud de traslado. No existía para Colpensiones, ningún otro deber legal, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación en desigualdad de las partes involucradas en un proceso.

De acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, señala que las partes deben probar el supuesto de hecho las normas y que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; también señala que el juez podrá modificar esa carga, pero analizando las particularidades de cada caso no puede considerarse a todos los afiliados, como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes, en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían a la demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo.

La Corte Constitucional en su sentencia T-122 del 2017, ha indicado, y en este sentido y en diversas providencias, que nadie puede alegar su propia culpa a favor, también lo que indica la Corte Constitucional ha puesto de presente en su sentencia 1024 de 2004 y en la SU-062 del 2010, que en materia de traslado, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida, se descapitalizaría. Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó a los Honorables Magistrados que se revoque la sentencia de primera instancia y consecuencia se absuelva a mi representada Colpensiones de cada una de las pretensiones de la presente demanda. Muchas gracias.”.

por lo que se debe considerar que la actuación de dicha declaratoria no es oponible a Colpensiones, pues la entidad en ningún momento participó del trámite administrativo y por tanto la responsabilidad para este momento en el que la demandante migró del RPM al RAIS, se limitaba a aceptar la solicitud de traslado. Añadió, no existía para Colpensiones ningún otro deber legal y por ende, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica.

Agregó, de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, las partes deben probar el supuesto de hecho y el efecto jurídico que persiguen; pudiendo el juez podrá modificar esa carga, pero analizando las particularidades de cada caso.

En su sentir, no puede considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, ya que la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente, indicó, no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían a la demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo.

Finalmente adujo, la Corte Constitucional en sentencia T-122 del 2017, ha indicado que nadie puede alegar su propia culpa a su favor, también se puso de presente en las sentencias 1024 de 2004 y SU-062 del 2010, que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida, se descapitalizaría.

Por su parte, PORVENIR indicó², en primer lugar se debe tener en cuenta lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte al evidenciarse un

² **Recurso Porvenir S.A. (récord 1:55:17, archivo 26):** “Sí, su Señoría. Encontrándome dentro del momento procesal oportuno, me permite interponer recurso de apelación para que sea estudiado por el Honorable Tribunal Superior de la siguiente manera:

Solicitó al honorable tribunal revocar la sentencia de primera instancia por las siguientes consideraciones, en primer lugar se debe tener en cuenta lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte donde a clara luz, dejó y evidenció su conocimiento sobre las características del Régimen de Ahorro Individual, que le fueron informadas tanto en su momento por Horizonte en el momento en que efectuó el traslado de régimen, como también en las otras administradoras de fondos de privados cuando realizó los traslados horizontales, pues la demandante puso de presente tener conocimiento sobre la devolución de aportes sobre la heredabilidad de los aportes también se le indicó y se le puso de presente. Qué pasaría con las semanas que había cotizado previamente en el seguro social. Así mismo, la demandante indicó que en los 3 fondos privados suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, que en ningún momento fue coaccionada para afiliarse a dichos fondos, demostrando todo esto que efectivamente la demandante tenía conocimiento sobre las características de este régimen Privado y que fue debidamente asesorada, tanto así que pues realizó múltiples traslados horizontales y decidió permanecer por más de 20 años. De igual forma, pues evidentemente estos traslados horizontales realizados por la demandante, pues ponen de presente esos actos de relacionamiento que ha estudiado la Corte en la sentencia SL-413 del año 2018, en donde indica que lo importante es que exista

conocimiento sobre las características del Régimen de Ahorro Individual que le fueron informadas tanto en su momento por Horizonte como también por las otras administradoras de fondos de privados cuando realizó los traslados horizontales, resaltó, la actora expuso tener conocimiento sobre la devolución de aportes, heredabilidad de los aportes también se le indicó y se le puso de presente ¿qué pasaría con las semanas que había cotizado previamente en el seguro social?, así mismo, la actora indicó que en los 3 fondos privados

correspondencia entre la voluntad y la acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, tanto así pues, que la realidad de la demandante fue siempre su interés de permanecer vinculada al Régimen de Ahorro Individual, pues en ningún momento presentó ningún inconformismo en ninguno de los 3 fondos de estar afiliado a los mismos, ni se acercó a los diferentes canales de información a solicitar información adicional, demostrando eso también, pues que lo que está pretendiendo hacer acá la demandante es alegar su propia culpa en su favor.

En la misma línea, pues se reitera que para esa fecha en que se efectuó el traslado de régimen no se le exigía a horizonte hoy porvenir dejar constancia, haberse brindado una buena asesoría ni de brindar una doble asesoría, entonces, pues tampoco debía realizarle proyecciones a la demandante para dicha data, motivo por el cual pues no se le puede exigir a la demandada PORVENIR, obligaciones inexistentes para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, ni en la forma en que se está solicitando la información, en el escrito de demanda.

De igual forma, frente a una eventual confirmación de la sentencia de primera instancia por parte del Tribunal, se reitera que no sería procedente trasladar por parte de PORVENIR los rubros que corresponden a gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues como bien se indicó previamente, fue por el mismo mandato legal que PORVENIR, incurrió en dichos conceptos, no fue por siempre capricho.

Entonces el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 claramente impone esta obligación a los fondos, entonces, pues fue, respecto a las primas previsionales, fue el mismo beneficio de la demandante que estuvo vigente una póliza para amparar una invalidez o una muerte, si bien no se efectuó siempre estuvo vigente por el mismo beneficio de ella y de sus beneficiarios y respecto de los gastos de administración en su debido momento se generó un manejo rentable de los aportes, de la misma demandante,

De igual forma, pues se reitera que en el momento en que la demandante efectuó el traslado horizontal a Colfondos, Porvenir, bueno, en su momento Horizonte, trasladó todos los conceptos que obraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, motivo por el cual, actualmente Porvenir no tiene ningún valor de la demandante.

En la misma línea, tampoco sería procedente, la indexación, indicada en el fallo de primera instancia, toda vez que lo que se estaría haciendo en ese momento sería generar una entrega de los dineros también indexados y en su momento también se trasladaron los rendimientos, por lo que se estaría generando una actualización de la moneda y se estaría realizando una doble condena por el mismo concepto, como muy bien lo ha indicado el honorable Tribunal Superior de Cundinamarca y Amazonas, motivo por el cual no es procedente trasladar, los rubros de manera indexada, frente a la eventual confirmación del fallo de primera instancia.

En la misma línea, tampoco sería procedente el traslado de las sumas con destino al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a los recursos de mi representada, como muy bien lo ha expuesto, la sala de consulta y servicios civil del Consejo de Estado en la consulta del 3 de agosto del año 2022 con número 11001030600020220006200, en donde se indica que no tiene sentido que los aportes al fondo permanezcan, pues en el RAIS, es un especial fondo y el saldo de esta cuenta individual, sus rendimientos y un eventual bono pensional sean trasladados a Colpensiones, con mayor razón si el traslado de ese 1.5% sobre la base de cotización sirve para equilibrar la diferencia que existe en el mundo de los aportes que existe entre los 2 regímenes. Como usted propuso en la referida consulta, que indica que quiere decir lo anterior parafraseado de la Corte Suprema de Justicia que la decisión de ordenar trasladar los recursos pensionales al régimen al que esté vinculado al cotizante no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del Derecho pensional. De esta forma dejo sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias, señora juez.”

suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, que en ningún momento fue coaccionada para afiliarse a dichos fondos, demostrando todo esto que efectivamente tenía conocimiento sobre las características de este régimen Privado y que fue debidamente asesorada, tanto así que pues múltiples traslados horizontales y decidió permanecer por más de 20 años.

De igual forma, expuso, evidentemente estos traslados horizontales realizados por la demandante, ponen de presente esos actos de relacionamiento que ha estudiado la Corte en la sentencia SL- 413 del año 2018, en donde indica que lo importante es que exista correspondencia entre la voluntad y la acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, tanto así pues, que la realidad de la demandante fue siempre permanecer vinculada al Régimen de Ahorro Individual, pues en ningún momento presentó ningún inconformismo en ninguno de los 3 fondos, ni se acercó a los diferentes canales de información a solicitar información, demostrando con ello que lo que pretende es alegar su propia culpa en su favor.

En la misma línea, mencionó, para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen no se le exigía a la AFP Horizonte hoy Porvenir dejar constancia de haberse brindado una asesoría ni de brindar una doble asesoría, entonces, pues tampoco debía realizarle proyecciones a la demandante para dicha data, motivo por el cual pues no se le puede exigir a la demandada PORVENIR, obligaciones inexistentes para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, ni en la forma en que se está solicitando la información en el escrito de demanda.

Asimismo, frente a una eventual confirmación de la sentencia de primera instancia, argumentó, no sería procedente trasladar por parte de PORVENIR los rubros que corresponden a gastos de administración y primas de seguros previsionales, esto, por cuanto fue por el mismo mandato legal que PORVENIR, incurrió en dichos conceptos y no un capricho.

Replicó, en el momento en que la demandante efectuó el traslado horizontal con las demás AFP, en su momento Horizonte trasladó todos los conceptos que obraban en la cuenta de ahorro individual de la actora, motivo por el cual, actualmente Porvenir no tiene ningún valor.

En la misma línea, explicó, tampoco sería procedente la indexación, toda vez que lo que se estaría haciendo en ese momento es generar una entrega de los dineros también indexados y en su momento también se trasladaron los rendimientos, generándose una actualización de la moneda y una doble

condena por el mismo concepto, como muy bien lo ha indicado el honorable Tribunal Superior de Cundinamarca y Amazonas. Agregó, tampoco es procedente el traslado de las sumas con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como lo expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en fecha 3 de agosto del año 2022 con No. 11001030600020220006200.

Finalmente, COLFONDOS argumentó³, como administradora de fondos de pensiones, siempre ha garantizado a los futuros afiliados la protección del derecho a la información, siendo la misma clara, precisa, veraz y suficiente, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su

³**Recurso Colfondos (récord: 2:04:34 archivo 26):** “Gracias su Señoría, de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de preferir con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral resuelva sobre el asunto de la precedencia y se sirva revocar las condenas impuestas a mi representada COLFONDOS S.A. bajo los siguientes argumentos: Colfondos como administradora de fondos de pensión, siempre ha garantizado a los futuros afiliados y afiliados la protección del derecho a información, siendo la misma clara, precisa, veraz y suficiente, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del Régimen de Ahorro Individual, con Solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo Régimen de Ahorro Individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual las decisiones de suscribir el formulario de afiliación con mi representada son producto de una decisión libre, espontánea e informada de la demandante sin desconocer qué mi representada Colfondos, siempre le garantizó el derecho de retracto, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Aduce el fallador que mi representaba no allegó pruebas de cumplimiento de sus deberes para con la parte demandante al momento de la vinculación, esto es, entregar información completa, veraz, cierta y oportuna, tal inferencia, no se ajustó a la realidad procesal por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, por cuanto Colfondos, realizó la asesoría clara, eficaz, comparativa al momento de la afiliación.

Se debe resaltar que la demanda estuvo vinculada con mi representada producto de una decisión libre, voluntaria e informada. De igual forma, no puede olvidarse que el artículo 113, literal B de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de las sumas diferentes a las referidas en esta norma, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configuran un enriquecimiento sin justa causa a su favor o de la administración del Régimen de Prima Media, pero además, determina que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

En cuanto a la indexación, la sentencia SL-9316, fechada el 29/06/2016, se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada que la generalizada condición inflacionaria de la economía, en este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que tienen las AFPS se encuentran, la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, se le han generado rendimientos.”.

traslado y los requisitos para pensionarse bajo el Régimen de Ahorro Individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual las decisiones de suscribir el formulario de afiliación con la AFP son producto de una decisión libre, espontánea e informada de la actora sin desconocer que Colfondos, siempre le garantizó el derecho de retracto, sin que ejerciera esa facultad, lo que debe valorarse como negligencia de la demandante.

Exclamó, adujo el fallador que la AFP no allegó pruebas de cumplimiento de sus deberes para con la parte demandante al momento de la vinculación, esto es, entregar información completa, veraz, cierta y oportuna, cuando tal inferencia, no se ajusta a la realidad procesal por cuanto el fondo de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta. Resaltó, la actora estuvo vinculada con dicha AFP producto de una decisión libre, voluntaria e informada, así como no puede olvidarse que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de las sumas diferentes a las referidas en esta norma, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que, condenar a pagar valores adicionales configuran un enriquecimiento sin justa causa a favor del Régimen de Prima Media. Adicionó, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

En cuanto a la indexación, expuso, la sentencia SL-9316 del 29 de junio de 2016 precisó que este rubro es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada que la generalizada condición inflacionaria de la economía, en este orden de ideas, y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que tienen las AFPS se encuentran, la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, se le han generado rendimientos.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*página 5, archivo “01Demanda.pdf, expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*páginas 3 a 5, ibidem*), aspirando:

DECLARATIVAS

PRIMERA: DECLÁRESE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA de la afiliación que la señora **SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA**, efectuó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el entonces **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al régimen de ahorro individual, administrado para el caso en concreto de mi poderdante por la **AFPS HORIZONTE AHORA PORVENIR S.A** en abril de 1996, y los posteriores traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual en febrero de 1998 con la **AFP COLFONDOS S.A**, y finalmente se trasladó en 10 de octubre del 2005 con la **AFP SANTANDER AHORA PROTECCION** administradora en la que a la fecha se encuentra realizando sus aportes.

SEGUNDA: DECLÁRESE la libertad de La señora **SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA**, de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, con las **AFPS HORIZONTE AHORA PORVENIR S.A; AFP COLFONDOS** y la **AFP SANTANDER AHORA PROTECCION S.A.**

CONDENATORIAS

PRIMERA: CONDÉNESE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir a la señora **SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA**, como afiliada cotizante.

SEGUNDA: CONDÉNESE a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS AFPS HORIZONTE AHORA PORVENIR S.A; AFP COLFONDOS** y la **AFP SANTANDER AHORA PROTECCION S.A**, a liberar de sus bases de datos del ,y devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”**.

TERCERA: CONDÉNESE A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las **AFPS HORIZONTE S.A ahora PORVENIR S.A; AFP COLFONDOS S.A** y la **AFP SANTANDER AHORA PROTECCION S.A**, al pago de las costas procesales que genere el presente proceso.

CUARTA: CONDÉNESE a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA con destino a la AFP Horizonte SA, hoy Porvenir S.A., el 1° de mayo de 1996, con efectos a partir del 1° de julio de esa misma anualidad, se ordenó a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y

el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP. Igualmente, se ordenó, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, concediéndose un plazo de 30 días a la AFP Protección S.A., contados a partir de la ejecutoria, se condenó a COLPENSIONES a recibir los valores referidos y a mantener la afiliación de SANDRA PATRICIA CARRILLO MONCADA como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral y se condenó en costas a las codemandadas. **Ello tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del 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 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 08 de septiembre de 1966 (*página 33, archivo 01 expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 23 de marzo de 2021, COLFONDOS el 02 de julio de 2021 y PROTECCIÓN el 11 de mayo de 2021 (páginas 34 a 49, archivo

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

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 había cotizado al sistema **55,43**⁵ semanas (*Historia Laboral, pagina 167, Archivo 06 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002.

No obstante lo anterior se aclara, es 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 **1º de mayo de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1º de julio de 1996** (*página 39 y 168, archivo 06 y 08 expediente digital*), por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP PORVENIR, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia, esto, contrario a lo afirmado por PORVENIR en su apelación ya que sustenta su defensa en el formulario cuando éste no fue aportado al plenario.

5

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
388	55.43	0	0.00	0	0.00	416	59.43	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 388		SEMANAS: 55.43		DIAS: 416		SEMANAS: 59.43					
El número de semanas se calculó con días calendario											

[27] Identificación Empleador	[28] Nombre o Razón Social	[29] Ciclo Desde	[30] Ciclo Hasta	[31] Asignación Básica Mensual	[32] Días Rep.	[33] Observación
1006139596	FANTASIAS XIOMARA LTDA	15/12/1989	31/12/1989	\$ 39.310	17	Pago aplicado al periodo declarado
1006139596	FANTASIAS XIOMARA LTDA	01/01/1990	28/06/1990	\$ 47.370	179	Pago aplicado al periodo declarado
1008204116	ECHEVERRY Y CIA LTDA	01/04/1986	09/10/1986	\$ 25.530	192	Pago aplicado al periodo declarado
1008216115	HOLGUIN Y CIA SERV TEMP	23/06/1994	20/07/1994	\$ 350.000	28	Pago aplicado al periodo declarado

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la

convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al Fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la

edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Es de advertir a PORVENIR en punto a cada apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta

“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.

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.

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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de Horizonte hoy Porvenir le manifestó que había una alta probabilidad que el Instituto de Seguros Sociales se acabara y perdiera los aportes, siendo la única opción para pensionarse el fondo privado; donde iba a recibir una pensión más alta, no obstante, señala no le fue informado las características, ventajas y desventajas del RAIS, pues solo le hablaron de heredabilidad del capital.

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

⁸ **Interrogatorio de parte demandante, récord 00:16:17 (archivo 26 y S.S.):** “No estoy pensionada, no recibí información de los asesores el asesor me indicó que el ISS se acabaría y que Porvenir era sólido además que me pensionaría cuando yo lo deseara, que la pensión sería alta y que mis herederos podrían tener mi pensión, no me dijo nada de requisitos, la asesoría fue muy rápida, por ahí como 10 minutos, fue individual, solo me hablaron de las ventajas que tenían con ellos, no me hablaron sobre aportes, proyección sobre la pensión no, que solo se hacía el proceso de traslado y se pasaban las semanas, yo me encontraba en la oficina, me dijo que dónde estaba afiliada, me dijo que el ISS se acabaría que por eso estaba hablando con todos, que Porvenir garantizaría todo, yo le creí al asesor, en 1996 fue libre y voluntaria, no recibí extractos pensionales, en el año 1998 me visitó el asesor de Colfondos y me dijo que me ofrecía una mesada más alta y podía pensionarme antes, y como ventaja era la mesada más alta porque era más grande y con un respaldo mejor, no intenté regresar a Colpensiones, en Protección me afilié por medio de un asesor en el 2005, me dijo que le diera un tiempo y me reiteró los beneficios de respaldo, herencia, pensionarme sin restricción, mesada pensional más amplia, entonces volví a firmar, fue libre y voluntaria, no volví a Colpensiones porque estaba segura de todo lo que me habían dicho, no me preocupaba, no he recibido extractos, solo hace 4 años me mandan extracto, comencé a ver o averiguar sobre la pensión y me di cuenta, me atendió un asesor y me dijo todo, que podía obtener una pensión de 1 salario mínimo, yo dije que era mucho más alta que eso no está con mis ingresos, me dijo que no me devolvería los aportes y que tampoco podía trasladarme, me sentí muy mal, Sali afligida, por eso contraté abogados”.

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.

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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1996**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (1º de mayo de 1996, efectivo el 1º de julio de 1996), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Historial vinculaciones SIAFP* pág. 39 *archivo 08 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en reporte SIAFP.

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

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

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN, esta última como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, como la activación de su afiliación en

el régimen de prima media con prestación definida, como también resulta acertado, la decisión impuesta por el *a quo* en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los 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.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionarán los ordinal segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el *a quo* las **comisiones debidamente indexadas**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

«(...)

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

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

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

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

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 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.” (Negritas de la Sala).

En punto a la indexación, 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.” (Negritas y subrayas fuera de texto).*

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, y COLFONDOS relacionados con la procedencia de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia,

resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos 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 propuesta por COLPENSIONES⁹ (Páginas 06 Archivo 01 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.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 29 de noviembre de 2022, archivo 13 del expediente digital.

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 en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado 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,

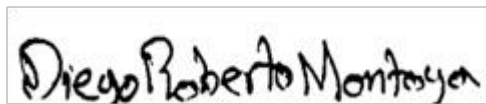
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en los numerales segundo y tercero, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN a retornar a COLPENSIONES, las **comisiones debidamente indexadas**, con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

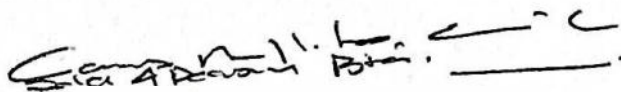
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

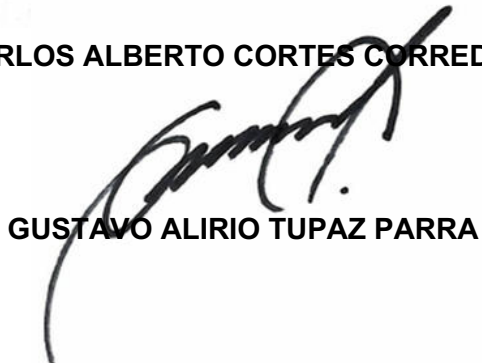
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

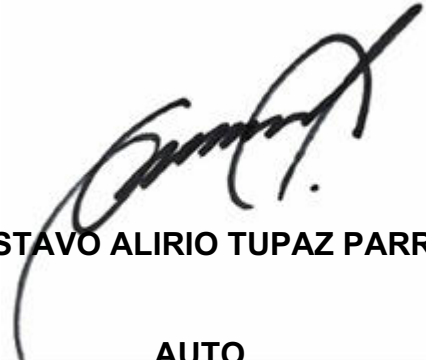
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ANTONIA GAMBOA GUERRERO CONTRA NÉSTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN (RAD. 18 2019 00028 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

El Magistrado **Dr. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**, integrante de la Sala de decisión, pone en conocimiento y manifiesta estar incurso en la causal enlistada en el numeral 2° del artículo 141 del C.G.P.

Lo anterior, habida cuenta que, al entrar al estudio de fondo del proceso ordinario de la referencia, se encuentra que profirió auto mediante el cual admitió la demanda (archivo 03), tuvo por contestada la demanda y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata los artículos 77 y 80 del C.P.T. y S.S. (archivo 07 y 08) e instaló y practicó las audiencias señaladas (archivo 13) como titular del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá; por lo dicho, incurre en la causal antes anotada, declarándose por ende impedido para conocer del presente proceso.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AUTO

De acuerdo a lo anterior, y conforme a la causal prevista en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, que establece:

Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

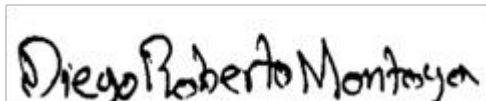
(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”.

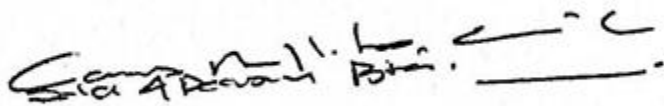
Como quiera que en efecto el Magistrado Dr. **GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**, como Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, profirió auto mediante el cual admitió la demanda, tuvo por contestada la demanda y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata los artículos 77 y 80 del C.P.T. y S.S. e instaló y practicó las audiencias señaladas, resulta evidente que se encuentra configurada la causal manifestada por el Magistrado (numeral 2º del artículo 141 del C.G.P.), razón suficiente para aceptar el impedimento referido, procediendo en consecuencia los demás integrantes de la Sala de decisión.

En atención al contenido del inciso 4º del artículo 140 del C.G.P., **SE ADMITE** el impedimento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación presentados por la demandante y el demandado contra la sentencia proferida por el Juez (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de febrero de 2023 (*Audiencia virtual, archivo 25, récord 58:58*), en la que se resolvió:

PRIMERO. - DECLARAR que entre la señora **MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO**, como trabajadora y el demandado **NESTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN**, como empleador, existieron diez (10) contratos de trabajo, a término fijo, acorde con las motivaciones que anteceden, así:

Contrato No.	Fecha Inicio	Fecha Final
1	02/02/2009	30/11/2009
2	01/02/2010	30/11/2010
3	01/02/2011	30/11/2011
4	01/02/2012	30/11/2012
5	04/02/2013	30/11/2013
6	03/02/2014	30/11/2014
7	02/02/2015	30/11/2015
8	01/02/2016	30/11/2016
9	01/02/2017	30/11/2017
10	01/02/2018	30/10/2018

SEGUNDO. - CONDENAR al demandado **NESTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO**, las siguientes sumas de dinero:

a) Por el concepto de **Auxilio de las cesantías**

Contrato No.	Del	Al	La suma de
5	04/02/2013	30/11/2013	\$548.167
6	03/02/2014	30/11/2014	\$573.333
10	01/02/2018	30/10/2018	\$654.505

Para un total de **\$1.776.005.**

b) Por el concepto de **Intereses a las cesantías**

Contrato No.	Del	Al	La suma de
10	01/02/2018	30/10/2018	\$78.541

Para un total de **\$78.541.**

c) Por el concepto de **Prima de Servicios**

Contrato No.	Del	Al	La suma de
10	01/02/2018	30/10/2018	\$654.505

Para un total de **\$654.505.**

d) Por concepto de indemnización moratoria, la suma diaria de \$26.041,40 y hasta tanto se verifique el pago de las prestaciones sociales debidas.

e) Por concepto de la indemnización por despido injusto, la suma de **\$781.242.**

TERCERO. - CONDENAR al demandado **NESTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN** al pago de los aportes a seguridad social en pensión, a favor de la demandante **MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO**, ante COLPENSIONES, por los lapsos siguientes lapsos:

Del	Al
02/02/2009	30/11/2009
01/02/2010	30/11/2010
01/02/2011	30/11/2011
01/02/2012	30/11/2012
04/02/2013	30/11/2013
03/02/2014	30/11/2014
02/02/2015	30/11/2015
01/02/2016	30/11/2016
01/02/2017	31/03/2017

Previo calculo actuarial que realice dicho fondo, con los siguientes ingresos base de cotización: para el año 2009 la suma de \$496.900, para el año 2010 la suma de \$515.000, para el año 2011 la suma de \$535.600, para el año 2012 la suma de \$566.700, para el año 2013 la suma de \$589.500, para el año 2014 la suma de \$616.000, para el año 2015 la suma de \$644.350, para el año 2016 la suma de \$689.954 y para el año 2017 la suma de \$737.717, conforme las razones expuestas en la presente decisión.

CUARTO. - ABSOLVER al demandado **NESTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN** de las demás pretensiones incoadas por la señora **MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO. - DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción denominada PRESCRIPCIÓN, conforme lo expuesto en la presente decisión.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la parte demandada a favor del demandante, señálense como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SÉPTIMO. - Contra la presente providencia procede el recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la demandante la apeló¹, mostrando su inconformidad frente a los extremos declarados por el *a quo*, argumentando que se están

¹ **Recurso Demandante (récord: 1:02:13, archivo 25):** “Muchas gracias señora juez, de conformidad con el fallo emitido me permito interponer recurso de apelación, respecto a los siguientes aspectos, en relación con el mismo, lo sustentó así, en primer lugar los extremos que están siendo tomados por el honorable despacho atendiendo a que se están tomando únicamente, pues los contratos a término fijo que efectivamente pues se celebraron entre las partes, no obstante, prueba documental que evidentemente obra en el expediente, no obstante a ello como manifestamos logramos demostrar que como se perfecciona la demanda realmente el servicio inició a partir del 26 de abril de 2008 y no a partir del 2 de febrero 2009 como lo quiere hacer ver el demandado, téngase en cuenta en este punto, que esto fue también reiterado cómo lo manifestamos con el interrogatorio de parte de mi cliente que además de ello María del Pilar Martínez y Nubia Essi Rincón Garzón, frente a las cuales el despacho no tomó en cuenta la tachá, dejaron ver que efectivamente sí existió una prestación de servicio desde este año 2008 y no desde 2009 como efectivamente manifiesta el extremo demandado.

Entonces, es cierto que entre las partes como lo manifesté de conformidad con los artículos 37 y 38 del Código Sustantivo del Trabajo, existió un contrato a término indefinido, el cual era verbal y es por ello que solicitamos a la Honorable Sala, pues estudie los presupuestos alrededor del contrato realidad, en relación con todas aquellas premisas relacionadas con el salario que le correspondía a mi cliente, el pago de aporte a seguridad social en este término, así también como la variación contractual que se da con posterioridad al

tomando los contratos a término fijo que efectivamente se celebraron entre las partes, no obstante, indicó, el servicio inició a partir del 26 de abril de 2008 y no a partir del 2 de febrero 2009 como lo quiere hacer ver el demandado, situación que se corrobora con el interrogatorio de parte de la demandante y las declaraciones de María del Pilar Martínez y Nubia Essi Rincón Garzón, lo que acredita que, efectivamente sí existió una prestación de servicio desde este año 2008 y no desde 2009. Por lo anterior, concluyó, de conformidad con los artículos 37 y 38 del Código Sustantivo del Trabajo, existió un contrato a término indefinido, el cual era verbal.

Agregó, si bien el despacho admite la relación laboral con distintos contratos a término fijo, no está teniendo en cuenta que no se cumple tampoco los presupuestos establecidos en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la presentación efectiva del preaviso, al no haberse presentado este escrito, el contrato se prorrogó en distintas ocasiones, además, la no prestación de servicio ocurrió realmente por una causa imputable al empleador quien fue el

mismo. Téngase en cuenta, que si bien el despacho admite la relación laboral a distintos contratos a término fijo, no está teniendo en cuenta que no se cumple tampoco los presupuestos establecidos en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es la presentación efectiva del preaviso, al no haberse presentado el preaviso cómo lo manifestamos, realmente el contrato se prorrogó en distintas ocasiones, es por ello que en los alegatos hicimos énfasis en que la no supuestamente prestación de servicio ocurrió realmente por una causa imputable al empleador quien fue el mismo quién pues no dejaba que mi cliente prestara servicios, indistintamente de que fuere por el año académico.

Es por ello, que solicitamos que se estudie también la posibilidad de que efectivamente se acceda a las premisas establecidas en el artículo 140 del Código Sustantivo del trabajo, con relación con salarios y prestaciones de servicio de esta manera logramos demostrar, como indiqué que, realmente la relación laboral inicial desde el 26 de abril de 2008 y no desde la fecha reconocida por el despacho.

Asimismo, debe tomarse la existencia de un único contrato atendiendo a que la fecha en que no existió prestación del servicio fue por causa imputable directa al empleador. Ahora bien, de la mano de esta situación y al probarse indistintamente de que se ajuste un contrato a término fijo que se prorrogue en distintas ocasiones, o contrato a término indefinido por la naturaleza de la labor para la cual fue contratada mi cliente, desde el año 2008 se estudie también la procedencia de las sanciones establecidas en la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías.

En estos términos, estamos de acuerdo claramente con que efectivamente procede la sanción del artículo 65 pues atendiendo a que efectivamente no se cumplen con los presupuestos establecidos ni siquiera para efectos del pago de consignación y ni siquiera prueba de que hubiera tratado por lo menos de contactarse a mi cliente. Solicitamos también, sea revisada bajo la misma premisa de la modalidad contractual pues la indemnización por despido sin justa causa, dado el despido indirecto realizado, y en esos términos que todo lo relacionado con los pagos de aportes a la seguridad social que han sido declarados por el Honorable Despacho, sean ajustados también a los extremos por nosotros solicitados, en relación como mencioné de la existencia de la relación laboral a partir del 26 de abril de 2008.

En esos términos, igual nosotros pues dejamos rendido nuestro recurso para que sea el Tribunal, quien estudie tanto la modalidad contractual como los extremos reales de la relación laboral y todas las premisas que exponemos tales como que de accederse a la prestación continua, se declare el pago de esos salarios en esas fechas en que no existió como tal el supuesto contrato, pagos de seguridad social, salarios de conformidad con el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo y se le ordene de esta manera también la procedencia de la sanción establecida en la Ley 50 a 1990, señora Juez.”.

mismo quién no dejaba que la actora prestara servicios, indistintamente de que fuere por el año académico.

Adicionó, desde el año 2008 se debe analizar la procedencia de las sanciones establecidas en la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías y el artículo 65 del C.S.T., atendiendo que efectivamente no se cumplen con los presupuestos establecidos ni siquiera para el pago de la consignación. Igualmente, pidió sea revisada la indemnización por despido sin justa causa dado el despido indirecto realizado, y en esos términos los pagos de aportes a la seguridad social sean ajustados a partir del 26 de abril de 2008.

Por su parte, el demandado manifestó², efectivamente existen diferentes contratos de trabajo desde el 2 de febrero del año 2009 al 30 de noviembre 2009 y así por

² **Recurso Demandada (récord: 1:06:48, archivo 25):** “Gracias, interpongo recurso ante su Honorable Despacho, el cual procederé a sustentar en los siguientes términos, efectivamente existen diferentes contratos de trabajo desde el año 2009 desde el día 2 de febrero del año 2009 al 30 de noviembre 2009 y así por periodos similares en el año 2010, 2011, 12,13,14,15,16,17 y 18, porque efectivamente la parte demandante, no logró siquiera probar la continuidad de los contratos pues, como evidentemente lo manifesté, y quedo probado dentro del asunto, la señora María Antonia Gamboa, no procedió o su apoderado no procedió a tachar de falsos los contratos aportados por lo cual la Honorable Sala deberá tenerlos como contratos independientes, en lo referente a las cesantías, la suscrita apoderada discrepa del señor Juez 18 Laboral del Circuito, en atención a que las documentales aportadas, se evidencia que para el año 2016 y 2017, se realizó el respectivo pago, de estas acreencias, razón por la cual, no puede ser condenada al pago de las mismas.

En lo que respecta a los intereses de las cesantías, si bien solo se declaró para el contrato No. 10, por la suma de \$78.541 pesos, téngase en cuenta Honorables Magistrados, que efectivamente, ese valor fue tenido en cuenta en el título que se consignó a favor de la señora María Antonia Gamboa, en el cual haré unas precisiones posteriormente.

En lo que respecta a la prima de servicios para el contrato número 10, de igual manera dicho valor fue consignado y constituido mediante depósito judicial, razón por la cual dicha suma no deberá ser asumida por parte de mi representado.

En lo que respecta a la sanción moratoria, consignada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la presente apoderada no comparte la misma, en atención a que efectivamente se logró evidenciar, la buena fe de mi poderdante, de cancelar lo que consideraba que se le adeudaba a la señora María Antonia Gamboa por la prestación del servicio, puesto que se procedió a la constitución de dicho título laboral, igualmente, en la contestación de la demanda, se puso en conocimiento del despacho, la existencia del título.

Igualmente, a folio, 141 a 144 del expediente, se logra evidenciar, que la suscrita solicitó a la oficina de depósitos judiciales, la entrega y la puesta en disposición de dicho título, a ordenes del despacho judicial, y que el Juzgado 18 se haya pronunciado sobre dicha situación, entonces, esto deja de manifiesto que, la parte demandante, era conocedora de la constitución de dicho título por concepto de acreencias del año 2018.

Cabe resaltar que pues la apoderada esta de acuerdo con el tema de como operó el fenómeno de la prescripción, y teniendo en cuenta pues la diferente existencia, de contratos laborales y que la parte demandante, no logró demostrar, siquiera con prueba sumaria alguna, de que el trabajo o la prestación del servicio fue de manera interrumpida, desde el año 2008 al año 2018, adicionalmente, en lo que respecta con la terminación del contrato, sin justa causa, un despido indirecto por una causa imputable al empleador, téngase en cuenta que no le asiste derecho pues a la señora María Antonia Gamboa, en atención a que, como se dejó plenamente probado, la señora María Antonia si se le adelantó el respectivo proceso, por las aparentes situaciones que estaba presentado con otra docente de la institución y en el proceso no logró demostrar que existieran actos de discriminación de sexo u otra, razón por la cual, no podría ser condenado mi poderdante al pago de dicha sanción contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

periodos similares en el año 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, porque efectivamente la parte demandante, no logró siquiera probar la continuidad de los contratos, así como la señora María Antonia Gamboa, no procedió a tachar de falsos los contratos aportados, por lo cual deberán ser tenidos como contratos independientes.

En lo referente a las cesantías, indicó, de las documentales aportadas se evidencia que para el año 2016 y 2017, se realizó el respectivo pago, de estas acreencias, razón por la cual, no puede ser condenada al pago de las mismas. Igual suerte corre los intereses a las cesantías, ya que, si bien solo se declaró para el contrato No. 10 la suma de \$78.541, efectivamente, ese valor fue tenido en cuenta en el título que se consignó a favor de la señora María Antonia Gamboa.

Frente a la prima de servicios, alegó, conforme al contrato número 10, dicho valor fue consignado y constituido mediante depósito judicial, razón por la cual dicha suma no deberá ser asumida.

En lo que respecta a la sanción moratoria, expresó, se logró evidenciar en el proceso la buena fe del demandado al cancelar lo que consideraba que se le adeudaba a la señora María Antonia Gamboa por la prestación del servicio, puesto que se procedió a la constitución de dicho título laboral, igualmente, en la contestación de la demanda, se puso en conocimiento del despacho, la existencia del título.

Con estas precisiones que dejo presentadas, solicito muy respetuosamente, a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se sirva revocar, parcialmente la decisión adoptada por el Juzgado 18 Laboral, que mantenga incólume la decisión en lo que respecta a la existencia de los diferentes contratos de trabajo, y se revoque única y exclusivamente, lo concerniente al pago, y la condena al valor de las cesantías, de los contratos No. 8,9 y 10, correspondientes al año 2016, 2017 y 2018, a los intereses de las cesantías, del año 2018 a la prima de servicios del año 2018, a la sanción moratoria contemplada en el artículo 65, por haberse demostrado la buena fe por parte de mi poderdante y que existió negligencia tanto por parte del apoderado de la parte convocante, como inobservancia del Juzgado 18 al no pronunciarse respecto a la entrega, y puesta a disposición del título judicial, en atención a la respuesta que se obtuvo de la Oficina de Depósitos Judiciales, que mencionaba que el Juzgado debía dejar y solicitar la conversión del título judicial, para que fuera pagado a la señora María Antonia Gamboa.

De igual manera, revocar el pago, por la suma de \$781.000, correspondiente a la sanción del artículo 64 o por el despido indirecto, el cual, no quedó probado dentro del presente asunto. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, agradeciendo la atención prestada, muchas gracias.”.

Igualmente, a dicho extremo pidió a la oficina de depósitos judiciales, la entrega y la puesta en disposición de dicho título a órdenes del despacho judicial, entonces, esto deja de manifiesto que la parte demandante, era conocedora de la constitución de dicho título por concepto de acreencias del año 2018.

Resaltó, está de acuerdo con el tema de cómo operó el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta la existencia de diferentes contratos laborales y que la parte demandante no logró demostrar, siquiera con prueba sumaria alguna, que la prestación del servicio fue de manera interrumpida desde el año 2008 al año 2018. Adicionalmente, en lo que respecta con la terminación del contrato, sin justa causa, dijo, no le asiste derecho a la señora María Antonia Gamboa en atención a que si se le adelantó el respectivo proceso por las aparentes situaciones que estaba presentado con otra docente de la institución y en el proceso no se logró demostrar que existieran actos de discriminación de sexo u otra, razón por la cual, no podría ser condenado el demandado al pago de dicha sanción contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda páginas 8 a 11 (Archivo 01 del expediente virtual), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 4 a 8, ibidem, solicitando:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo verbal a término definido desde el 26 de octubre de 2008 hasta el 30 de octubre de 2018, o los extremos laborales que se logren probar.

SEGUNDO: DECLARAR que el horario de mi cliente era: lunes a viernes de 6:30 am a 7:30 pm, o los rangos que se logren probar.

TERCERO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2008.

CUARTO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2009.

QUINTO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2010.

SEXTO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2011.

SÉPTIMO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2012.

OCTAVO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2013.

NOVENO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2014.

DÉCIMO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2015.

UNDÉCIMO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2016.

DUODÉCIMO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2017.

DECIMOTERCERO: CONDENAR al demandado al pago de las cesantías correspondientes al año 2018.

DECIMOCUARTO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2008.

DECIMOQUINTO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2009.

DECIMOSEXTO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2010.

DECIMOSÉPTIMO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2011.

DECIMOCTAVO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2012.

DECIMONOVENO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2013.

VIGÉSIMO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2014.

VIGÉSIMO PRIMERO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2015.

VIGÉSIMO SEGUNDO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2016.

VIGÉSIMO TERCERO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2017.

VIGÉSIMO CUARTO: CONDENAR al demandado al pago de intereses de las cesantías correspondientes al año 2018.

VIGÉSIMO QUINTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2008.

VIGÉSIMO SEXTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2009.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2009.

VIGÉSIMO OCTAVO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2010.

VIGÉSIMO NOVENO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2010.

TRIGÉSIMO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2011.

TRIGÉSIMO PRIMERO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2011.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2012.

TRIGÉSIMO TERCERO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2012.

TRIGÉSIMO CUARTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2013.

TRIGÉSIMO QUINTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2013.

TRIGÉSIMO SEXTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2014.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2014.

TRIGÉSIMO OCTAVO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2015.

TRIGÉSIMO NOVENO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2015.

CUADRAGÉSIMO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2016.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2016.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2017.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al segundo semestre del año 2017.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2018.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: CONDENAR al demandado al pago de prima de servicios correspondiente a la porción del segundo semestre del año 2018.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: CONDENAR al demandado, al pago de los aportes a seguridad social, con sus respectivas rentas e intereses moratorios, por medio del cálculo actuarial que dispone para tal efecto la AFP COLPENSIONES, en el intervalo de tiempo del 26 de octubre de 2008 al 17 de abril de 2017.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: CONDENAR al Demandado al pago de la indemnización moratoria tal como lo señala el artículo 65 del Código sustantivo del Trabajo.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: CONDENAR al Demandado al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías en el fondo.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: CONDENAR al Demandado al pago de la indemnización por haberse configurado un despido indirecto, en la forma señalada en el artículo 64 de la norma sustancial laboral.

QUINCUAGÉSIMO: SOLICITO señor juez, que el fallo se ajuste al principio de *extra y ultra petita*, de conformidad con el artículo 51 del Código Procesal Del Trabajo y De La Seguridad Social, según los hechos que además se lograren probar.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: CONDENAR en costas al demandado, por concepto del presente proceso.

Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre la señora MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO, como trabajadora y el demandado NESTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN, como empleador, existieron diez (10) contratos de trabajo, a término fijo entre el 01 de febrero de 2009 al 30 de octubre de 2018, se condenó al pago de prestaciones sociales, indemnización moratoria, en la suma diaria de \$26.041,40 y hasta tanto se verifique el pago de las prestaciones sociales debida, indemnización por despido injusto en la suma de \$781.242, se condenó al pago de los aportes a seguridad social en pensión, a favor de la demandante MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO ante COLPENSIONES, por los extremos declarados, previo calculo actuarial que realice dicho fondo, con los siguientes ingresos base de cotización a tener en cuenta: para el año 2009 la suma de \$496.900, para el año 2010 la suma de \$515.000, para el año 2011 la suma de \$535.600, para el año 2012 la suma de \$566.700, para el año 2013 la suma de \$589.500, para el año 2014 la suma de \$616.000, para el año 2015 la suma de \$644.350, para el año 2016 la suma de \$689.954 y para el año 2017 la suma de \$737.717, se absolvió al demandado NESTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN de las demás pretensiones incoadas por la señora MARÍA ANTONIA GAMBOA GUERRERO, se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y se condenó en costas. **Lo anterior, tras considerar la a quo**, entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo con interrupciones importantes no pudiéndose declarar una continuidad en el servicio, así como no se pueden desconocer estos pactos, aunado a que se trataron de contratos debidamente suscritos y estipulados entre las partes, pues los documentos aportados al plenario no fueron tachados. Igualmente consideró, se aportaron pagos efectuados a la demandante, no obstante, no se logró verificar en su totalidad el pago de todas las obligaciones laborales reclamadas, evidenciando mala fe del demandado y fulminando condena consistente en un salario diario de \$26.041,40 por indemnización moratoria; suma que hace referencia al salario diario devengado en virtud del último contrato – 2018-. Pese a ello, la juzgadora encontró procedente no fulminar condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías dado que el empleador no actuó con mala fe frente a este rubro.

Finalmente, en lo que recae frente a la indemnización por despido, encontró probado la juzgadora que la actora fue despedida sin justa causa por parte del demandado, pues ninguna prueba se allegó con la finalidad de comprobar la justeza alegada.

Reseñado lo anterior, procede la Sala a resolver este asunto en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y el demandado, aclarando, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si entre las partes existió una única relación desde el 24 de abril de 2008 al 30 de octubre de 2018 o, si contrario a ello, se ejecutaron varios contratos a término fijo. Concluida esta situación, se analizará la procedencia del pago de la sanción por no consignación de cesantías -artículo 99 de la Ley 50 de 1990-, indemnización por despido – artículo 64 del C.S.T.- e indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., así como se verificará si procede el pago de cesantías de los periodos 2016 y 2017 e intereses a las cesantías y prima de servicios del año 2018, lo anterior, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

En esta dirección, encuentra esta Corporación que la controversia en el presente asunto se gesta, en primer lugar, en relación con el extremo inicial y en la existencia de un solo vínculo laboral, como quiera que la accionante solicita que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, delimitando como extremos de este, el espacio temporal comprendido entre el 26 de octubre de 2008 al 30 de octubre de 2018 (demanda obrante a página 8, archivo 01). Por su parte el accionado alega que entre las partes existieron varios vínculos laborales a término fijo.

En este orden, previo a dilucidar el primer problema jurídico, debe advertirse, en esta alzada, la parte actora solicitó como extremo inicial el 24 de abril de 2008 cuando contrario a ello, revisada la demanda en el acápite de pretensiones y hechos se concluye que persiguió como extremo inicial el **26 de octubre de 2008**, advirtiéndose, la demanda no fue objeto de reforma, por tanto, se debe tener en cuenta el extremo inicialmente deprecado – octubre-.

Igualmente, ante la manifestación de la existencia de varios contratos a término fijos, es deber de esta Sala de Decisión verificar dicha situación, conforme a las pruebas recaudadas en el plenario, consistentes en:

Archivo 01

- Página 22, Certificación laboral de fecha 18 de octubre de 2018 en la que se constata que la actora laboró desde el año 2009 en el área de servicios generales.
- Página 23, Certificación laboral de fecha 13 de junio de 2018 en la que se constata que la actora laboró desde el año 2009 en el área de servicios generales con un contrato “definido de meses”.
- Página 24. Certificación laboral de fecha 05 de agosto de 2014, en la que se constata que la actora laboró desde el año 2009 en el área de servicios generales.
- Página 31. Preaviso de fecha 06 de noviembre de 2015 dirigido a la demandante, recordando la terminación del 30 de noviembre de 2015.
- Página 34 y 35. Renuncia motivada de la demandante de fecha 30 de octubre de 2018.
- Páginas 37 a 41. Contestación renuncia motivada dirigida a la actora.
- Páginas 44 a 45. Terminación unilateral del contrato de trabajo de fecha 19 de noviembre de 2018.

Archivo 04

- Página 25, Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2009, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$962.500.
- Página 26, Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2010, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$1.102.000.
- Página 27, Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2011, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$1.160.000.
- Página 28, Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2012, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$1.256.700.
- Página 29 Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2015, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$1.469.350.

- Página 30, Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2016, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$1.546.700.
- Página 31, Liquidación contrato del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2017, suscrita entre las partes, donde figura como conceptos pagados cesantías, intereses y prima de servicios en cuantía de \$1.587.000.

Archivo 10

- Página 10, Soporte de Consignación de depósitos judiciales por valor de \$2. 281.300 del 14 de noviembre de 2018.
- Página 13 a 15. Contrato de trabajo a término fijo desde el 02 de febrero de 2009 al 30 de noviembre de 2009, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 16 a 18. Contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de febrero de 2010 al 30 de noviembre de 2010, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 19 a 21 Contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de febrero de 2011 al 30 de noviembre de 2011, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 22 a 24. Contrato de trabajo a término fijo desde el 02 de febrero de 2012 al 30 de noviembre de 2012, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 25 a 27 Contrato de trabajo a término fijo desde el 04 de febrero de 2013 al 30 de noviembre de 2013, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 28 a 30 Contrato de trabajo a término fijo desde el 03 de febrero de 2014 al 30 de noviembre de 2014, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 31 a 33. Contrato de trabajo a término fijo desde el 02 de febrero de 2015 al 30 de noviembre de 2015, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 34 a 36. Contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de febrero de 2016 al 30 de noviembre de 2016, suscrito entre las partes de este proceso.

- Páginas 37 a 39. Contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2017, suscrito entre las partes de este proceso.
- Páginas 40 a 42. Contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de febrero de 2018 al 30 de noviembre de 2018, suscrito entre las partes de este proceso.

Igualmente, se recepcionaron los interrogatorios de parte a la demandante y demandado, quienes manifestaron:

Demandado, récord 22:41, archivo 08.1: *“Soy docente y rector del Colegio Real de Colombia hace 22 años, un año no estuve en el 2008, del resto siempre he estado como rector, no le fueron realizados los aportes porque ella lo solicitó por el favor que había pedido, solo hasta en el 2017 se hicieron porque ella estaba antes aportando a pensiones, por eso no se hicieron, ella firmaba anualmente antes de iniciar el año laboral y solicitaba no le hicieran esos aportes porque le dañábamos la pensión, ella laboró hasta el 30 de octubre de 2018, el auxilio de transporte siempre se hacía, se efectuó el pago de consignación a la demandante en noviembre, se allegó prueba del soporte al proceso, ese pago se hizo en los juzgados laborales, ella no estaba afiliada a la ARL por lo mencionado, ella llevaba los soportes de pago que estaba tramitando, lo que ella nos hacía llegar era incapacidades por gripa y su caída en la calle fue por su brazo, del resto la EPS le dio terapias y ella dijo que no quería ir, que sabía que era frío y caliente, ella se hizo los exámenes de ingreso y egreso, en el 2017 dijeron que la enfermedad era de origen común, si había testigos porque se lo decía a Nubia la administradora, eso fue verbal, ella no quería ir a las terapias, se pagaron las cesantías anualmente, se hace en diciembre cuando termina las labores, reposan las firmas de dichas liquidaciones donde están las vacaciones, cesantías e intereses, están las liquidaciones, ella no laboraba la semana de octubre ni de receso, siempre se le daban las vacaciones, ella hacía los aportes personalmente, antes no hizo esos aportes por el favor que había pedido, eso fue del 2017 hacia atrás, esas cartas que ella suministraba está en el expediente, ella está trabajando desde el 2009, en el 2008 yo no estaba, eso fue en el 2009 cuando iniciaron labores, ella en el 2008 trabajó fue con mi hermana unas horas, no había contrato escrito, ella firmó contratos por escrito a término fijo, esos están en poder de la administradora Nubia Rincón, esos contratos se suscribían el 2 o 3, siempre era así, ella era de servicios generales, el Colegio está Ubicado en la Calle 73 y la otra sede la frente*

luego pasó a preescolar porque la carga era menos, le pagábamos anualmente las cesantías, ella recibió la pensión y por eso se retiró”.

Demandante, récord 41:51, archivo 08.1: *“yo me pensioné y me dedico a mi salud porque estoy enferma, inicié labores el 26 de octubre de 2008 y me retiré el 30 de octubre de 2018, lo tengo claro porque nunca me pagaron nada, no ARL ni CCF, no tuve nada de eso, no suscribí contrato con Néstor, era verbal, él nos daba una carta a la salida del Colegio, eso fue el 30 de noviembre cuando salíamos, el servicio se prestó de manera verbal, fue continua, yo no firmé el contrato, yo trabajaba del 1º de febrero hasta el 30 de noviembre, esa era el tiempo cuando nos pasaban la carta, pero trabajaba del 1º al 30 de diciembre, yo trabajaba desde el 20 de enero hasta que empezaban clase los niños, él me decía que fuera a trabajar, me tocaba hacer aseo en preescolar y bachillerato, no me pagaron liquidación, esa firma que aparece si es mía, aparece en las liquidaciones, ellos me hacían firmar y no me daba cuenta, el sueldo sí lo pagaban, yo hacía aseo, me tocaba hasta de profesora, me dejaban niños para cuidar y tenía que estar pendiente de ellos, el salario lo pagaba en efectivo y luego en el banco, los primeros meses que consignaban no era por empresa, no recibía más pagos, no tenía contrato, eso era verbal, él pasaba una carta de despedida o agradecimiento, no pasé reclamación porque le tenía terror, supe que consignaron en los juzgados, no recibí las sumas, él me dijo que no necesitaba Caja porque no tenía chicos pequeños, yo sé leer ni escribir pero todo firmaba a las carreras, solo recibía salario, vacaciones no recibía”.*

Por su parte, los testigos **MARTHA JEANNETTE DEVIA CORTES, MANUEL ANDRÉS PÁEZ GAMBOA, NUBIA ELSY RINCÓN GARZÓN, ROSALBA DÍAZ MEDINA y MARIA DEL PILAR MARTÍNEZ MIRANDA,** declararon:

MARTHA JEANNETTE DEVIA CORTES, récord 00:04:56, archivo 13.1: *“Conozco en el 2007 a Néstor porque labore del 2 de marzo de 2008 como Directora de grupo de Kinder hasta el 30 de noviembre, peor uno sale una semana después, María Antonia iba como madre de familia de su hijo y en el 2008 el 27 de octubre comenzó a laborar en la institución, le ofrecieron un trabajo y ella comenzó a trabajar, estuvo sola como 4 años, yo estuve hasta diciembre de 2010, en el 2007 directora, 2008 directora 4to, 2009 directora 4to y 2019 directora de grupo de 5to, fueron 4 años terribles, manejé mucho estrés, fui humillada y ultrajada, me trataba de vejestorio, él se burlaba constantemente, yo era de la más edad en el*

grupo, en el 2009 yo le dije que cogiera su puesto y que no me hiciera nada más, lo que yo hacía todo era malo, yo la veía a ella en el Colegio, ella estaba haciendo decoraciones, ella estaba una vez a las 8 p.m., ella me lo manifestaba, le tocaba duro porque eran las dos sedes, ella terminó en el 2018, ella decía que el salario era el mínimo, se supone que el horario era una jornada tiempo completo, uno tenía que poner sus propios implementos de aseo, en octubre de 2008 el Colegio era de él, pero en ese año él se ausentó, él tuvo que retirarse porque lo habían demandado, eso era lo que decían, él iba esporádicamente a la institución, la hermana de él es Nubia Rincón, ella tenía que quedarse con los niños, hacía el desayuno de Néstor, tenía que hacer mandados, ella me contaba que se cayó en la puerta del Colegio y quedó con su mano lisiada, lo que hace la necesidad, yo le dejé niños por orden de Néstor para cuidar, ella ingresó porque en esa época vendía obleas, ella pidió que le dieran trabajo, ella ganaba el mínimo”.

MANUEL ANDRÉS PÁEZ GAMBOA, récord 42:00, archivo 13.1: *“Conozco al demandado porque yo estude en el Colegio, es mi madre, ella hacía el aseo, limpiaba el parque, ella estaba pendiente de los estudiantes, estaba a cargo de los estudiantes mientras los recogían, yo pasaba a mirar cómo estaba, ella se vinculó el 26 de octubre de 2008, yo estaba estudiando en ese momento, ella hacía el aseo en el parque y en otra sede, yo ya estaba en la Universidad al final, el contrato fue escrito, el horario era de 6:30 a.m. a 7:30 p.m., ella iba en la tarde porque tenía que estar pendiente de los niños, era de lunes a viernes y algunas veces sábados o domingos, él le dijo q mi mamá una vez que era muy vieja, ella estaba en las dos sedes, ella se utilizaba recursos del hogar porque no habían implementos, él le decía que debía llevar como guantes u otras cosas, ella terminaba o salía tarde pero yo no estaba, a veces está ahí, en la fecha de los hechos yo estudiaba en la Universidad y llegaba tipo 6 o 9 p.m.”.*

NUBIA ELSY RINCÓN GARZÓN, récord 01:04:30, archivo 13.1: *“Soy hermana del demandado, soy docente y trabajo en la parte administrativa del colegio, yo hablé con Néstor e hice que la contratara, ella era madre de un niño del Colegio y vendía obleas, ella suscribió contratos fijos a 10 meses, fueron todos los años hasta que se retiró, ella era de aseo generales, tenía que barrer y mirar los baños, se iba a su almuerzo y tenía que hacer aseo en los salones, ejecutaba el horario de 7 a.m. a 4 p.m., yo sabía que entraba a esa hora pero se iba a la hora del almuerzo, en la tarde nos retirábamos, ella no iba en semana santa, semana de receso, siempre se le pagó el mínimo, ella dijo que se retiraba porque la trataban*

mal, no me consta, Néstor casi no iba, ella gastaba agua y se le llamaba la atención, a ella se le dio la oportunidad porque tenía un hijo en el Colegio, siempre se le canceló todo, eso fue en diciembre, yo pagaba las afiliaciones, ella solicitó ingreso de retenciones y el Contador la hizo, ella hacía servicios generales, estaba en preescolar, luego la pasamos a otra sede por ser más pequeña, los implementos de aseo los compraba Néstor o ella y se le devolvía la plata, ella no me dijo nada, yo hablaba con ella, era atenta y querida pero no me dijo nada, como 3 años se empezó hacer el examen de ingreso y egreso, ella se los realizó, aparecía satisfactorio y apta para el cargo, ella en el 2009 me dijo que no la afiliáramos, que ella me pasaba el soporte, en abril de 2017 me dijo que ya la podía afiliar, luego tuvimos un robo en el Colegio y ella siempre iba y a todos se les pagaba, ella decía que vivía agradecida y siempre nos invitaba a la cada de despedida de año, yo hacía los pagos y luego Néstor a través del Banco, ella tuvo inconvenientes con algunos papás y le dijimos que no tuviera trato con los niños, los niños o estaban a cargo de ella, ella tenía la llave y no controlábamos cuando entraba o salía, ella estaba en un nivel de riesgo bajo y debía tener en cuenta como no agacharse, no sé el nivel de riesgo, ella fue notificada sobre el examen de egreso, ella me manifestaba que le dolía la columna pero no me dijo nada de enfermedad laboral, yo terminaba mi labor y me iba de 2 a 4, no salía ella a qué hora salía, cada año ella pedía el favor que no le hicieran los aportes porque ella se comprometía a llevar los pagos por medio del esposo, ella los llevaba directamente, nosotros optamos por decirle que no hablara con papás que llamara a la profe, que la profe era quien le llamaba la atención al niño”.

ROSALBA DÍAZ MEDINA, archivo 13.1: “En el 2013 laboramos las 2, ella era la que hacía aseo, suscribíamos contrato siempre, salíamos en diciembre, ella hacía el aseo de los baños y se encargaba del aseo, estaba pendiente de todo lo que requirieran en el Colegio, el horario era de 7 am a 4 pm”.

MARIA DEL PILAR MARTÍNEZ MIRANDA, archivo 13.1: “Ella entró en el 2009 a laborar a través de un contrato fijo, su hijo estudiaba en el Colegio, ella vendía obleas al inicio, fueron varios contratos fijos, eso fue como en el 2009, antes prestaba servicios, pero fue Néstor quien la contrató, Néstor estuvo ausente y llegó en el 2009, ella suscribió el contrato ahí, siempre estaban hasta el 30 de noviembre, siempre se les pagaba todo en la liquidación”.

Analizados los anteriores medios de prueba, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS, estima la Sala, se encuentra demostrado que la demandante laboró para el demandado a partir del **02 de febrero de 2009** y no desde octubre de 2008 como se anunció en la demanda y menos como se pretende extemporáneamente en la alzada, desde abril de 2008, pues se aportaron los contratos de trabajo a término fijo debidamente suscritos por las partes, siendo los mismos reconocidos por la actora al absolver interrogatorio de parte, por tanto, fuerza concluir que la señora MARIA ANTONIA GAMBOA GUERRERO laboró en los siguientes periodos para el señor NÉSTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN:

1. Contrato No. 1 del 02/02/2009 al 30/11/2009
2. Contrato No. 2 del 01/02/2010 al 30/11/2010
3. Contrato No. 3 del 01/02/2011 al 30/11/2011
4. Contrato No. 4 del 01/02/2012 al 30/11/2012
5. Contrato No. 5 del 04/02/2013 al 30/11/2013
6. Contrato No. 6 del 03/02/2014 al 30/11/2014
7. Contrato No. 7 del 02/02/2015 al 30/11/2015
8. Contrato No. 8 del 01/02/2016 al 30/11/2016
9. Contrato No. 9 del 01/02/2017 al 30/11/2017
10. Contrato No. 10 del 01/02/2018 al 30/10/2018

Aunado a lo que antecede, los deponentes **MARTHA JEANNETTE DEVIA CORTES, MANUEL ANDRÉS PÁEZ GAMBOA, NUBIA ELSY RINCÓN GARZÓN, ROSALBA DÍAZ MEDINA y MARIA DEL PILAR MARTÍNEZ MIRANDA**, brindaron credibilidad en sus respuestas al reconocer que sí se suscribieron contratos de trabajo a término fijo, así como informaron sobre las labores de mantenimiento y servicios generales que realizaba la actora en el Colegio de propiedad del demandado.

Conforme a la anterior relación de pruebas documentales, se extrae que en efecto cada contrato a término fijo fue liquidado al estar suscrito el respectivo documento por las partes, ahora, acogiendo el punto de apelación de la parte actora, en cuanto a que los contratos no fueron preavisados, debe destacarse, conforme lo establece el artículo 46 del C.S.T., lo siguiente:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.”. (Negrilla de la Sala).

Nótese, la norma es clara en señalar que el contrato a término fijo deberá preavisarse 30 días calendario, antes del vencimiento del plazo fijo pactado, de lo contrario se prorrogará y, atendiendo la norma de orden público que solo exige que se haga ese preaviso con una antelación no inferior a 30 días, quiere ello significar que no se impide que el preaviso se haga con más de 30 días calendario antes de que el contrato venza, presupuesto que fue acatado por el aquí demandado, pues si bien no se desconoce que se suscribieron los 10 contratos fijos entre el 2009 al 2018, obra prueba de una terminación legal, toda vez que al suscribirse los diferentes contratos se hizo constar por escrito en cada texto de manera clara e inequívoca la no prórroga del citado acuerdo contractual, dándose entonces certeza acerca de la fecha de la expiración del plazo fijo pactado, existiendo además las liquidaciones de cada uno de estos contratos, suscritas por la activa.

A saber, evidencia la Sala de Decisión los contratos y/o liquidaciones que a continuación se relacionan:

1. CONTRATO No. 1

Celebrado entre el 02/02/2009 al 30/11/2009, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 13 a 15, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 25):



COLEGIO REAL DE COLOMBIA
"Calidad Pedagógica Activa Y Participativa Para La Formación en el Liderazgo Socio-Empresarial"
Aprobación Oficial: Res. 5972 del 20 de sep./2001 de Preescolar y Primaria
Res. 3862 del 12 dic./2003 de básica Secundaria y
Res. 4173 del 29 de Oct./2008 de Educación media Académica.
Teléfonos: 2 27 46 68 - 8 13 41 60. Correo Electrónico: numatew@hotmail.com

NIT. 79.506.029-3

LIQUIDACION

MARIA ANTONIA GAMBOA GUERRERO
CC 41771192

FECHA DE INGRESO	FEBRERO 1 de 2009
FECHA DE EGRESO	NOVIEMBRE 30 DE 2009
DIAS TRABAJADOS	300 días

BASE DE LIQUIDACION	\$ 550.000
CESANTIAS	\$ 458.333
INTERESES DE CESANTIAS	\$ 45.834
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 458.333
TOTAL A PAGAR	\$ 962.500

Con la presente liquidación declaro que NUBIA RINCON GARZON COLEGIO REAL DE COLOMBIA queda a PAZ Y SALVO conmigo y con la Institución por todo concepto.

Recibi



cc 4177119



cc Robut93

2. CONTRATO No. 2

Celebrado entre el 01/02/2010 al 30/11/2010, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 16 a 18, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 26)



COLEGIO REAL DE COLOMBIA
"Calidad Pedagógica Activa Y Participativa Para La Formación en el Liderazgo Socio-Empresarial"
Aprobación Oficial: Res. 5972 del 20 de sep./2001 de Preescolar y Primaria;
Res. 3862 del 12 dic./2003 de básica Secundaria y
Res. 4173 del 29 de Oct./2006 de Educación media Académica.
Teléfonos: 2 27 46 68 - 8 13 41 60. Correo Electrónico: colegiorealdecolombia2010@hotmail.co

NIT. 79.506.029-3

LIQUIDACION
MARIA GAMBOA

FECHA DE INGRESO FEBRERO 1 DE 2010
FECHA DE EGRESO NOVIEMBRE 30 DE 2010
DÍAS TRABAJADOS 300

BASE DE LIQUIDACION \$ 570.000

CESANTIAS \$ 570.000
INTERESES DE CESANTIAS \$ 57.000
PRIMA DE SERVICIOS \$ 475.000

TOTAL A PAGAR \$ 1.102.000

Con la presente liquidacion declaro que COLEGIO REAL DE COLOMBIA/NÉSTOR RINCÓN GARZÓN quedan a PAZ Y SALVO conmigo por todo concepto.

Recibi

41771192



3. CONTRATO No. 3

Celebrado entre el del 01/02/2011 al 30/11/2011, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 19 a 21, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 28)



COLEGIO REAL DE COLOMBIA

"Calidad Pedagógica Activa Y Participativa Para La Formación en el Liderazgo Socio-Empresarial"
Aprobación Oficial: Res. 5972 del 20 de sep./2001 de Preescolar y Pnia;
Res. 3862 del 12 dic./2003 de básica Secundaria y
Res. 4173 del 29 de Oct./2008 de Educación media Académica.
Teléfonos: 2 27 46 68 - 8 13 41 60. Correo Electrónico: colegiorealdecolumbia2010@hotmail.com

NIT. 79.506.029-3

LIQUIDACION
MARIA ANTONIA GAMBOA GUERRERO
CC. 41.771.192

FECHA INGRESO: FEBRERO 1 DE 2011
FECHA EGRESO: NOVIEMBRE 30 DE 2011
DÍAS TRABAJADOS: 300

BASE LIQUIDACION: \$ 600.000

CESANTIAS \$ 600.000
INT. DE CESANTIAS \$ 60.000
PRIMA DE SERVICIOS \$ 500.000

TOTAL A PAGAR \$ 1.160.000

Con la presente liquidación declaro que NESTOR GERARDO RINCON GARZON/COLEGIO REAL DE COLOMBIA queda a PAZ Y SALVO conmigo por todo concepto.

Recibí,


MARIA ANTONIA GAMBOA G.
CC.


NESTOR RINCON GARZON
CC. 79.506.029.

4. CONTRATO No. 4

Celebrado entre el del 01/02/2012 al 30/11/2012, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 22 a 24, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 29):



VIT. 79.506.029-3

COLEGIO REAL DE COLOMBIA

"Calidad Pedagógica Activa Y Participativa Para La Formación en el Liderazgo Socio-Empresarial"
Aprobación Oficial: Res. 5972 del 20 de sep./2001 de Preescolar y Pría;
Res. 3862 del 12 dic./2003 de básica Secundaria y
Res. 4173 del 29 de Oct./2008 de Educación media Académica.
Teléfonos: 2 27 46 68 - 8 13 41 60. Correo Electrónico: colegiorealdecolombia2010@hotmail.com

LIQUIDACION
MARIA ANTONIA GAMBOA GUERRERO
CC 41771192

FECHA INGRESO	FEB. 1 DE 2012
FECHA EGRESO	NOVIEMBRE 30 DE 2012
DÍAS TRABAJADOS	300
BASE LIQUIDACION	\$ 650.000
CESANTIAS	\$ 650.000
INT. DE CESANTIAS	\$ 65.000
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 541.700
TOTAL A PAGAR	\$ 1.256.700

Con la presente liquidación declaro que NESTOR RINCON GARZON/COLEGIO REAL DE COLOMBIA queda a PAZ Y SALVO conmigo en todo concepto.

Recibí,

MARIA GAMBOA GUERRERO

NESTOR RINCON GARZON

5. CONTRATO No. 5

Celebrado entre el 04/02/2013 al 30/11/2013, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 25 a 27, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

6. CONTRATO No. 6

Celebrado del 03/02/2014 al 30/11/2014, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 28 a 31, archivo 10):

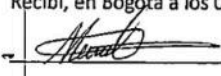
OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

7. CONTRATO No. 7

Celebrado entre el 02/02/2015 al 30/11/2015, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 31 a 33, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 30)

LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES		
MARIA GAMBOA		
FECHA INGRESO:	FEBRERO 1 DE 2015	
FECHA DE RETIRO	NOVIEMBRE 30 DE 2015	
TIEMPO TRABAJADO	300 DIAS	
BASE LIQUIDACION	SUELDO MENSUAL 760.000	
CESANTIAS	Correspondientes a 136 días	\$ 760.000
INTERESES DE CESANTIAS		\$ 76.000
PRIMA DE SERVICIOS	Correspondientes a 136 días	\$ 633.350
TOTAL A PAGAR		\$ 1.469.350
UN MILLON CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE		
Con la presente Liquidación declaro que la Institución Colegio Real de Colombia /NESTOR GERARDO RINCON GARZON queda A PAZ Y SALVO por todo concepto conmigo.		
Recibí, en Bogotá a los 02 días del mes de Febrero de 2016		
		
MARIA GAMBOA		
cc 41771192		

8. CONTRATO No. 8

Celebrada entre el 01/02/2016 al 30/11/2016, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 34 a 36, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 31)



COLEGIO REAL DE COLOMBIA

"Calidad Pedagógica Activa Y Participativa Para La Formación en el Liderazgo Socio-Empresarial"

Aprobación Oficial: Res. 5672 del 20 de sep./2001 de Preescolar y Pría;
Res. 3862 del 12 dic./2003 de básica Secundaria y
Res. 4173 del 29 de Oct./2008 de Educación media Académica.
Teléfonos: 2 27 46 68 - 4 88 04 85. Correo Electrónico: colegiorealdecolombia2010@hotmail.com

T. 79.506.029-3

LIQUIDACION PRESTACIONES SOCIALES

MARIA GAMBOA GUERRERO

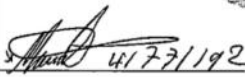
FECHA DE INGRESO:	FEBRERO 1 DE 2016
FECHA DE RETIRO:	NOVIEMBRE 30 DE 2016
TIEMPO TRABAJADO:	300 DIAS (10 MESES)
BASE DE LIQUIDACION:	SUELDO MENSUAL \$ 800.000

CESANTIAS	Correspondientes a 300 días	\$ 800.000
INTERESES/CESANTIAS	s/ \$ 800.000 en 300 días	\$ 80.000
PRIMA DE SERVICIOS	Correspondientes a 300 días	\$ 666.700
TOTAL A PAGAR		\$ 1.546.700

SON :UN MILLON QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETESCIENTOS PESOS M/TE.

Con la presente liquidación declaró que la Institución Colegio Real de Colombia /NESTOR GERARDO RINCON GARZON queda a PAZ SALVO por todo concepto.

Recibí en Bogotá a los 24 días del mes de Enero de 2017



MARIA GAMBOA GUERRERO

9. CONTRATO No. 9

Celebrado entre el 01/02/2017 al 30/11/2017, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 37 a 39, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Liquidación (archivo 04, página 32):



COLEGIO REAL DE COLOMBIA

"Calidad Pedagógica Activa Y Participativa Para La Formación en el Liderazgo Socio-Empresarial"

Aprobación Oficial: Res. 5972 del 20 de sep./2001 de Preescolar y Pnia;
Res. 3862 del 12 dic./2003 de básica Secundaria y
Res. 4173 del 29 de Oct./2008 de Educación media Académica.
Teléfonos: 2 27 46 68 - 4 88 04 85. Correo Electrónico: colegiorealdecolombia2010@hotmail.com

IT. 79.506.029-3

COLEGIO REAL DE COLOMBIA

LIQUIDACION DE PRESTACION SOCIALES

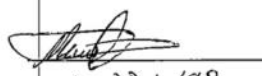
MARIA GAMBOA

FECHA DE INGRESO	FEBRERO 1 DE 2017
FECHA DE RETIRO	NOVIEMBRE 30 DE 2017
TIEMPO TRABAJADO	300 días
BASE DE LIQUIDACION	Sueldo mensual \$ 820.857
CESANTIAS	Correspondientes a 300 dias \$ 820.860
INTERESES S/CESANTIAS	300 dias \$ 82.090
PRIMA DE SERVICIOS	Correspondientes a 300 dias \$ 684.050
TOTAL A PAGAR	\$ 1.587.000

SON: UN MILLON QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL PESOS M/CTE

M /CTE. Con la Presente liquidación declaró que NÉSTOR RINCON GARZON-COLEGIO REAL DE COLOMBIA queda a PAZ Y SALVO por todo concepto conmigo.

Recibí



cc. 41771192

10.CONTRATO No. 10

Celebrado entre el 01/02/2018 al 30/10/2018, el cual estableció en su cláusula octava (páginas 40 a 42, archivo 10):

OCTAVA: La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente el TRABAJADOR queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, la liquidación será entregada en enero de 2019

Soporte de Consignación de depósitos judiciales por valor de \$2. 281.300 del 14 de noviembre de 2018 (archivo 04, página 10):

Banco Agrario de Colombia **CONSIGNACIÓN DEPÓSITOS JUDICIALES** **DEPÓSITOS JUDICIALES** ☒ **GIRO JUDICIAL**

FECHA DE CONSIGNACIÓN: AÑO 2018 MES 11 DÍA 14 CÓDIGO 00010 OFICINA DE ORIGEN O RECEPTORA: 23140310 NÚMERO DE OPERACIÓN: 2278333 NÚMERO DE CUENTA JUDICIAL: 110012050001

NOMBRE DEL JUZGADO O ENTIDAD QUE RECIBE: **Pago por consignación de prestaciones** NÚMERO DE PROCESO JUDICIAL: 1

DEMANDANTE: DOCUMENTO DE IDENTIDAD: 1. C.C. 2. C.E. 3. NIT. 4. PASAPORTE 5. NÚP. NÚMERO: 41.771.192 PRIMER APELLIDO: **Gambao** SEGUNDO APELLIDO: **Guerrero** NOMBRES: **Maria Antonia**

DEMANDADO: DOCUMENTO DE IDENTIDAD: 1. C.C. 2. C.E. 3. NIT. 4. PASAPORTE 5. NÚP. NÚMERO: 79.506.029 PRIMER APELLIDO: **Rincón** SEGUNDO APELLIDO: **Garzón** NOMBRES: **Néstor Gerardo**

CONCEPTO: ☒ 1. DEPÓSITOS JUDICIALES ☐ 2. AUTORIDADES DE POLICÍA O ENTES COACTIVOS Y DE EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA ☐ 3. CAUCIONES ☐ 4. REMATE DE BIENES (POSTURA) ☐ 5. PRESTACIONES SOCIALES ☐ 6. CUOTA ALIMENTARIA

DESCRIPCIÓN: **Prestaciones Sociales**

* CTA. AHORROS (DILIGENCIE ESTE CAMPO SOLO SI TIENE CUENTA DE AHORROS EN EL BANCO AGRARIO DE COLOMBIA) VALOR DEPÓSITO (1): \$ **2.281.300**

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL CONSIGNANTE: **Néstor Gerardo Rincón Garzón** C.C. O NIT No. **79.506.029** TELÉFONO: **318204521730**

ESPACIO EXCLUSIVO PARA SER DILIGENCIADO POR EL BANCO

FORMA DEL RECAUDO: VALOR DEL DEPÓSITO (1) \$ **2.281.300** ☒ EFECTIVO ☐ CHEQUE PROPIO ☐ CHEQUE LOCAL ☐ NO CHEQUE ☐ NOTA DÉBITO ☐ AHORRO ☐ CORRIENTE ☐ NO CUENTA

COMISIONES (2) \$ ☐ EFECTIVO ☐ CHEQUE PROPIO ☐ CHEQUE LOCAL - No CHEQUE ☐ IVA (3) \$ ☐ NOTA DÉBITO ☐ AHORRO ☐ CORRIENTE ☐ No CUENTA

VALOR TOTAL A CONSIGNAR (1+2+3) \$ **2.281.300** NOMBRE DEL SOLICITANTE: **Néstor Gerardo Rincón Garzón** C.C.No. **79.506.029**

NIT.800.037800-8

40010000 69.155 68 nov 26/18 \$ 29

01 FEB 2020

Javier Hernández Oliveros Notario Encargado

14/11/2018 12:58:06 Cajero: amariqu

Oficina: 10 - CENTRO DE NEGOCIOS BOGOTÁ C

Terminal: B0010C00425P Operación: 100040143

Transacción: CERRAR EFECTIVO

Valor: \$2.281.300,00

Y FIRMA

NOTARIO: NÉSTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN

SB-FT-042 - OCT/12

- COPIA CONSIGNANTE -

De esta manera lo que se aprecia es que durante el tiempo señalado se ejecutaron distintos contratos de trabajo bajo la modalidad de contrato a término fijo, obrando de manera clara la terminación de cada uno de ellos, las liquidaciones respectivas y el nacimiento de otro contrato.

Ahora bien, adviértase, si bien reposa en el plenario un preaviso del 06 de noviembre de 2015, el cual tenía como fin comunicar que el contrato existente en el año 2015 fenecía el 30 de noviembre de dicha anualidad, el cual no cumplía el término previsto en el artículo 46 del C.S.T. al no entregarse 30 días antes del vencimiento del plazo fijo pactado, lo cierto es que no era necesario dicho preaviso en la medida que desde la suscripción del contrato en la cláusula octava se pactó dicha situación como ya se vio.

De otra parte, valga indicarle a la parte actora que el contrato a término fijo no pierde su esencia por el hecho de que se prorrogue varias veces -mantienen su modalidad con independencia de las sucesivas prórrogas que se susciten, por lo que no es posible considerar la mutación a un contrato de término indefinido (CSJ 1732- 2023).

Asimismo, sea del caso destacar, no existió discusión respecto al salario y cargo (mantenimiento y servicios generales) declarado por la *a quo*, por lo que no se analizará dicho aspecto, además esta situación se corrobora con las liquidaciones y contratos aportados.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión arriba a las mismas conclusiones de la *a quo*, estableciendo en consecuencia que, entre las partes se suscribieron varios contratos de trabajo a término fijo. Se confirma.

Clarificado lo que antecede, procede la Sala a verificar las condenas impuestas por la Juez de Primer Grado y que fueron objeto de reparo, relacionadas con las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, pues únicamente el demandado en su alzada argumentó que efectuó el pago de los años 2016 y 2017 respecto al primer rubro y con relación a los dos restantes informó que se encuentra acreditado el año 2018.

Pues bien, para dilucidar este aspecto, debe precisarse que la juzgadora de primer grado impartió condena únicamente por los años 2013, 2014 y 2018 respecto a las CESANTIAS y para la anualidad 2018 fulminó condena por los conceptos de INTERESES A LAS CESANTÍAS Y PRIMA DE SERVICIOS.

Entonces, precisado este aspecto, para esta Sala de Decisión el recurso del demandado relacionado con la condena de cesantías y que recae sobre los años 2016 y 2017 no tiene asidero jurídico ya que NO existe condena por estas anualidades como ya se dijo, siendo irrelevante entrar a analizar dicho aspecto.

Con relación a la condena del 2018 relacionada con los INTERESES A LAS CESANTÍAS y PRIMA DE SERVICIOS, contrario a lo afirmado por la juez de primera instancia, considera esta Corporación que el demandado si satisfizo dicha obligación, pues no se desconoce que al culminar la relación laboral con la demandante procedió a constituir un depósito judicial por valor de \$2.281.300 de

fecha 14 de noviembre de 2018 (archivo 10, página 10), título que además fue puesto a disposición de la oficina de reparto respectiva. Por ende, sin hacer mayores lucubraciones, en la suma global consignada va implícito el valor adeudado por concepto de intereses y prima de servicios del año 2018, rubros que según la condena impuesta por la *a quo* y que no fue atacada en esta alzada, asciende a \$78.541 y \$654.505, respectivamente. En consecuencia se revocarán los literales b) y c) del numeral segundo.

En otro giro, y para resolver la apelación del extremo demandado frente a la condena impuesta por despido, debe iniciar la Sala que, en tratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es a la demandante, a quien le corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo³.

A este tenor, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*⁴, ello en armonía con el párrafo del

³ *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).*

⁴ *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)

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 dimisión⁵, 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 probarlos⁶.

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la **renuncia motivada** de la demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual la actora dio terminación al contrato de trabajo al empleador (pág. 34 Archivo 01 expediente digital), en la cual expresó:

del artículo 7° 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.”

⁵ Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

⁶ 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 adocinado 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 si 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)”*

Bogotá D.C., 30 de octubre de 2018

Señor
NÉSTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN
Propietario del establecimiento de comercio Colegio Real de Colombia
Ciudad

Referencia: RENUNCIA MOTIVADA

A través del presente escrito, me permito presentar renuncia irrevocable al cargo de conserje, el cual venía desempeñando desde el pasado 15 de agosto de 2008, fundada en las siguientes situaciones:

1. La falta de pago debidamente liquidado de los aportes seguridad social en salud y pensión.
2. La falta de pago y afiliación de los aportes a riesgos profesionales.
3. La falta de pago y afiliación a caja de compensación familiar.
4. El ser objeto de constante discriminación laboral por mi situación socioeconómica y edad, humillación, burlas, injurias, deshonra, degradación y maltrato contra mi integridad psicológica, autoestima e integridad personal, por parte suya y de la docente DIANA RUBIELA GONZÁLEZ MATAMOROS.
5. El ser objeto de presión, ejerciendome miedo, intimidación, terror, angustia, por parte suya y de la docente DIANA RUBIELA GONZÁLEZ MATAMOROS.
6. El no haber ordenado al supuesto comité de convivencia que programara e informara reunión con el comité de convivencia laboral, con el objeto de tratar el caso de acoso laboral del que he sido objeto.
7. Que a pesar de haberselo solicitado en reiteradas oportunidades, usted nunca me reasignó a un cargo donde mis condiciones físicas no continuaran viendose afectadas.
8. El tener que verme obligada a desempeñar funciones que ni siquiera son de mi cargo.
9. La falta de suministro de los implementos necesarios para desarrollar mis funciones, al punto de ni siquiera contar con el aviso de piso mojado, poniendo en riesgo a los estudiantes, padres de familia, personal docente, administrativo y demás miembros de la institución.
10. A pesar de haber sido operada de la mano por un accidente ocurrido en su institución educativa Colegio Real de Colombia y padecer de 3

hernias discales, usted no ha tenido en cuenta los problemas físicos y de salud que actualmente padezco, exigiéndome que debo cumplir con el aseo de toda la institución en un solo día, sin importar la hora en que termine la actividad, llegando a trabajar hasta las 7:00pm u 8:00pm., reprochándome cuando los implementos de aseo (guantes, cloro, traperos, etc.) no rinden lo que usted ordena que deben rendir.

11. El nunca haber ordenado a la supuesta ARL, calificara mis enfermedades padecidas.
12. El tener que presenciar actos que van en contravía del derecho a la educación de los menores, como por ejemplo que la señora DIANA RUBIELA GONZÁLEZ MATAMOROS, al parecer no ostenta la preparación profesional suficiente, ni está habilitada para asumir grados de bachillerato, aún así, dirige estos cursos.

En estos términos motivo mi renuncia.

Sinceramente,


MARIA ANTONIA GAMBOA
C.C/41'771.192 de Bogotá D.C.
Correo electrónico:

Acorde con lo anterior y conforme al análisis probatorio efectuado en procedencia, resulta acertado concluir que el empleador incumplió su deber de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral con relación a la demandante desde el año 2009 a diciembre de 2016, pues así fue aceptado por el demandado al absolver interrogatorio de parte, momento en el cual, al justificar dicha conducta adujo: *“fue un favor que me pidió la actora para no perder la pensión”*, no siendo de recibo dicho argumento para la Sala ya que esta protección y cuidado debe asegurarse sin importar la voluntad del trabajador, pues es el empresario quien debe velar por el cumplimiento de las normas laborales.

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta acertada la imposición de la condena impuesta en primer grado por cuanto se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conllevó a que se entienda que la decisión de la demandante de finalizar el vínculo laboral que la ataba al encartado fue provocada ante el incumplimiento del empleador. En este caso, el demandado

en su calidad de empleador debía afiliar y efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a favor de la demandante y ello no ocurrió, siendo además aceptado el impago de estos aportes por parte del señor NÉSTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN.

Por lo anterior se confirmará esta condena, manteniendo la suma impuesta en primer grado, esto es, \$781.242, cuantía que no fue objeto de reparo por ninguna de las partes.

De otra parte, la parte demandada ataca la condena frente a la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**, para lo cual baste con recordar que justamente la juez *a quo* encontró acreditada la mala fe del accionado por el no pago oportuno de las acreencias de la demandante debido a que constituyó un depósito judicial y no puso en conocimiento de la actora dicha situación.

Sobre el tema, es de recordar que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que la imposición ni la exoneración de la sanción contenida en el referido artículo 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).

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, el llamado a juicio se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que lo llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral ha preceptuado, *«que en virtud del art. 65 del CST, el empleador debe reconocer y pagar las acreencias laborales debidas a la terminación de la relación laboral y que la obligación de este, si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir,*

es realizar el depósito o consignación de que habla este precepto⁷», **empero, debe complementarse con la respectiva notificación al trabajador.**

Sobre esta temática, la notificación o comunicación sobre el depósito de salarios y prestaciones sociales adeudadas, es un paso que debe surtirse en el marco del pago por consignación, al cual aluden los artículos 1656 a 1665 del Código Civil, precisando la Alta Corporación, que para que dicho pago pueda tener efectos liberatorios, es obligación del empleador «*notificarle o hacerle saber (al trabajador) de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo*» (criterio expuesto en las sentencias CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 28090, CSJ SL4400-2014, CSJ SL7391-2016, CSJ SL1318-2018 y CSJ SL1167-2020). Igualmente, no se trata solo de consignar en el Banco Agrario, sino, a su vez, debe cumplir con todos los lineamientos y requisitos previstos para que se ordene la entrega del depósito, así se dispuso en sentencia SL4948 de 2020:

“Al margen de lo expuesto, huelga decir que la Corte no encuentra ningún defecto en el razonamiento desplegado por el sentenciador de segunda instancia, pues lo que se evidencia es que aplicó estrictamente el numeral 2 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza:

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

Ha dicho la Corte en su jurisprudencia, que el pago por consignación libera al empleador de la indemnización moratoria (CSJ SL, 9 sept. 1966, GJ CXVII, n.º 2282, págs. 366-372), pero para ello, es menester que el trabajador sea enterado de la existencia del título de depósito judicial, y del juzgado al cual debe acudir para retirarlo.

Así lo sostuvo la Corte en la sentencia CSJ SL4400-2014, en la que al rememorar las providencias CSJ SL, 29 jul. 1998 rad. 2264, y CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 28090, consideró:

1º) Sobre el pago por consignación.

En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:

El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

⁷ Sentencia SL- 4400 de marzo 26 de 2014.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante” (Sentencia 11 de abril de 1985).

Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:

importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.

En cualquier caso, conviene recordar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en los juicios laborales los falladores de instancia gozan de libertad para apreciar las pruebas, y están facultados para valorarlas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo «cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus», pues en tal caso «no se podrá admitir su prueba por otro medio».” (Negrilla de la Sala).

Aterrizando lo anterior al caso que ocupa a la Sala, como se dijo en líneas anteriores, el demandado constituyó el depósito judicial de fecha 14 de noviembre de 2018, por concepto de prestaciones sociales por valor de \$2.281.300 (archivo 10, página 10), el cual no fue puesto a disposición de la demandante para su respectivo cobro en dicha oportunidad, no obstante, en la audiencia celebrada el día **09 de marzo de 2020** por la juez de primer grado (archivo 13), el señor NÉSTOR GERARDO RINCÓN GARZÓN manifestó al absolver interrogatorio de parte: **“se efectuó el pago de consignación a la demandante en noviembre, se allegó prueba del soporte al proceso, ese pago se hizo en los juzgados laborales”** (récord 22:41, archivo 08.1).

A la par, la demandante al rendir interrogatorio en la misma audiencia reconoció: **“supe que hicieron una consignación”** (récord 41:51, archivo 08.1), por lo que se puede concluir fehacientemente que, pese a que el demandado no cumplió con la carga procesal de notificar de manera oportuna a la trabajadora sobre la existencia del depósito judicial, conforme se expresó por la jurisprudencia en cita, lo cierto es que no se puede desconocer que las partes de esta litis ya tienen conocimiento sobre dicho acto y así fue corroborado en audiencia, por lo que resulta viable imponer condena por este concepto solo hasta esta data – 09 de marzo de 2020-, lo que conlleva a modificar la condena en tal sentido.

Así las cosas, como quiera que la relación laboral culminó el 30 de octubre de 2018 y la demandante devengaba la suma diaria de \$26.041 (1 smmdlv), se impondrá como condena la suma de \$12.916.336 (496 días entre el 30 de octubre de 2018 al 09 de marzo de 2020).

Finalmente, en lo atinente a la **INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS** (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse, la exigibilidad de las cesantías y la sanción por su no consignación, no se presentan en el mismo momento, puesto que la primera se hace a la fecha del fenecimiento de la relación contractual y la indemnización, a partir del vencimiento del plazo otorgado al empleador, para depositar en cada anualidad esa prestación, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el auxilio causado, conforme lo establece la misma disposición normativa en cita.

En esa medida, la omisión de la consignación de ese concepto, en la mencionada fecha, implica que, a partir del día siguiente se cause la sanción moratoria y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, que en la sentencia CSJ SL, 1° feb. 2011, rad. 35630, enseño:

«El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.

En este orden, aplicando el anterior criterio al caso bajo estudio, encuentra la Sala que no es procedente el pago de esta sanción, toda vez que, como se vio en precedencia, entre las partes se ejecutaron 10 contratos de trabajo a término fijo, los cuales culminaron el 30 de noviembre, esto es, antes del concluir la respectiva anualidad, habilitando entonces al empleador a pagar las cesantías a la trabajadora de manera directa en la respectiva liquidación de prestaciones sociales, tal como sucedió en esta litis, según se extrae de los documentos obrantes en el archivo 04, páginas 25 a 31. Por estas razones no resulta procedente la condena anhelada por la parte actora.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por los recursos de apelación interpuestos por la demandante y el demandado, modificándose y revocándose la sentencia en los aspectos indicados y confirmando en los 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,

RESUELVE

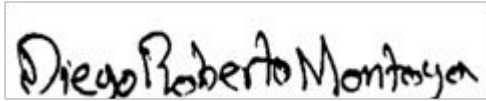
PRIMERO: REVOCAR las condenas impuestas en los literales b) y c) del numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá,, relacionadas con la prima de servicios e intereses a las cesantías del año 2018, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR literal d) del numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar al demandado a pagar concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$12.916.336**, conforme a lo expuesto.

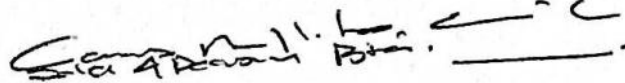
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

CON IMPEDIMENTO

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JESUS MARIA CORTES CORDOBA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (en calidad de sucesora procesal del INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO – IDEMA) (RAD. 19 2019 00034 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 interpuesto por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de agosto del 2023 (*Audio Archivo 18 record: 38:23*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor JESÚS MARÍA CÓRDOBA y el INSTITUTO DEL MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA existieron 3 contratos de trabajo referidos a continuación en calidad de trabajador oficial.

- A. Del 12 de mayo al 12 de junio de 1987 a término fijo
- B. Del 16 de agosto del 16 de octubre de 1988 a término fijo y
- C. Del 19 de diciembre de 1988 al 30 de noviembre del 2000 a término indefinido.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato de trabajo celebrado a tener un indefinido fue terminado unilateralmente el 30 de noviembre del 2000 sin justa causa por el empleador IDEMA después de más de 10 años de servicios prestados por el señor Jesús María Córdoba

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL LA UGPP como sucesora procesal del INSTITUTO DEL MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA al reconocimiento y pago en favor del señor Jesús María Córdoba de una pensión convencional por despido injusto a partir del 27 de agosto del 2021 en una cuantía inicial de \$908.526, junto con el retroactivo correspondiente al cual deberá indexarse al momento de materializarse el pago, esta pensión podrá ser compartida con el seguro social hoy

COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 100 de la referida Convención Colectiva y la parte motiva de la providencia.

CUARTO: *Las costas estarán a cargo de la parte demandada se **ORDENA** que sean tasadas por la secretaría del despacho.*

QUINTO: REMITIR *el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que allí se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de este caso de la parte demandada, en el caso que no fuera impugnada.”*

Contra lo decidido, la UGPP interpuso recurso de apelación señalando no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión convencional al demandante, porque como ampliamente se ha señalado por la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el acto legislativo 01 de 2005 es una norma de interpretación constitucional, la cual no solamente debe regir para las leyes, sino también que debe regir para las convenciones colectivas de trabajo suscritas antes de su entrada en vigencia, por lo tanto aduce, la norma convencional perdió su máxima vigencia el 31 de julio del 2010, momento para el cual quienes se consideraban con el derecho para acceder a una pensión de este tipo, debían haber contado con los requisitos de edad y tiempo de servicio, advirtiendo en el presente asunto se encuentra demostrado que el demandante no cumplió el tiempo de servicio contenido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo de 20 años de servicio para la entidad continuos o discontinuos y tampoco cumplió con la edad antes del 31 de julio del 2010, cumpliendo los 60 años requeridos por la Convención solo hasta el año 2021.

Indica que la Convención Colectiva de Trabajo, no puede equipararse con la pensión sanción, por lo tanto se debió tener en cuenta que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 fue derogado por el artículo 133 de la Ley 100 del 93, norma que establece que para acceder a la pensión sanción no solamente se debe demostrar el despido injusto, sino la inobservancia o el incumplimiento por parte del empleador de afiliar a sus trabajadores a un fondo pensional, aduciendo en el presente asunto la relación laboral terminó en vigencia de la ley 100 de 1993, siendo aplicable, lo dispuesto por el artículo 133 de la misma norma.

Solicita por otro lado, se tenga en cuenta que la condena en costas impuesta por el despacho a su representada en el presente proceso carece de motivación, ya que como bien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, al tratarse de entidades públicas y de la protección al erario público, es necesario que la condena en costas se motive en la razón objetiva y subjetiva, es decir, no solo en su causación, sino también en que la parte vencida en juicio haya actuado de manera dilatoria o haya conllevado al desmedro del proceso en su favor o en detrimento del demandante, por ende al no encontrarse demostrado ninguna de

estas causales solicita también se revoque la condena en costas impuesta. (Audio
Archivo 18 record: 40:16¹)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (Archivo 01 expediente digital págs. 6 y 7) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las páginas 7 a 11 (Archivo 01 expediente digital), aspirando principalmente se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del 27 de agosto del 2021, conforme a lo dispuesto en los artículos 97 parágrafo II y 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el IDEMA y el sindicato SINTRAIDEMA vigente

¹ **APODERADO UGPP:** Muchas gracias, Señoría, por parte de la UGPP, se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, el cual procedo a argumentar en los siguientes términos:

Esta defensa se separa respetuosamente del criterio adoptado por el despacho en la sentencia de instancia, al reconocer la mesada pensional convencional en favor del demandante señor Jesús María Córdoba, siendo que él mismo no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión convencional, porque como ampliamente se ha referenciado en el presente proceso y en la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia lo va a tener en cuenta, el acto legislativo 01 de 2005 es una norma de interpretación constitucional, la cual no solamente debe regir para las leyes, sino también que debe regir para las convenciones colectivas de trabajo suscritas antes de su entrada en vigencia, por lo tanto, la norma convencional perdió su máxima vigencia el 31/07/2010, momento en que quienes se consideraban con el derecho para acceder a una pensión de este de este estatus debían haber contado con los requisitos de edad y tiempo de servicio en el presente asunto se encuentra demostrado que el demandante se reitera, no cumplió el tiempo de servicio, contenido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, el cual es 20 años de servicio para la entidad continuos o discontinuos y tampoco cumplió con la edad antes del 31/07/2010, cumpliendo los 60 años requeridos por la Convención para el año 2021.

Por lo tanto, al no tener los derechos, al no cumplir los requisitos para la Convención Colectiva de Trabajo impuestos por la propia Convención, pacto entre partes, no es posible que el demandante le asista derecho a reconocimiento de la pensión convencional. En igual sentido y reiterando lo expresado por la UGPP en los alegatos de conclusión, se tiene que la Convención Colectiva de Trabajo, no puede equipararse con la pensión sanción, por lo tanto se debió tener en cuenta que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 fue derogado por el artículo 133 de la Ley 100 del 93, norma que establece que para acceder a la pensión sanción no solamente se debe demostrar el despido injusto, sino la inobservancia o el incumplimiento por parte del empleador de afiliar a sus trabajadores a un fondo pensional, situación que aquí se encuentra demostrada, ya que el despido se hizo en el año 97, como se expresó en los hechos de la demanda y por el despacho con solución de continuidad hasta el año 2000 por una orden judicial, es decir, que la relación laboral terminó en vigencia de la ley 100 del 93, siendo aplicable, lo dispuesto por el artículo 133 de la misma norma, el cual se reitera, requiere o necesita para el reconocimiento de una mesada de pensión sanción, el haberse incumplido parte del empleador con la afiliación de sus trabajadores y situación que no se encuentra demostrada.

Así mismo, solicito al Tribunal en su Sala Laboral al Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, que tenga en cuenta que la condena en costas impuestas por el despacho a mi representada en el presente proceso carece de motivación, ya que como bien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, al tratarse de entidades públicas y de la protección al erario público, es necesario que la condena en costas se motive en la razón objetiva y subjetiva, es decir, no solo en su causación, sino también en que la parte vencida en juicio haya actuado de manera dilatoria o haya conllevado al desmedro del proceso en su favor o en detrimento del demandante. Por lo tanto, al no encontrarse demostrado ninguna de estas causales solicitó al Tribunal, también se revoque la condena en costas impuestas a mi representada.

En base a los argumentos expuestos y una vez solicitado al despacho que se conceda el recurso de apelación debidamente presentado, solicito al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoque en su totalidad la condena impuesta a mi representada en el presente asunto. Muchas gracias, su Señoría.

del 19 de abril de 1996 al 19 de abril de 1998 momento en que fue despedido, en consecuencia solicita se reconozca y pague la prestación junto con los reajustes, primas semestrales, los intereses moratorios por el no pago oportuno de la pensión, la indexación de la primera mesada pensional, derechos *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones**, tras considerar la Juez *a quo* que había lugar a la al reconocimiento de la pensión solicitada, en atención a que el actor acreditó el despido sin justa causa luego de 10 años de labores al IDEMA, expresando la edad establecida en la convención es un requisito de exigibilidad y no de causación, disponiendo el pago de la misma a partir del 27 de agosto del 2021 cuando el actor alcanzó los 60 años de edad, aplicándole una tasa de reemplazo del 46% al último salario acreditado por el accionante y debidamente indexado, lo cual arrojó una mesada pensional para el año 2021 de \$711.000 por lo que al ser inferior al salario mínimo de esa época señaló como valor de mesada pensional \$908.526, declarando no probada la excepción de prescripción y ordenando el pago indexado de las sumas adeudadas por retroactivo pensional.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, advirtiéndose el problema jurídico a resolver se contrae a establecer la procedencia de la pensión de jubilación pretendida por el actor, el cumplimiento de los requisitos para acceder a la misma y la liquidación de la misma.

En esa dirección, lo primero que se advierte, es que inicialmente el contrato de trabajo a término indefinido que ató a las partes tuvo como extremos del **19 de diciembre de 1988** al 7 de octubre de 1997 (ver págs. 25, 26, 28 y 29 Archivo 01), sin embargo a través de un fallo judicial se ordenó el reintegro del actor desde tal día, a lo cual se dio cumplimiento por parte de la pasiva mediante la Resolución No. 00602 del 30 de noviembre del 2000 (págs. 30 a 35 Archivo 01), expresándose allí que se ordenaba el pago de salarios dejados de percibir desde el 8 de octubre de 1997 y únicamente hasta el **30 de noviembre del 2000** junto con la correspondiente indemnización por la imposibilidad física y jurídica del reintegro, por lo que ésta última data deberá tomarse como la de finalización del vínculo laboral del accionante con el extinto IDEMA.

Ahora bien, señala la parte actora que la terminación del contrato de trabajo con fundamento en la supresión del cargo que desempeñaba el demandante constituye un despido sin justa causa (hecho 6.5 pág. 8 Archivo 01), mientras la demandada aduce que ésta se realizó con fundamento en expresas facultades otorgadas por el

Decreto 1675 de 1997 y en ese orden, la terminación de la relación laboral obedeció a una causa legal, por lo que no se constituye en despido sin justa causa (págs. 126 y 127 archivo 01).

En este aspecto, de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que la circunstancia de que un contrato de trabajo termine por razón de la existencia de un modo legal de extinción, no significa que esa terminación se haya producido con justa causa, en la medida en que éstas corresponden a uno solo de los modos legales y, las justas causas se encuentran taxativamente establecidas en la ley; así mismo, ha señalado que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal distinta a la que establecen las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa, así, únicamente constituyen justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945. Tal criterio fue reiterado en sentencia con Radicación No. 43557 del 21 de marzo de 2012², como también en la SL 3150-2019, SL 2343-2020 y SL 4176-2021.

De tal suerte, a juicio de la Sala, el despido amparado en la supresión del cargo del demandante, si bien se dio por una causa legal, no puede equipararse a una justa causa y en esa medida debe concluirse, el despido del demandante se produjo de manera injustificada, se confirmará en este punto el fallo de primer grado.

2 “No encuentra esta Sala que la interpretación que, desde sus inicios como parte de la Corte Suprema de Justicia, le ha otorgado a la diferencia entre los modos legales de terminación del contrato y las justas causas de despido, no se acomode con las actuales construcciones científicas del derecho, como lo pregona el censor, pues, por el contrario, parte de la base esencial del objetivo protector de las normas laborales en materia de terminación del contrato de trabajo y, en particular, del criterio jurídico según el cual el trabajador no puede verse afectado por situaciones empresariales ajenas a su voluntad, como la liquidación de la entidad para la cual presta sus servicios.

No desconoce la Corte que fenómenos como el de la extinción jurídica de la empresa justifican plenamente la terminación del contrato de trabajo y de ahí que la ley, en este caso el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, consagre ese hecho como motivo de finalización del vínculo laboral. Mas ello no significa que esa terminación, con amparo en la ley, no dé lugar al surgimiento de algunos derechos para el trabajador, derivados, precisamente, de la culminación de la relación de trabajo por razones que no le son oponibles y que le impiden la consolidación de otros derechos laborales, como el de la pensión de jubilación.

Se sostiene en el cargo que, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas y que si una entidad pública se cierra con arreglo a los preceptos jurídicos, se está ante una situación de juridicidad, de tal modo que cuando el Estado suprime entidades públicas, por ese solo hecho no está obligado a reparar el perjuicio que sufren sus servidores o cualquiera otra persona.

En relación con ese argumento, debe precisar la Sala que es cierto que la supresión de una entidad pública no puede ser considerada como un hecho antijurídico. Pero, una cosa es que se estime que ese hecho es ajustado a la ley y otra, distinta, que no constituya una de las justas causas para terminar el contrato de trabajo, que, ya se dijo, son solamente aquellos hechos catalogados expresamente como tales por la ley, que justifican el despido del trabajador.”

Todo lo cual implica la existencia de despido injusto en el presente caso, por lo que la pensión era procedente”.

Ahora bien, previamente a resolver la alzada propuesta por la UGPP, es de advertir, el pedimento de la parte actora se funda en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO “IDEMA” y el SINDICATO DE TRABAJADORES DEL IDEMA “SINTRAIDEMA” (págs. 52 a 81 Archivo 01), vigente para los años 1996 a 1998, suscrita el 19 de abril de 1996 (pág. 81 ibídem), la cual fue allegada con la respectiva constancia de depósito dentro del término legal (pág. 52 ibídem) –Art. 469 del C.S.T.–, cuyo texto es del siguiente tenor (págs. 72 y 73 ibídem):

“ARTÍCULO 98: PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO: El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación, desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.

Si el despido injusto se produjere después de (15) años de los mencionados servicios el trabajador oficial tendrá derecho a la pensión al cumplir cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido si para entonces tiene cumplida la expresada edad (...).”

De tal manera, en el plenario se encontró acreditada la prestación de servicios por 4302 días equivalentes a **11 años, 11 meses y 11 días** (12/12/1988 al 30/11/200), por parte del actor para la entidad accionada, así como el despido sin justa causa del que fue objeto como atrás ya se explicó, circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala dan lugar a la causación de la pensión por despido injusto prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos en el que se anhela una pensión que se asimila a la restringida de jubilación, según se colige sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, a manera de ejemplo en Sentencias proferidas en los Radicados SL 4550 Rad. 58244 (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107 (14/02/2018), SL 526 Rad. 63158 (14/02/2018), SL 3280 Rad. 78562 (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315 (25/11/2020), SL 803 Rad. 71316³ (09/03//2021) providencias que exponen el referido criterio.

³ “Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el parágrafo 1° de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.

(...)

Pues bien, de los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la citada jurisprudencia, surge claro que el parágrafo 1° de la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aplica a extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos, siempre y cuando acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad; en estos eventos el disfrute o goce de la prestación se inicia cuando se arriba a la edad de 50 años para el caso de la mujer y 55 si es hombre.

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde 30 de noviembre de año 2000 (cuando finalizó su contrato de trabajo) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor JESUS MARIA CORTES CORDOBA en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en este caso, el Acto Legislativo 01 de 2005, como lo hace ver la UGPP en su apelación.

En esos términos ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, *verbi gratia*, en sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”⁴.

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011.”

⁴ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformatorio de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformatorio de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de

1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos, ...”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico. En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones. Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados. Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

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

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU-555 de 2014, en la que, entre otros temas, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, indicó: “(...) a) *Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época (...).*”

Igualmente, en la sentencia SU-241 de 2015 la máxima Corporación Constitucional estableció: i) si una pensión es reconocida conforme a derecho no puede congelarse, reducirse ni dejarse de pagar, aunque provenga de un régimen especial. En efecto, a pesar de que la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los regímenes pensionales especiales existentes hasta el 31 de julio de 2010 y prohibió la creación de otros nuevos, ordenó el respeto de los derechos adquiridos, salvo fraude a la ley; ii) la prohibición de diseñar nuevos regímenes pensionales especiales opera hacia el futuro, es decir desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005; iii) la vigencia de los regímenes pensionales especiales, exceptuados y similares expiró el 31 de julio de 2010; y iv) las reglas pensionales vigentes al momento de expedir el Acto Legislativo, incluidas las contenidas en las convenciones colectivas, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la UGPP en la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo (30/11/2000) el actor no contara con los 60 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica “*desde la fecha en que cumpla esa edad, con*

de la Constitución.

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos. Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico. En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

posterioridad al despido”, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia de la cédula de ciudadanía (pág. 19 Archivo 01), el accionante cumplió la edad de 60 años el **27 de agosto del 2021** (nació en 1961), por lo que, sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 60 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora, en lo que hace referencia a la cuantía de la prestación, advirtiendo que la pensión por despido injusto que se reconoce en el presente proveído, corresponde a la restringida de jubilación, y dado que la Convención Colectiva no consigna la manera como debe liquidarse, pues allí se indica es la forma de liquidar la pensión de jubilación, para su cálculo nos remitimos a la norma aplicable a los trabajadores oficiales, vigente para la época de causación que no es otra que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961⁵, la cual prescribe que deberá ser calculada con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios⁶, indexado a la

⁵ Sentencia SL6473 del 21 de mayo de 2014, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

“Sobre el particular ha de señalarse que la disposición legal que regula específicamente la pensión restringida de jubilación, es el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que indica: «la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios» (destacado fuera del texto), norma que el Tribunal en estricto sentido aplicó, al remitirse de manera concreta a la documental de folios 14 y 15, en los que explícitamente se reconocieron a favor del actor, no solo factores fijos en cuantía de \$167.429, sino otros, que calificó de «variables», en cuantía de \$101.507,74, pero igualmente con la naturaleza salarial, que sumó y de los cuales concluyó que el promedio en el último año de labores fue de \$268.936,74.

Así las cosas, en ningún error jurídico pudo haber incurrido el sentenciador, tampoco en uno fáctico con la categoría de protuberante o evidente que se exige en casación para dar al traste con el fallo, cuando siguiendo la preceptiva legal que regulaba el asunto y la certificación expedida por el Ministerio de Agricultura sobre los valores reconocidos al demandante en el último año de sus servicios, consideró que de allí debía partir para obtener el valor de la prestación; si bien es cierto el documento de folios 14 y 15 discrimina los diferentes conceptos que ingresaron al patrimonio del actor, también lo es que los mezcla, sin distinción, por ser todos ellos salario, para efectos de liquidar las prestaciones sociales; y si el Tribunal hubiera analizado las documentales que asegura la censura no vio, a igual conclusión habría arribado por cuanto allí no se incluyen cifras diferentes a las consignadas en la certificación ya referida.

Ahora bien, la recurrente a pesar de reconocer que al demandante le asiste el derecho contemplado en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se duele de que el Tribunal no hubiera aplicado la Ley 62 de 1985, en cuanto modificó la Ley 33 de ese mismo año, esto es, que alude a que la liquidación de la pensión debe hacerse con base en los rubros que sirvieron de base a los aportes para ese concepto; no obstante la Ley 33 de 1985, no regula la pensión restringida de jubilación, por lo que el sentenciador no podía invocarla ni tampoco la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la primera, que se reitera, se ocupa de otro tipo de pensiones. De otra parte, la tesis de la recurrente desconoce el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra; así las cosas, pretender que para el reconocimiento de la pensión restringida se acuda a la Ley 171 de 1961, pero que para la liquidación la misma, se aplique la Ley 33 de 1985, es improcedente. Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional”.

⁶Art. 8º Ley 171 de 1961, Inc. 3º: “La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos

fecha de reconocimiento de la pensión, suma a la que en el presente caso se debe aplicar una tasa de reemplazo del **44.81%**⁷, porcentaje proporcional a los 4302 días de servicio prestados por el demandante y no del 46.05% que determinó la Juez de primer grado en la parte motiva de su decisión.

En cuanto salario percibido por el actor en el último año en que se le reconoció la existencia del contrato de trabajo (año 2000) conforme a la Resolución No. 00602 del 30 de noviembre del 2000, este ascendía a **\$633.601**.

SALARIOS	
nov-99	\$ 579.279
ene-00	\$ 638.539
feb-00	\$ 638.539
mar-00	\$ 638.539
abr-00	\$ 638.539
may-00	\$ 638.539
jun-00	\$ 638.539
jul-00	\$ 638.539
ago-00	\$ 638.539
sep-00	\$ 638.539
oct-00	\$ 638.539
nov-00	\$ 638.539
Total Salarios	\$ 7.603.208
Promedio	\$ 633.601

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2021 (fecha del cumplimiento de la edad -60 años-), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia, esto es, que el valor presente se define multiplicando el valor histórico (Rh), que es el último salario mensual promedio devengado por el actor, por la suma que resulta de dividir el ÍNDICE FINAL de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en diciembre de la anualidad anterior a la fecha en que se hizo exigible la pensión, por el ÍNDICE INICIAL vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo (sentencia SL 6916 del 2019) así:

VH	IPC Final dic-2020	IPC Inicial dic-1999	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada al 2021
\$633.601	105,48	39,79	\$1'679.624	44.81%	\$752.639

necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación”.

⁷ 4302 días x75/7200= 44,81%

Toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo al igual que la Juez *a quo* un valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente del año 2021 **-\$908.526-**, se confirmará la cuantía establecida en primera instancia.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en el año 2000 (data de la desvinculación del servicio del actor) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -27 de agosto del 2021- (cuando el demandante alcanzó los 60 años de edad, tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación.

Por otro lado, y teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 100 del texto convencional (pág. 73 Archivo 01), la pensión aquí reconocida, podrá ser compartida con la que eventualmente reconozca la Administradora de Pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en ese orden la demandada solo deberá pagar el mayor valor entre lo reconocido por ésta y Colpensiones, prohijándose la decisión de la *a quo*.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la demandada (pág. 141 Archivo 01)⁸, debe señalarse en el presente asunto el demandante cumplió la edad de 60 años el 27 de agosto del 2021, acudiendo a reclamar por vía administrativa la prestación pensional el 30 de agosto del 2018 (pág. 37 Archivo 01) y a la jurisdicción el 18 de diciembre del 2018 (pág. 2 Archivo 01), por lo que al haberse solicitado la prestación de manera anticipada, es claro que desde la fecha de exigibilidad del derecho no ha transcurrido el término trienal previsto en la norma citada, y en esa medida, el fenómeno de la prescripción no operó respecto de ninguna de las mesadas pensionales.

Así las cosas, es claro entonces que el señor JESÚS MARIA CORTES CORBODA tiene derecho al pago del retroactivo causado por mesadas pensionales a partir del 27 de agosto del 2021 fecha en que se hizo exigible su derecho y hasta la data en que sea incluido en nómina, conforme lo dispuso la Juez de primer grado.

En este punto, debe la Sala adicionar la sentencia de primera instancia en cuanto a que se autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor⁹,

⁸ Demanda que se tuvo por contestada mediante auto del 17 de julio del 2019 (pág. 180 Archivo 01 expediente digital)

⁹Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

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"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

Ahora, en lo que hace a la condena al pago de indexación, debe advertirse la misma resultara procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 27 de agosto del 2021, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

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

"De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello"

desfavorable la sentencia de primer grado a la demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

En los términos anteriores, la Sala procede la adición de la sentencia de primer grado en el punto anteriormente expuesto, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

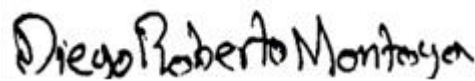
RESUELVE

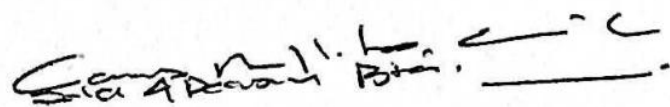
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la UGPP a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante.

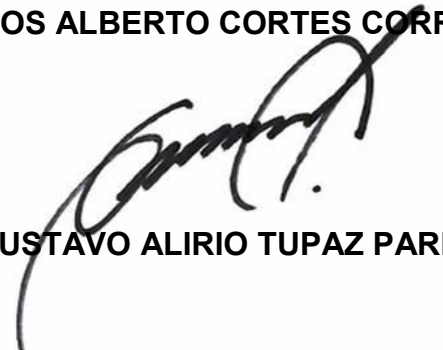
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

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 GONZALO ALBERTO
ORTIZ BLUN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 19 2021 00549 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de septiembre de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 13, récord: 20:58*), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR al INEFICACIA del traslado del señor GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN, identificado con C.C. No. 19.393.056 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 11 de febrero del 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN, identificado con C.C. No. 19.393.056, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, desde el 02 de diciembre de 1981 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, identificada con NIT 800.144.331-3, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN, identificado con C.C. No. 19.393.056, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos en las comisiones y sin descontarse los gastos de administración con destino. a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: *Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.*

QUINTO: *ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.*

SEXTO: *Se condena en costas a la demandada PORVENIR.*

SÉPTIMO: *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”.*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES funda su reproche¹ en que no tuvo injerencia alguna frente al negocio jurídico celebrado entre el demandante y

¹ *Recurso Colpensiones, récord 26:00, archivo 13: “Gracias, señora juez, estando dentro de la oportunidad correspondiente, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia preferida en el sentido de reiterar a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que mi representada en nada tuvo injerencia frente al negocio jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir y no pueden endilgársele a Colpensiones una obligación de responsabilidad frente a una decisión ajena al objeto de la entidad.*

De igual manera, téngase en cuenta que generalmente nuestros procesos de ineficacia, la época de afiliación o la fecha en que se realizaron los traslados al RAIS, no existía el deber de la doble asesoría y en ese orden, el Instituto de Seguros Sociales no tenía obligación alguna frente a este tipo de deber. En ese sentido, la asesoría solo entró a regir a partir de la Circular 016 del 2016, emitida por la Superintendencia Financiera con sustento en la Ley 1328 del 2009 y 2071 del 2015.

Igualmente solicito revisar y/o analizar la prueba, interrogatorio de parte en lo que tiene que ver con las respuestas señaladas frente a quien no se especifica cuál fue esa información que dice no fue cierta o veraz, pues afirma que solamente le informaron o hablaron sobre la pensión anticipada, pero añadió que nunca se acercó a solicitarla. Igualmente, afirmó que su mesada pensional con Porvenir sería un salario mínimo, pero al confrontar las documentales y proyecciones allegadas por la demandada Porvenir, la mesada oscilaría aproximadamente en \$2.500.000 pesos a los 65 años de edad, asimismo desconoce cuál sería la mesada que llegaría percibir con Colpensiones, por ende, no queda claro cuál es la falta de información alegada.

Otro punto importante a acotar es que si bien en la decisión se ordenó trasladar todos y cada uno de los aportes con las sumas adicionales de seguros y rendimientos existe la posibilidad de ocasionarse una desfinanciación con ese traslado ya que en el presente caso no existe certeza de los montos que deberá reconocer mi representada, por lo cual la declaración de ineficacia repercutirá en la sostenibilidad del sistema pensional del régimen de prima media en el evento de que dicho capital no alcance a cubrir la pensión a que tiene derecho el actor y por ende Colpensiones es quien deberá pagar esas sumas adicionales, afectando así el régimen de prima media.

Por otro lado, si el Tribunal no acoge estos argumentos solicito se confirme la decisión frente al reintegro total de las cotizaciones, como son los recursos de la cuenta individual de ahorros, las cuotas dirigidas al fondo de Garantía de Pensión Mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales del porcentaje, el porcentaje destinado al pago a seguros previsionales y los gastos de administración debidamente indexados y discriminados, conforme lo señala la sentencia SL 623 del 2023, pues mi representada no podrá dar

Porvenir, por lo que no puede endilgársele una obligación o responsabilidad frente a una decisión ajena al objeto de la entidad.

De igual manera expuso, para los procesos de ineficacia, en la época de afiliación o la fecha en que se realizaron los traslados al RAIS, no existía el deber de la doble asesoría y en ese orden, el extinto Instituto de Seguros Sociales no tenía obligación alguna frente a este tipo de deber pues la asesoría solo entró a regir a partir de la Circular 016 del 2016, emitida por la Superintendencia Financiera con sustento en la Ley 1328 del 2009 y 2071 del 2015.

Igualmente, solicitó revisar y/o analizar la prueba de interrogatorio de parte del actor ya que éste no especificó cuál fue esa información imprecisa, pues solo adujo que le informaron o hablaron sobre la pensión anticipada y nunca se acercó a solicitarla. Asimismo, afirmó la entidad, el deponente manifestó que su mesada pensional con la AFP Porvenir sería equivalente a 1 salario mínimo, pero al confrontar las documentales y proyecciones allegadas por la AFP, se evidencia que la mesada oscilaría aproximadamente a \$2.500.000 a los 65 años de edad, desconociéndose cuál sería la mesada que llegaría a percibir en Colpensiones.

De otra parte añadió, si bien en el fallo se ordenó trasladar todos y cada uno de los aportes con las sumas adicionales de seguros y rendimientos, existe la posibilidad de ocasionarse una desfinanciación con ese traslado ya que en el presente caso no existe certeza de los montos que deberá reconocer la entidad por lo cual la declaración de ineficacia repercutirá en la sostenibilidad del sistema pensional del régimen de prima media en el evento en que dicho capital no alcance a cubrir la pensión a que tiene derecho el actor y por ende Colpensiones es quien deberá pagar esas sumas adicionales, afectando así el régimen de prima media.

Finalmente, de no acogerse los anteriores argumentos solicitó se confirme la decisión frente al reintegro total de las cotizaciones, recursos de la cuenta individual de ahorros, cuotas dirigidas al fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, la anulación de bonos pensionales, devolución del porcentaje

cumplimiento al fallo está tanto la AFP reintegre todos estos recursos y actualice los datos del demandante en la respectiva base, en aras de mitigar el impacto fiscal que pueda tener con pensiones.

Así las cosas, solicitó al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, revocar la presente decisión en su lugar, absolver a mi representada de las cargas impuestas. En esos términos dejó sustentado mi recurso”.

destinado al pago de seguros provisionales y los gastos de administración debidamente indexados y discriminados, conforme lo señala la sentencia SL 623 del 2023, aclarando, la entidad no podrá dar cumplimiento al fallo está tanto la AFP reintegre todos estos recursos y actualice los datos del demandante en la respectiva base.

Por su parte, la encartada PORVENIR adujo², si bien existe un precedente por parte del órgano de cierre de la jurisdicción, no se aplica el presente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es por eso que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo a lo indicado en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media se destina un 3% de estas cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y

² *Recurso Porvenir S.A., Récord 23:23, archivo 13: “Muchas gracias, su Señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Sala Laboral para que se revoque el fallo proferido de forma parcial, el cual me permito sustentar así:*

Señores Magistrados, expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción como el citado en el fallo, bajo los argumentos que ha manifestado el honorable Tribunal en diferentes salas, no se aplica el presente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es por eso que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo a lo indicado en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 también en el régimen de prima media se destina un 3% de estas cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia. Dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

Además, es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó en el año 2020 de forma expresa que en los eventos en que proceden la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros provisionales, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura total de la vigencia de la póliza ni tampoco la comisión por administración. Es por eso, señores magistrados, que debe declararse la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración, prima de seguros o de cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta del afiliado o sus respectivos rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financie la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de la que goza el derecho pensional.

Frente a la indexación, traemos lo que indica el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso 2000 0083, reiterado en el proceso 2014 0089, y también lo indicó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas en el proceso 2021 111, en el cual indica que en cuanto a la indexación de la condena, no hay lugar a dicha imposición ya que el valor o rendimiento se compensa en la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado con los emolumentos a retornar.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica al artículo 1746 del Código Civil, al no existir norma que regule la temática y la ineficacia, tanto en la Ley 100 del 93 en materia comercial, haciendo una analogía, posición que asume tanto la jurisprudencia civil como la laboral, todo ello con el fin de suplir cualquier tipo de déficit fiscal que pudiese ocasionarse al trasladarse al fondo común.

De manera entonces considero que los supuestos sobre los cuales se condenaron a mi representada en el punto anteriormente mencionado no se encuentran acreditados sin consecuencias. Solicito de manera más respetuosa al Honorable Tribunal, revocar la condena impuesta a mi representada en ese punto y en consecuencia, absolverla muchas gracias su Señoría.”.

sobrevivencia, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

Agregó, es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó en el año 2020 de forma expresa que en los eventos en que proceden la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros provisionales y la comisión por administración, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura total de la vigencia de la póliza, por ello, insistió, debe declararse la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración, prima de seguros o de cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta del afiliado o sus respectivos rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financia la prestación de vejez y no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza el derecho pensional.

Frente a la indexación alegó, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso 2000 0083, reiterado en el proceso 2014 0089, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas en el proceso 2021 111, enseñaron en cuanto a la indexación que no hay lugar a dicha imposición ya que el valor o rendimiento se compensa en la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado con los emolumentos a retornar, lo anterior, fundamentado en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica al artículo 1746 del Código Civil.

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 (*Página 2, del archivo 01 del expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem*), aspirando se declare y condene consecuentemente a lo siguiente:

- 5.1.1. Declarar la ineficacia de la vinculación del señor **GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la A.F.P. **PORVENIR** para el mes de abril de 2000, por cuanto no se cumplió con el deber de información por parte de la mencionada AFP.
- 5.1.2. Declarar que el demandante nunca ha efectuado un traslado valido al Régimen de Ahorro individual con solidaridad.
- 5.1.3. Declarar que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado el señor **GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN** es la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**.

5.2 CONDENATORIAS

- 5.2.1 Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a registrar en su sistema de información que el demandante **GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN** NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.
- 5.2.2. Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a registrar y activar la afiliación del señor **GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN**
- 5.2.3. Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a actualizar en la historia laboral del señor **GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN** las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- 5.2.4. Condenar a las partes demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
- 5.2.5. Condenar a las partes demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN como las cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y también el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones y sin que se descuenten los gastos de administración, señalando que dichas sumas que deben ser debidamente indexadas, igualmente señaló que dichos conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada 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 2002³.

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del actor donde se registra como fecha de nacimiento el 29 de abril de 1960 (*Archivo 01 expediente digital* pág. 23), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de octubre de 2021 y PORVENIR el 04 de octubre de 2021 (*Páginas 43 a 47 y 95 a 98 del Archivo 01 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 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado al sistema 508,29⁴

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

⁴

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
3558	508.29	0	0.00	0	0.00	5719	817.00	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 3558		SEMANAS: 508.29		DIAS: 5719		SEMANAS: 817.00					
El número de semanas se calculó con días calendario											

semanas, encontrándose laborando para la Fundación Educacional Inter⁵ (*Historia Laboral expedida pág. 34 expediente digital Archivo 05*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende 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 **11 de febrero de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 2000** (*Páginas 90 y 93, archivo 05 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.

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:

Número de Documento:

Nombre:

Dirección:

Estado Afiliación:

Cédula de Ciudadanía

19393056

GONZALO ALBERTO ORTIZ BLUN

AV CARACAS 46 72

Trasladado

Fecha de Nacimiento:

Fecha Afiliación:

Correo Electrónico:

Ubicación:

29/04/1960

02/12/1981

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
1003802399	DISTRIBUIDORA MOTORA	02/12/1981	01/06/1982	\$7.470	26,00	0,00	0,00	26,00
1003902285	CONSULEN INFORM.Y C	10/12/1984	31/12/1986	\$21.420	107,43	0,00	0,00	107,43
1008215077	CONSORCIO DE INGENIE	21/01/1987	15/09/1989	\$41.040	138,43	0,00	0,00	138,43
1008208275	FUNDACION EDUCACIONA	19/09/1989	31/12/1994	\$500.000	275,71	0,00	0,00	275,71

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 2011⁷, 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

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”.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 accionante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que llegó una asesora, quien además era familiar de un trabajador de la universidad y por eso tenía libre acceso, señalándole que el extinto Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que la mejor opción era trasladarse a la AFP, precisando, no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento, siendo una carga de la prueba de la AFP demostrar que cumplió con dicho deber, contrario a lo expuesto por Colpensiones en el recurso que ocupa a la Sala.

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

⁸ **Récord 12:48, archivo 11, Interrogatorio Demandante:** “Tengo 63 años, tengo Pos Grado, soy arquitecto y especialista en Gerencia de obras, soy Secretario académico de la Universidad Católica de Colombia, empecé a laborar en una comercializadora, luego en consultores civiles, el 1989 ingresé a laborar en la Universidad como profesor y ahorita soy hace 10 años secretario académico, siempre coticé al ISS, en el año 2000 un hijo de un funcionario vino a la oficina y me decía que me pasara a Porvenir, que iba a perder mis ahorros, era una presión de todos los días y me convenció del traslado, la información no fue clara, solo me dijo que me pasara, que no había requisitos, que podría hacer uso de dineros e inversiones, por mis ocupaciones no averigüé o tuve tiempo de si era verdad o no, yo vivo en Chía y me acerqué allá, me dijeron que ya estaba listo todo para al pensión, me dieron un valor como un mínimo, pero eso no me habían dicho, en el 2000 me dijeron que la pensión era alta. Yo leí los datos personales pero la letra pequeña no, digamos que lo que la asesora que ofreció era buena, yo no puse quejas, no hago uso de los medios de comunicación, no sé cuándo pasó a ser Colpensiones, no me acerqué a la AFP, de los aportes no me explicaron nada, no me dijeron qué pasaría con los aportes, factor gerencia, devolución de saldos, los requisitos era tener 1300 semanas y 62 años, la información que me dieron no fue veraz, no solicité la pensión anticipada, no sabía el valor de Colpensiones, en Porvenir era de 1 smmlv, en esa visita me dijeron eso, mis salarios han sido 5 millones en promedio en los últimos 10 años, no me dijeron nada del valor de la mesada ni los regímenes pensionales, no me visitaron asesores”.

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 93, Archivo 05 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(11 de febrero de 2000, efectivo el 1º de abril de 2000)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de

pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual 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. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹⁰, por el tiempo en que el demandante estuvo 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 encuentra acertada la decisión de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Precisando a la recurrente PORVENIR, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora

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

del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de apelación por parte de PORVENIR, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea

procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó 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).

Igualmente, sea del caso advertir a PORVENIR, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y

uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por lo anterior, deberá ser confirmada la sentencia de primera instancia en este punto.

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 saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR y COLPENSIONES que los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera no resultan vinculantes, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y comisiones no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia. Igualmente, y en todo caso, se aclara a Colpensiones que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera apelado por Colpensiones, 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, la cual fue objeto de recurso e interpuesta en la contestación por COLPENSIONES¹¹, a favor de quien se surte la consulta (páginas 31 a 32, *archivo 04 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 la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación No. 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151

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 26 de noviembre de 2021 (Archivo 2 expediente digital págs. 46 y 47).

del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

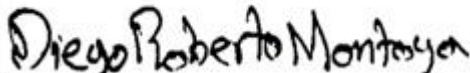
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

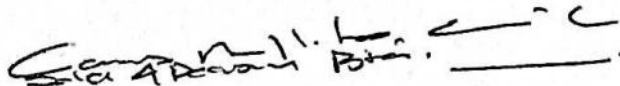
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 LUIS ARTEMIO GONZALEZ QUEVEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. (RAD. 20 2020 00058 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 18 de septiembre del 2023 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:21:53, archivo 28 expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor LUIS ARTEMIO GONZÁLEZ QUEVEDO a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION S.A., el 13 de julio de 1995 y posteriormente a PORVERNIR el 13 de mayo de 1999 y a la AFP COLFONDOS el 01 de octubre de 2001 conforme a lo ampliamente considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante LUIS ARTEMIO GONZÁLEZ QUEVEDO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de señor LUIS ARTEMIO GONZÁLEZ QUEVEDO, junto con los rendimientos

financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: Sea o no apelada la presente decisión REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA. Teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES¹ interpuso recurso de apelación, soportando el mismo en la prohibición legal que recae sobre el demandante, ya que al momento de solicitar el traslado se encontraba inmerso en lo previsto en la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 13 de la Ley 100.

Respecto al deber de información, argumentó, no se puede considerar al demandante como la parte débil en este proceso por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera, dejando claro que cada una de las actuaciones llevadas a cabo por su representada se encuentran permeadas de buena fe.

Advirtió, la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad

¹ Muchas gracias, señor juez, por directriz expresa de la entidad que represento me permito presentar recurso de apelación contra el fallo proferido, solicitándole a los honorables magistrados revise el tema de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada en atención a que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando. De igual manera, tampoco se puede considerar al demandante como la parte débil en este proceso por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera. Se debe dejar claro que cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mi representada se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente al aquí demandante, se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del literal e del artículo 13 de la ley 100 del 93, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 del 2003. Lo anterior teniendo en cuenta que mi representada como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, puesto que la Constitución Política artículo 346, así lo señala.

Es por ello que la declaratoria ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados, pues el demandante ya cumple con requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado. Además, permite que aquel busque otros beneficios que ofrece el RAIS, como lo hizo el demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios, serán beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de Prima MEDIA que permanecieron en este régimen, de esta manera, dejo sustentado el recurso de apelación, solicitando de manera respetuosa a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoken la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absuelva a mi representada. Muchas gracias, señor juez.

Social de los demás afiliados, pues el demandante ya cumple con requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse con los aportes que los demás afiliados han realizado. Además, señala permite que aquel busque otros beneficios con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de Prima MEDIA que permanecieron en este.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (páginas 4 y 5, archivo 03 del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 5 *ibídem*), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, en consecuencia se ordene el traslado al RPM del capital ahorrado incluyendo el valor de los bonos pensionales, junto con los respectivos rendimientos financieros y los gastos de administración y comisiones causadas con cargo a sus propias utilidades, igualmente se ordene a Colpensiones recibir tales valores entendiendo que nunca estuvo vinculado al RAIS, otorgando la pensión conforme a dicho régimen en el momento que alcance los requisitos para ello, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor LUIS ARTEMO GONZALEZ QUEVEDO, a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION S.A., el 13 de julio de 1995 y consecuentemente su traslado horizontal a la AFP PORVENIR y COLFONDOS, declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM, se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, se absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en**

su contra y se condenó en costas a COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCION S.A. antes COLMENA no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, siendo su deber ilustrar el día 13 de julio de 1995 por medio de los asesores al actor frente a las consecuencias del traslado, debiendo exponer las características propias del régimen e indicar los requisitos en qué le sería reconocida la prestación económica.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 28 de febrero de 1959 (*página 38, archivo 03 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 7 de noviembre del 2019 y ante COLFONDOS el 19 de noviembre del 2019 (*archivo 01, páginas 38 a 41 y 46 a 54*) 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 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las

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

probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas **48.14** semanas³ (*páginas 60 y 31 archivo 03 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 **13 de julio de 1995**, efectivo el **01 de agosto de 1995** (*Página 103 Archivo 08 expediente digital y pagina 46 Archivo 04*), por afiliación que hiciera a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP (*pág. 37 Archivo 04*).

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,

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
337	48.14	0	0.00	0	0.00	680	97.14	110	15.71	57	8.14
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS											
DIAS: 337		SEMANAS: 48.14		DIAS: 513		SEMANAS: 73.29					

supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

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

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

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

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

existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, en punto al recurso de Colpensiones, se indica, 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 COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de COLMENA le indicaron en el año 1995 que el ISS se iba acabar,

⁶ Audiencia 18 de septiembre del 2023, interrogatorio al demandante, récord 15:02 (Archivo 28 expediente digital)

que el dinero ahorrado en ese fondo se le iba a devolver y que el valor de su pensión dependía si sus hijos y esposa eran jóvenes o no, precisando que fue la UNIVERSIDAD MILITAR quien llevo a dicho asesor manifestándole que para acceder a su cargo de planta debía afiliarse a ese fondo privado por el que el accedió a la firma del formulario.

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 COLMENA hoy PROTECCION haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (*Página 37, Archivo 04 expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado –COLMENA hoy PROTECCIÓN- 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1995**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (13 de julio de 1995 efectivo el 1 de agosto de 1995) 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 CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Porvenir y Colfondos), 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 103, archivo 08).

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» (Negritillas 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 COLFONDOS S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (según registro SIAFP, página 103, archivo 08), 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, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia 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

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

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

Ahora bien, adviértase a COLPENSIONES en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera o descapitalización, 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 interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (*página 54, archivo 11, 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,

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 11 de junio del 2021 (archivo 6 del expediente digital).

además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por esa 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 lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

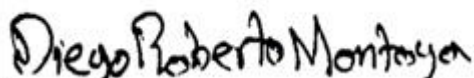
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., PORVERNIR S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

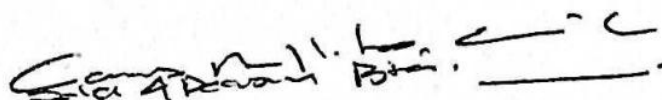
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ DOMINGO GOYENECHE VELANDIA CONTRA RCN TELEVISIÓN S.A. (RAD. 23 2022 00021 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de Enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 9 de marzo de 2023, en la que se resolvió (*Audio archivo 16 récord 25:42*):

“PRIMERO. ABSOLVER a la demandada RCN TELEVISIÓN S.A. de las pretensiones incoadas en la demanda por parte del señor JOSÉ DOMINGO GOYENECHE VELANDIA.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del señor demandante y a favor de la demandada.

TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia se ordena se surta grado jurisdiccional de consulta en favor del señor demandante, dado que las results del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante la apeló con el fin de que se revise la misma, señalando que hay una prueba indiciaria que demuestra que el demandante prestó los servicios para la demandada del año 2000 al año 2019 en principio como persona natural y luego por disposición del Ministerio de Transporte con personas jurídicas legalmente constituidas, esto es, con las empresas VIGIA y TIMON.

Expresa que el demandante claramente manifestó que tenía dos personas puntuales, a quien él prácticamente le cumplía las órdenes dentro del canal la señora Cristina Lancheros jefe de mesa de asignaciones del noticiero y el señor Juan Carlos Ospina, jefe de transporte de RCN, personas ampliamente conocidas

dentro de la institución, considerando todo ello debe ser valorado sumado a que dentro del caudal probatorio documental arrimado al plenario, existen sendas planillas de control de transporte, donde está demarcado el nombre del señor José Goyeneche como conductor y prestador del servicio (*Audio archivo 16 record 26:23¹*)

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 JOSE DOMINGO GOYENECHÉ VELANDIA, las pretensiones relacionadas en la página 1 del archivo 01, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en la página 2 ibídem, encaminadas a que se declare que existió un contrato laboral con RCN TELEVISIÓN desde el año 2001 hasta el 14 de marzo del 2019, en consecuencia se condene al pago de todas las prestaciones sociales a que tiene derecho como cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, el tiempo suplementario que excedió la máxima jornada laboral de lunes a domingo, festivos, dominicales junto con los respectivos recargos de ley, al pago y afiliación de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la demandada de todas**

¹ **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** En el término procesal legal, con el debido respeto, me permito interponer el recurso de apelación contra la decisión que acaba de tomar el honorable despacho, haciendo las siguientes manifestaciones, si bien es cierto que se tiene señor juez, que el señor Goyeneche y así lo manifestó en la confesión, en el interrogatorio, surtido ante el despacho, hay una prueba indiciaria muy clara, que es que él presta los servicios desde el año 2000 hasta el año 2019. Si bien es cierto, él en principio lo hace, como persona natural, cuando que de manera cómo clara, qué lo expuso, que a él se le llama para que prestara los servicios y que inclusive que RCN, le ordena que abriera una cuenta en Davivienda, donde se le pagaba, eso hasta el año 2010 u 11 que el Ministerio de Transporte saca, reglamenta esta clase de transportes que no lo podían hacer con personas naturales, sino con personas jurídicas debidamente constituidas en la prestación del servicio de transporte, entonces se tendría que entre el año 2000 hasta el año 2011, Don José Goyeneche, prestó el servicio como persona natural y en adelante, de acuerdo al caudal probatorio, ya prestaría el servicio es con las empresas VIGÍA y TIMÓN, como él mismo lo ha confesado. Entonces, prácticamente, se dividía en dos estadios, la prestación del servicio del señor Goyeneche ahora llama la atención, señor juez que, el señor Goyeneche claramente manifestó de que él tenía dos personas puntuales, a quien él prácticamente cumplía las órdenes dentro del canal que entonces estas personas, en el interrogatorio, incluso los testigos deponen de que efectivamente eran conocidos dentro de la compañía de RCN. Entonces, Don José Goyeneche está diciendo y nosotros afirmamos, que la señora Cristina Lancheros era la jefe de mesa de asignaciones del noticiero y al señor Juan Carlos Ospina, era el jefe de transporte de RCN, entonces son personas ampliamente conocidas dentro de la institución y el señor Goyeneche a ellos era a quien prácticamente, cumplía las órdenes del servicio que él prestaba, cómo le digo, primero como persona natural y posteriormente ya lo hace, es el cómo una persona contratada por dos empresas que son VIGÍA y TIMÓN.

Así las cosas, señor juez, considero que esto se debe ser valorado y además que dentro, como ya lo manifestó el despacho, que dentro del mismo caudal probatorio documental arrimado al plenario, existen sendas planillas de control de transporte, donde está demarcado el nombre del señor José Goyeneche como conductor y prestador del servicio, entonces llama la atención esta defensa que el ad quem, debe tener en cuenta esta observación respecto a la división de la prestación del servicio como persona natural en un principio del 2000 hasta el año 2011 y posteriormente como conductor de contrato con empresas Vigía y Timón.

En esos términos breves dejo sustentado este recurso, señor juez, agradeciéndole su redención muy amable.

y cada una de las pretensiones incoadas, y condenó en costas al demandante. **Lo anterior tras considerar el 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 de la demandada para que operara en su favor la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, advirtiendo de las pruebas obrantes lo que se evidencia es que el actor prestó sus servicios a favor de terceras personas ajenas a este proceso judicial con quien RCN había suscrito un contrato de prestación de servicios.

Pues bien, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la existencia de una relación contractual de orden laboral entre las partes, propuesta presentada por el demandante, quien afirma que prestó sus servicios para RCN como conductor.

A los planteamientos anteriores se opuso la encartada en respuesta a la demanda (Archivo 08), indicando que entre el demandante y ella jamás existió un vínculo laboral, pues la sociedad contrató los servicios de transporte terrestre automotor de carga y comisionista de transporte especial con personas jurídicas dedicadas con exclusividad a la ejecución de dicha actividad, sociedades estas que prestaron sus servicios de manera autónoma e independiente y que corresponden a las empresas TIMON S.A. y VIGIA S.A., precisando de las pruebas aportadas no se evidencia una relación laboral con RCN Televisión.

Así pues, expuestas las posiciones de las partes, cabe precisar, 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.

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.

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 a favor de la demandada, razón por la cual corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la prestación de servicios que alega el actor desplegó a favor de RCN 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 con la pasiva, correspondiendo por tanto a esta última desvirtuar su existencia.

Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701². Igualmente, se puede acudir al contenido de la sentencia CSJ SL547-2023, donde expresó: **“Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.”**. (Negrilla de la Sala).

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

Acatando lo anterior, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos iniciando con la siguiente documental (Archivo 01):

- Formato único de extracto del contrato del servicio público de transporte terrestre automotor especial con vigencia del 1 al 28 de febrero del 2017 donde se anota la Razón Social “*Transportes Rápido Arijuna S.A.S.*” contratante RCN TELEVISIÓN y conductor al demandante (pág. 9).
- Cuentas de cobro presentadas por YANETH PILAR TAMAYO PADILLA a RCN los días 16 octubre de 2009, 17 de noviembre de 2009, 15 de diciembre del 2009 y 13 de octubre del 2011 (14, 21, 27 y 33).
- Planillas relación de trayectos vehículos RCN que se encuentran diligenciadas a mano alzada e indicando como nombre del conductor al accionante (págs. 15 a 20, 22 a 26, 28 a 32 y 34 a 38).

² “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 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.”

- Cuenta de cobro efectuada por el demandante a la empresa VIGIA SERVICIOS ESPECIALES S.A.S el 9 de mayo del 2019 (pág. 39)
- Contratos de prestación de servicios celebrados por RCN con la sociedad VIGIA S.A.S. (Archivo 08 págs. 51 a 80).

Ahora, en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de RCN (*Archivo 14 audiencia 21 de febrero del 2023 record: 9:36*) ésta señaló que nunca existió un contrato con el demandante, pues conforme a la prueba documental que obra en el proceso el actor prestaba servicios era para las empresas de transporte, terceros que contrataba RCN.

Por su parte el demandante en su interrogatorio (*Archivo 14 audiencia 21 de febrero del 2023 record: 16:14*) manifestó que ingreso a RCN por el señor José Silva a quien le manejaba un carro en el año 1999 y en dicho vehículo transportaba camarógrafos, asistentes y demás personal de RCN, precisando que la demandada le consignada su dinero a una cuenta del banco Davivienda, así mismo confesó que alquilaba carros por su cuenta para el transporte del personal del RCN, pero quien le giraba los cheques eran las empresas TIMON y VIGIA ésta última quien le pagaba conforme las horas que lo llamaran en una suma de \$7.500 por hora. Así mismo señaló que la señora Yaneth Padilla era la dueña de la camioneta que el conducía y que RCN le pagaba era a ella directamente y posteriormente ella le pagaba a él. Finalmente, afirmó que sus servicios fueron prestados a VIGIA S.A.S.

Igualmente, se recepcionaron los testimonios de JOSE WILSON ALFONSO PALACIOS³ (trabajador de RCN como productor administrativo y logístico desde hace 20 años atrás de su declaración) y DIEGO MAURICIO GASKA⁴ (quien fue Director administrativo de noticias RCN hasta junio del 2021) los cuales manifestaron que si bien en algunas ocasiones vieron al demandante en las instalaciones de RCN ello fue porque este era conductor de las empresas de servicios de transportes por ella contratadas, más no porque fuera trabajador directo de la sociedad, precisando si bien antes del 2010 el servicio de transporte era prestado por personas naturales, afirmando que el demandante no fue una de ellas, con posterioridad a esa calenda y en virtud de la reglamentación emitida por el Ministerio de Transporte, RCN efectuó un contrato de prestación de servicios con personas jurídicas especialistas en transporte de personas como lo fueron TIMON S.A. y VIGIA S.A.S, expresando al unísono que nunca vieron al actor prestar el servicio de conductor directamente a RCN sino a las empresas que

³ Archivo 14 audiencia 21 de febrero del 2023 record: 36:02

⁴ Archivo 14 audiencia 21 de febrero del 2023 record: 49:44

fueron contratadas para ello, misma situación que fue la confesada por el actor en su interrogatorio de parte.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados, valorados bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del *C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, en primer lugar respecto de las documentales citadas las mismas lo que demuestran es que el demandante prestó sus servicios fue para la empresa VIGIA S.A.S. y para Transportes Rápido Arijuna S.A.S. más no a favor de RCN y que era la señora YANETH PILAR TAMAYO PADILLA quien eventualmente podría haber prestado sus servicios directamente a la enjuiciada de acuerdo a las cuentas de cobro que obran a su nombre; y en cuanto a las declaraciones recibidas en el proceso, las mismas no dan certeza al Despacho de que la prestación del servicio del actor fue en favor de RCN sino de otras empresas, enfatizando la Sala al apelante, no se logró confesión alguna de la demandada y no puede desatarse la controversia con lo declarado por el demandante en su interrogatorio, pues sabido es que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, y no puede derivarse dicha circunstancia del solo hecho de que la convocada era la titular del servicio de transporte prestado por las empresas TIMON S.A. y VIGIA S.A.S.

Con todo entonces, para la Sala no existen en el plenario suficientes elementos de convicción que permitan establecer la existencia de un contrato de trabajo del demandante con la pasiva, advirtiéndose, las pruebas apuntan a determinar que esta pudo existir con persona jurídica distinta de la encartada, no vinculada al presente trámite, lo que constituye en cabeza de la llamada a juicio, una falta de legitimación en la causa por pasiva.

De tal forma, tal como lo concluyó el juez a quo, el extremo activo debía probar la prestación del servicio a favor de RCN 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.

De conformidad con lo considerado, y no habiéndose logrado acreditar la prestación personal del servicio del accionante en favor de RCN TELEVISIÓN, forzoso resulta confirmar la sentencia de primera instancia de acuerdo a las consideraciones expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

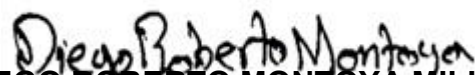
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

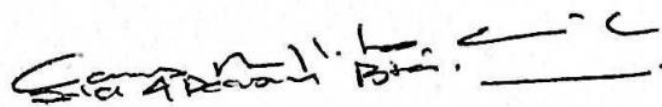
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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

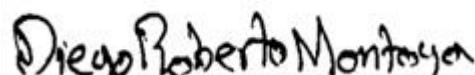
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.160.000, 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 ALCIRA SILVA MORA, RUTH HELENA MARCIALES MORA, MARÍA ANYELA GIL y RUBIELA CÁRDENAS QUINTANA CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P (RAD. 28 2021 00027 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio del 2023 (*Audiencia virtual archivo 19, récord: 44:39*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de AGUAS DE BOGOTÁ S.A.S por parte de las señoras Rubiela Cárdenas Quintana, Alcira Silva Mora, Ruth Helena Marciales Mora y María Anyela Gil, todo conforme se expuso la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción propuesta por el extremo demandado que se denominó **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**.

TERCERO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de la parte actora, se señalan como agencias en Derecho la suma de \$350.000 a cargo de cada una de las demandantes.

CUARTO: Si no fuera apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior por haberle resultado adverso a los intereses de las ex trabajadoras demandantes.”

Inconforme con la decisión el apoderado de las demandantes interpuso recurso de apelación solicitando se sirva revocar la sentencia en su totalidad señalando,

debe primar la protección constitucional de los trabajadores que por su estado de salud se les otorga una estabilidad laboral reforzada, advirtiendo el estado de salud de las accionantes era perfectamente conocido por la demandada, pues todas presentaban un estado de salud que les impedía desarrollar las labores, para las que fueron contratadas, precisando si es cierto existía una causal objetiva que era la terminación del contrato interinstitucional, en su sentir ello no es óbice para que la entidad demandada hubiese solicitado la autorización del Ministerio de Trabajo para el despido de las trabajadoras, por esta razón, solicita se declare culpable a la demandada y se condene al reintegro y a las demás pretensiones de la demanda (*Audiencia virtual archivo 19, récord: 45:38¹*)

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 las demandantes, las pretensiones visibles en las páginas 2 y 3 del Archivo 1 expediente digital, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 3 a 9 del mismo archivo, las cuales son del siguiente tenor:

“DECLARATIVAS:

1. Que se declare que entre mi poderdante la señora ALCIRA SILVA MORA y la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo entre el 17 de diciembre de 2012 y el 11 de febrero de 2018.

¹ **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** Muchas gracias, señora juez, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su Señoría y procedo a sustentarla a continuación.

A pesar de que la señora juez, basa su decisión en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, es necesario indicar y resaltar que en la protección constitucional de los trabajadores que su estado de salud les otorga una estabilidad laboral reforzada pues se debe tener en cuenta que la Constitución es norma de normas y en caso de alguna controversia frente a otras normas jurídicas pues se debe aplicar ante todo la constitución.

En este caso, el estado de salud de mis pro hijadas era perfectamente conocido por la por la demandada, tal como la misma señora juez, lo señala en su sentencia, todas presentaban un estado de salud que les impedía desarrollar sus labores, para las que fueron contratadas, todos los estados de salud eran conocidos por la empleadora, es cierto que existía una causal objetiva que era la terminación del contrato interinstitucional. Sin embargo, esto no es óbice para que la entidad demandada hubiese solicitado, la autorización del Ministerio de Trabajo para el despido de las trabajadoras, por esta razón, solicito al superior, teniendo en cuenta que se cumplen los presupuestos constitucionales para que se declare culpable y se condene al reintegro y a las demás pretensiones de la demanda. Solicitó al superior, dar aplicación a los principios establecidos en la Corte Constitucional y se revoque en su totalidad la sentencia y se condene a la entidad demandada. Dejo en estos términos sustentado el recurso presentado. gracias, señora juez.

2. *Que se declare que entre mi poderdante la señora RUTH HELENA MARCIALES MORA y la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo entre el 18 de diciembre de 2012 y el 11 de febrero de 2018.*
3. *Que se declare que entre mi poderdante la señora MARÍA ANYELA GIL y la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo entre el 19 de diciembre de 2012 y el 11 de febrero de 2018.*
4. *Que se declare que entre mi poderdante la señora RUBIELA CÁRDENAS QUINTANA y la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo entre el 17 de diciembre de 2012 y el 11 de febrero de 2018.*
5. *Que se declare que las señoras ALCIRA SILVA MORA, RUTH HELENA MARCIALES MORA, MARÍA ANYELA GIL, y RUBIELA CÁRDENAS QUINTANA, son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en situación de debilidad manifiesta por razones de salud.*
6. *Que se declare que la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., no cumplió con su obligación de solicitar autorización al MINISTERIO DEL TRABAJO para dar por terminados los contratos de trabajo de mis poderdantes.*
7. *Que se declare la ineficacia de las terminaciones de los contratos de trabajo de mis prohijadas.*

CONDENATORIAS:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ruego respetuosamente al Señor(a) Juez, que dicten las siguientes condenas a cargo de la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.:

1. *Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., a reintegrar sin solución de continuidad a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venían desempeñando mis mandantes, en el cual se deberá garantizar que las condiciones laborales sean acordes con sus condiciones de salud, así como que reciban la capacitación correspondiente para desempeñar el mismo en caso de ser necesario.*
2. *Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., al pago de los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir a cada una de mis mandantes desde la terminación del contrato hasta cuando se haga efectivo el reintegro.*
3. *Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., al pago de los aportes al Sistema General de seguridad Social Integral dejados de realizar a nombre de cada una de mis mandantes desde la terminación del contrato hasta cuando se haga efectivo el reintegro.*
4. *Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., al pago a cada una de mis mandantes de la indemnización correspondiente a CIENTO OCHENTA (180) días de salario por omitir el trámite de autorización del despido ante al MINISTERIO DEL TRABAJO.*

5. *Que se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., a la indexación de los valores de las condenas establecidas a cada una de las demandantes.*

6. *Que se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita conferidas a su Señoría de cada una de las demandantes.*

7. *Que se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., al pago de las costas y agencias en derecho de cada una de las demandantes que se causen con ocasión de este proceso.”*

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que si bien las actoras para el momento del finiquito del vínculo laboral tenían una debilidad manifiesta dados sus padecimientos de salud, lo cierto es que la terminación del contrato no se dio por un trato discriminatorio sino fue en virtud de una causa legal y objetiva, esto es la expiración del convenio interadministrativo suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá, sumado a que esa condición médica que las accionantes tenían nunca impidió el desarrollo de sus labores, aunado a que la accionada siempre acató las recomendaciones médicas que le fueron impartidas a cada una de las accionantes durante la ejecución de los contratos de trabajo.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el extremo accionante, precisándose el problema jurídico a resolver en esta instancia corresponde al análisis de la procedencia de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud alegada por las demandantes y el consecuente pago de la indemnización reclamada.

De este modo se tiene que las accionantes ALCIRA SILVA MORA, RUTH HELENA MARCIALES MORA, MARÍA ANYELA GIL y RUBIELA CÁRDENAS QUINTANA fundan sus aspiraciones en la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, disposición que en su artículo 26, señala: “*Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo*”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del

Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la condena al reintegro y al pago de la indemnización que es lo pretendido en el presente asunto, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante*, esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

*Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término **discapacidad relevante** para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.*

(...)

*Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad**. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes*

razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros. ”

Del mismo modo dicha Corporación en 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 contruidos 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.**” (Negritas 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 ordenados 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*”.

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras a las demandantes les 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, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

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).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que las cuatro demandantes prestaron sus servicios a la entidad AGUAS DE BOGOTÁ S.A., mediante un contrato de trabajo bajo 2 modalidades diferentes, aspecto que además de no haber sido objeto de discusión se constata con la documental aportada al plenario así:

1.ALCIRA SILVA MORA

-Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 17 de diciembre del 2012 al 16 de abril del 2013 (Archivo 08 págs. 162 -163), junto con la prórroga No. 1 del 17 de abril al 16 de mayo del 2013 (pág. 164 ibídem) y prórroga No. 2 del 17 de mayo al 16 de junio del 2013 (pág. 165 ibídem).

- Contrato de trabajo por “*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, con fecha de inicio el 17 de junio de 2013 (págs. 166 y 167 ibídem).

2.RUTH HELENA MARCIALES MORA

-Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 12 de diciembre del 2012 al 17 de abril del 2013 (Archivo 08 págs. 192-193), junto con la prórroga No. 1 del 18 de abril al 17 de mayo del 2013 (pág. 194 ibídem) y prórroga No. 2 del 18 de mayo al 17 de junio del 2013 (pág. 195 ibídem).

- Contrato de trabajo por “*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, con fecha de inicio el 18 de junio de 2013 (págs. 196 y 197 ibídem).

3.MARIA ANYELA GIL

-Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 19 de diciembre del 2012 al 18 de abril del 2013 (Archivo 01Demanda carpeta Anexos), junto con la prórroga No. 1 del 19 de abril al 18 de mayo del 2013 (pág. 235 Archivo 08) y prórroga No. 2 del 19 de mayo al 18 de junio del 2013 (pág. 236 Archivo 08).

- Contrato de trabajo por “*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, con fecha de inicio el 19 de junio de 2013 (págs. 237 y 238 ibídem).

4. RUBIELA CARDENAS QUINTANA

- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 17 de diciembre del 2012 al 16 de abril del 2013 (Archivo 08 págs. 241-242), junto con la prórroga No. 1 del 17 de abril al 16 de mayo del 2013 (pág. 243 ibídem) y prórroga No. 2 del 17 de mayo al 18 de junio del 2013 (pág. 244 ibídem).
- Contrato de trabajo por “*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, con fecha de inicio el 17 de junio de 2013 (págs. 245 y 246 ibídem).

Contratos de obra que finalizaron el 11 de febrero de 2018, tal como se evidencia en carta de comunicación enviada a las demandantes (pág. 198, 247 Archivo 08 y carpeta 01Demanda/Anexos), donde se les comunica la imposibilidad de la continuación de la relación laboral por la terminación del Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012.

En ese orden, y por razones de método abordará la Sala en primer lugar el estudio correspondiente respecto de la finalización del vínculo laboral de las accionantes con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., precisándose en la comunicación dirigida a cada una de las demandantes el 8 de febrero de 2018, donde se les 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 se anota:

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

En esa dirección, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del “*Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, suscrito por la enjuiciada con cada una de las demandantes en la que se señala:

*“**SEGUNDA:** El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada. Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A ESP, conforme lo*

previenen las cláusulas de terminación del citado contrato” (negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (págs. 113 y 114 Archivo 08 expediente digital) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

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

Pues bien, de conformidad con el material probatorio vertido al plenario, en especial las documentales citadas, a juicio de esta Sala de decisión, resulta evidente que la contratación de las señoras ALCIRA SILVA MORA, RUTH HELENA MARCIALES MORA, MARÍA ANYELA GIL y RUBIELA CÁRDENAS QUINTANA se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación en el mismo contrato se definió, que la actividad para la cual fueron contratadas era la de operario de recolección y/o barrido y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

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

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que en casos como en el de autos donde lo alegado no es una justa causa **sino un modo legal de terminación**, la Corte

Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 del 24 de febrero del 2021 indicó:

“Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.”
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

De esta manera y atendiendo las consideraciones expuestas por la Máxima Corporación, en este especial asunto encuentra la Sala, frente a la terminación del vínculo que ató a las partes, que el mismo **feneció por una causa legal** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal “d”, esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que ató a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 (*obra para la cual fueron contratadas las aquí demandantes*), 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. 113 y 114 Archivo 08 expediente digital) y en ese orden, al tenor de la disposición normativa citada en precedencia, la encartada no requería autorización administrativa para la terminación del contrato de las actoras, habida cuenta, que no se trata de una decisión unilateral, sino que desde el inicio del vínculo se estableció su duración, esto es por la vigencia de la obra o labor para la cual fue contratada, y en efecto quedó acreditado –para la modalidad contractual convenida- **la extinción de las causas que dieron origen** al contrato por duración de la obra o labor determinada.

En suma, las razones expuestas permiten concluir dentro del presente asunto la finalización del vínculo laboral se produjo fue en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la *“terminación de la obra o labor contratada”* y no en razón de los padecimientos de salud de las señoras ALCIRA SILVA MORA, RUTH HELENA MARCIALES MORA, MARÍA ANYELA GIL y RUBIELA CÁRDENAS QUINTANA pues si bien gozaban de una disminución de su salud conforme a las historias clínicas

aportadas acreditándose por ende una condición médica para cada una de las demandantes (Ver Carpeta 01Demanda/Anexo), 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 con las accionantes **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 de las promotoras del litigio no le era posible efectuar ajustes razonables en el trabajo de las accionantes, 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 fueron contratadas las demandantes-.

Por lo anterior, no puede concluirse que la terminación del vínculo contractual correspondió a un acto discriminatorio del estado de salud de las accionantes, razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

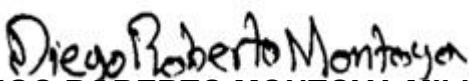
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

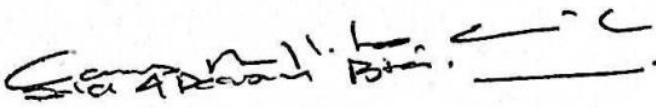
RESUELVE

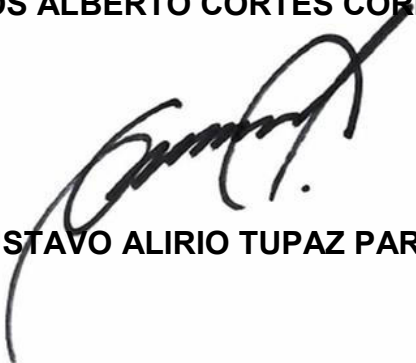
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandantes.

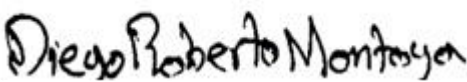
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


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 \$600.000 a cargo de cada una de las demandantes y a favor de la 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 MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA PATRICIA
MONTAÑEZ RIOS CONTRA PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA
S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD. 29 2022 00236 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS y la DEMANDANTE, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 16 de noviembre del 2023 (*Audio archivo 41 récord: 1:25:14*), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que
hiciere la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS identificada con C.C.
N.35.457.415, realizada ante la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., con fecha de
solicitud 29 de marzo de 2000 inicio de efectividad 01 de mayo de 2000 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 COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de 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 COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: Sin condena en costas.

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

SEXTO: de no ser apelada la presente sentencia por parte de Colpensiones CONSULTARSE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”.

Inconforme con la decisión la demandante interpuso recurso de apelación¹ de manera parcial frente a 3 ítems de la sentencia, específicamente, lo que se

¹**Recurso Demandante (récord: 1:27:08, archivo 41):** “Muchas gracias, su Señoría, estando en el momento procesal oportuno interpongo recurso de apelación de manera parcial ante los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, manifestando que este recurso, versara de manera parcial frente a 3 ítems de la sentencia específicamente lo que refiere a que no se condenó a las demandadas, especialmente a los fondos privados, a las administradoras de fondos de pensiones, a devolver las cuotas de administración y los seguros provisionales, esto es para cubrir, los riesgos amparados por este.

El segundo de los puntos va a ser respecto de las costas y el tercero de estos frente a la absolución por parte de la juez de primera instancia a los fondos mal llamados fondos intermedios, es decir, a SKANDIA y PORVENIR.

Voy a sustentar mi recurso de apelación en el siguiente sentido, en primer lugar, Honorables magistrados frente al primer punto que establecí, la juez de primera instancia incurre en error al no condenar a devolver a las demandadas las cuotas de administración y los montos pagados por seguro previsional, en el entendido que a ella considera, que estos fueron pagados y fueron hechos consolidados frente a la relación que tuvo mi representada con cada uno de estos fondos. Téngase en cuenta que está desconociendo las normas que refieren a los efectos de la ineficacia y la nulidad del traslado, no solo los establecidos en la larga línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sino específicamente desconoce y no da aplicación a los artículos 897 y 1646 del Código Civil, pues los efectos de la ineficacia del acto jurídico de afiliación refiere, y da como consecuencia que las partes restituyan al mismo Estado que se hallarían si no hubiera existido el acto jurídico, el acto jurídico de afiliación que fue declarado ineficaz.

Por lo tanto, cada una de las administradoras, no solo la primera en la cual se trasladó ineficazmente de régimen pensional COLMENA hoy PROTECCIÓN y la última Colfondos, deberán devolver estas cuotas

refiere a la condena que debió fulminarse, relacionada con la devolución de las cuotas de administración y seguros provisionales para cubrir los riesgos amparados. Al efecto, expuso, la juez de primera instancia incurre en error al no condenar a devolver estos rubros ya que se está desconociendo las normas que regulan los efectos de la ineficacia del traslado, siendo éstos no solo los establecidos en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sino en los artículos 897 y 1646 del Código Civil, pues los efectos de la ineficacia del acto jurídico de afiliación refiere, y contempla como consecuencia que las partes restituyan en el mismo estado las cosas en que se hallarían si no hubiera existido el acto jurídico y en este caso, el acto jurídico de afiliación que fue declarado ineficaz.

de administración, estos seguros, estas sumas pagadas por seguro provisional, no, deben ser pagados por todas y cada una, pues el acto jurídico no tuvo efectos y no existió esta relación entre mi representada y cada uno de los fondos aquí demandados.

El segundo de los puntos que mencioné es respecto a las costas, pues igualmente la falladora de primera instancia interpreta mal la norma al decir al considerar que la demandada o el fondo primigenio COLMENA no está presente en este proceso, Honorables Magistrados tengan en cuenta que Colmena, si bien fue liquidada, sus obligaciones fueron asumidas por ING SANTANDER y hoy en día por Protección, entonces mal hace la falladora de primera instancia al considerar que dicho administrador de fondos de pensiones no se encuentra presente, pues sus obligaciones fueron asumidas por otra sociedad, la cual debe responder por esta responsabilidad.

Téngase en cuenta adicionalmente que frente a las costas procesales, estas son pensadas en los gastos que no solo tiene la administración de justicia, sino también cada uno de los apoderados y de las partes, puesto que tuvieron que acudir ante la rama judicial para que definiera estas pretensiones. La señora María Patricia pidió acá al fondo Protección y a Colpensiones que fuera declarado ineficaz su afiliación desde un primer momento, antes de acudir a la jurisdicción y se vio obligada frente a la negativa de cada una de estas demandadas, a acudir, por lo tanto, es claro que deben condenarse en costas procesales, más aún cuando las obligaciones de Colmena hoy liquidada se encuentran en cabeza de protección su Señoría.

Por último, también, la juez de primera instancia con todo respeto, pues se le profesa, se equivoca al absolver a los fondos PORVENIR y SKANDIA, si bien esto no es el fondo inicial ni el fondo final, donde se encuentra afiliada la señora María Patricia, estos sí hicieron parte de esa vida o pues no, de esa relación que fue declarada ineficaz entre la señora María Patricia y el régimen de ahorro individual, por lo cual también deben ser condenados frente a la declaración de ineficacia de esas afiliaciones que se tuvo contra el régimen de ahorro individual, pues también, como quedó claro en el en el proceso, en las pruebas que se practicaron y se aportaron, estas tampoco cumplieron con su deber de información y de buen consejo.

Téngase en cuenta que la señora María Patricia debía ejercer este derecho de libre elección de manera libre y voluntaria, con un consentimiento informado, y esto no se probó ni siquiera tampoco con PORVENIR ni con SKANDIA, por lo cual no entiende este profesional del Derecho, por lo cual no hace extensivo los efectos ineficacia de una relación o del acto jurídico y de los efectos que produce el acto jurídico de afiliación y de traslado al régimen de ahorro individual a las otras dos refiriéndome a PORVENIR y SKANDIA, Administradoras del Régimen de Ahorro Individual, al cual estuvo, pues vinculada de manera ineficaz la señora María Patricia. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchísimas gracias.”.

Por lo tanto, en su sentir, PROTECCIÓN y COLFONDOS, deberán devolver estas cuotas de administración y las cuotas pagadas por concepto de seguro provisional.

Como segundo reparo, expresó su desacuerdo frente a la absolución de costas, soportándose en que, si bien COLMENA fue liquidada, sus obligaciones fueron asumidas por ING SANTANDER y hoy en día por PROTECCIÓN, entonces mal hace la falladora de primera instancia al considerar que dicha administradora de fondos de pensiones no se encuentra presente, pues sus obligaciones fueron asumidas por otra sociedad, la cual debe responder por esta esta responsabilidad.

Aclaró, las costas procesales son pensadas en los gastos que no solo tiene la administración de justicia, sino también cada uno de los apoderados y de las partes, puesto que tuvieron que acudir ante la Rama Judicial para que definiera las pretensiones de la actora, asimismo, antes de acudir a la jurisdicción se vio obligada a reclamar ante Colpensiones, por lo tanto, es claro que las demandadas deben ser condenarse en costas procesales, más aún cuando las obligaciones de Colmena hoy liquidada se encuentran en cabeza de PROTECCIÓN.

Por último, destacó, se equivoca la *a quo* al absolver a los fondos PORVENIR y SKANDIA, ya que, si bien no se trata del fondo inicial ni el fondo final, donde se encuentra afiliada la demandante, estos sí hicieron parte de esa vida o relación que fue declarada ineficaz, por lo cual también deben ser condenadas al no cumplir con su deber de información y de buen consejo.

Agregó, téngase en cuenta que la promotora de esta litis debía ejercer este derecho de libre elección de manera libre y voluntaria, con un consentimiento informado, y esto no se probó ni siquiera con PORVENIR ni SKANDIA, siendo a éstas extensivo los efectos de la declaración de ineficacia.

Por su parte, la enjuiciada COLFONDOS exteriorizó², la situación de afiliación de la demandante a la AFP se da dentro de la inmersión en la prohibición de

²**Recurso COLFONDOS (récord: 1:34:14, archivo 41):** “Muchas gracias, su Señoría, pues estando en la oportunidad procesal para hacerlo, presente recurso de apelación frente al fallo que se acaba de proferir

en la presente audiencia, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, en los siguientes términos.

Primeramente pues como se explicó en los alegatos de conclusión, la situación en la que se da la afiliación de la demandante a la AFP que represento Colfondos S.A., se da dentro de la inmersión de la demandante en la prohibición de traslado de régimen, pues para el momento en que se llevó a cabo la afiliación, la demandante contaba con 54 años de edad, luego ya no podía regresar al Régimen de Prima Media, básicamente, pues se apela a la buena fe que le asiste a Colfondos S.A., pues al momento de la afiliación de la demandante, pues el resultado, un hecho notorio de esta situación, siempre, dentro de las afiliaciones, pues se indaga por la edad, por los datos mínimos de los afiliados y pues al tener la fecha de nacimiento, la edad de la afiliada, pues es notorio que no va a poder realizar un retorno al régimen de prima media, además, pues digamos que es válido suponer que al llegar, procedente de un fondo perteneciente también al régimen de ahorro individual, conocía las implicaciones que tiene estar afiliado al régimen de ahorro individual. Entonces resulta claro que el deber de información en este caso, sede un poco porque pues ya no se va a cumplir con el objetivo que se tiene, digamos, en un momento de un traslado de régimen o el momento de una afiliación inicial al régimen de pensiones general, puesto que ya no hay lugar a hacer un comparativo en cuanto a los regímenes pensionales, pues porque ya no tiene opción distinta a pensionarse en el régimen de ahorro individual, entonces, digamos, esto lo puede suponer Colfondos válidamente, por la situación propia que se presenta al momento de la afiliación, que es muy distinta a un traslado cuando no existe esta prohibición, cuando tiene la afiliada la posibilidad todavía de retornar o de hacer los traslados que estime pertinentes de acuerdo, pues a lo que la ley le permita, para este tiempo, pues ya no los tenía entonces, digamos que de acuerdo a la buena fe que le asiste a mi representada, pues es lógico pensar que la demandante en el momento en que realizó el traslado de régimen fue esa AFP por medio de la cual se realizó el traslado de régimen, quien le informó suficientemente de las características, bueno de suficientemente, de acuerdo con el deber de información que tenía para su momento, y era a esa persona a quien le correspondía primeramente y a las demás, a esa persona jurídica, en este caso como es la AFP y a las demás AFPS a las que perteneció la demandante, mientras aún conservaba el derecho de hacer los traslados de régimen pensional es a esas instituciones a quienes correspondía informar, debidamente las implicaciones que conllevan el hecho de pertenecer al RAIS, cuando ya llega a Colfondos, con una situación jurídicamente consolidada, pues ya no hay razón de hacer un comparativo porque la prohibición de alguna manera descarta ese objetivo, ósea, por sí solo, entonces, de todas maneras, teniendo en cuenta lo estipulado en la sentencia SL-1459 de 2019, se tiene que el deber de información por parte de las AFPS se hace exigible atendiendo a la norma vigente para el caso concreto, es decir, como lo señalaban las motivaciones de la sentencia, la señora juez, existen 3 etapas, que se enmarcan en esta sentencia, en cuanto a lo que tiene que ver con el deber de información en este caso, pues hablamos de la primera etapa, que es la que se encuentra entre el periodo comprendido entre el año del 93 con la entrada de la Ley 100 y el año 2003, con la entrada en vigencia de la Ley 797, la cual pues el deber de información consistía en comunicarles a los potenciales afiliados, toda la información que tuviera por objeto lograr una selección libre voluntaria del régimen pensional que quisiera pertenecer y garantizar la transparencia de la operación, su alcance se limitaba entonces a poner en conocimiento de los afiliados todos los hechos o circunstancias relativos al traslado al Régimen de Ahorro Individual, en aras de que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios, para que de manera autónoma pudiera valorar y comparar las distintas alternativas que ofrecía el mercado y así decidir de forma libre y voluntaria, se optaba por permanecer vinculada al régimen de prima media o si por el contrario, le resultaba más provechoso trasladarse al régimen de ahorro individual.

Por consiguiente, se estima que el nivel de información a cargo de las AFPS se satisfacía al comunicarle al afiliado de forma clara, completa y veraz en qué consistía, cómo operaba y cuáles eran las características propias de RAIS, los requisitos que debían cumplirse para obtener pensión en este régimen, las distintas modalidades de pensión a las que podía aspirar y los hechos y obligaciones que surgían para el afiliado, para esta etapa y de acuerdo con lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y permítame y el Decreto 663 de 1993, pues tampoco, ósea, digamos, la única prueba que se exigía para demostrar que el afiliado llevó a cabo su traslado de manera informada y de manera libre y voluntaria, pues era el formulario de afiliación, no existe una prueba que exigiera la ley para ese momento distinta a ese formulario de afiliación. Luego pues entendería yo que la AFP Protección, quien fue quien realizó ese traslado, informó debidamente y logra probar debidamente con los recursos probatorios que están a su alcance, el hecho de que informó bien a la demandante y que la elección de traslado se hizo de manera libre y voluntaria por parte de la señora María Patricia.

Entonces, un poco también oponiéndome a algunos de los argumentos que esgrime el abogado defensor de la demandante, es necesario mencionar y vuelvo al tema nuevamente de la buena fe que le asiste Colfondos, por las condiciones y el momento en el cual se dio la afiliación de la demandante, es claro

traslado de régimen, pues para el momento en que se llevó a cabo la afiliación contaba con 54 años de edad, luego ya no podía regresar al Régimen de Prima Media, ello, apelando a la buena fe que le asiste a Colfondos S.A.

Añadió, al momento de la afiliación se indaga por la edad, por los datos mínimos de los afiliados y pues al tener la fecha de nacimiento, la edad de la afiliada es notorio que no va a poder realizar un retorno al régimen de prima media, además, es válido suponer que, al llegar procedente de un fondo perteneciente también al régimen de ahorro individual, conocía las implicaciones que tiene estar afiliado al régimen de ahorro individual. Entonces resulta claro que el deber de información en este caso, cede un poco porque ya no se va a cumplir con el objetivo que se tiene en un momento de traslado de régimen o al momento de la afiliación inicial al régimen de pensiones generales, puesto que ya no hay lugar a hacer un comparativo en cuanto a los regímenes pensionales porque ya no tiene opción distinta a pensionarse en el régimen de ahorro individual, entonces, esto lo puede suponer Colfondos

que Colfondos, actúa de buena fe al recibir a una persona que ya está inmersa en la prohibición que se ha venido comentando entonces todos los valores que recibió Colfondos, con motivo de las cotizaciones de la demandante y los rendimientos que se hacen por concepto de y que se fueron destinados para los gastos de administración, cumplieron su deber porque pasó a Colfondos lo que le correspondía, en general, la rentabilidad, cuidar los recursos y eso sucedió con la cuenta de ahorro individual de la señora María Patricia ya que generó la rentabilidad que dispone el RAIS, entonces luego al tomar esos gastos de administración, pues pone en disposición toda su institucionalidad para que ese objetivo que la ley le obliga, pues se cumpla, primeramente eso y siempre amparado en la buena fe, es decir, utilizan debidamente los recursos que toman para gastos de administración, los utiliza de acuerdo a las órdenes que le da la ley y hace efectivo ese objetivo para el están destinados este tipo de gastos.

Frente a los gastos previsionales, pues es obvio y como lo manifiesta de todas maneras en sus motivaciones la sentencia, pues estos en su momento cumplieron el objetivo para el cual están trasados, que es hacer una previsión para que en el caso de que se presente una calamidad, que derive en una invalidez o en la muerte del afiliado, pues se pueda cubrir la pensión correspondiente a la calamidad que se presente, sí, afortunadamente no se presenta en este caso, pero siempre estuvo, digamos, cubierto el riesgo, y de todas maneras, pues como vuelvo y digo, pues la buena fe de Colfondos, tiene que prevalecer y es que de todas maneras, hablando de esa buena fe, de todas maneras hay que tener en cuenta que la responsabilidad en el ordenamiento colombiano es de orden personal, entonces únicamente se le pueden, digamos, generar responsabilidades a, las personas tanto naturales como jurídicas, por los hechos que ellas ocasionen y en este caso no se puede decir que Colfondos, haya sido quien ocasionó de pronto algún tipo de daño a la pensionada, vuelvo a decirlo, la pensionada, llegó la demandante llegó procedente ya de un fondo que administra el régimen de ahorro individual, ya antes de ese fondo procedente, del que procedía, ya había pertenecido a otros fondos, luego es válidamente entendible que Colfondos, haya recibido esta persona, entendiendo que ya conocía las condiciones a las que se acogía, al afiliarse a Colfondos S.A., dado no solamente su trasegar por las entidades administradoras de pensión, sino igualmente por la situación consolidada jurídica con la que llegó a este fondo de pensiones. Por lo tanto, pues, de todas maneras, aunque no hace parte de propiamente del recurso de reposición que estoy presentando, si es una oposición a los argumentos del demandante en su recurso de apelación, en el sentido de que se debe mantener esa exoneración de responsabilidad de devolver los gastos de administración, los gastos de seguros previsionales y en sí todos aquellos que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Entonces, en esos términos dejo presentado mi recurso de apelación. Muchas gracias su Señoría”.

válidamente, por la situación propia que se presenta al momento de la afiliación, que es muy distinta a un traslado cuando no existe esta prohibición, cuando tiene la afiliada la posibilidad de retornar o de hacer los traslados que estime pertinentes de acuerdo a lo que la ley le permita.

Comentó, teniendo en cuenta lo estipulado en la sentencia SL-1459 de 2019, se tiene que el deber de información por parte de las AFPS se hace exigible atendiendo a la norma vigente para el caso concreto, es decir, como lo señalaban las motivaciones de la sentencia, existen 3 etapas que se enmarcan en cuanto a lo que tiene que ver con el deber de información, siendo la primera etapa, la que se encuentra entre el año 1993 con la entrada de la Ley 100 y en el 2003 con la Ley 797, consistente en comunicarles a los potenciales afiliados toda la información que tuviera por objeto lograr una selección libre voluntaria del régimen pensional al que quisieran pertenecer y garantizar la transparencia de la operación. Explicó, su alcance se limitaba entonces a poner en conocimiento de los afiliados todos los hechos o circunstancias relativos al traslado al Régimen de Ahorro Individual, en aras de que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios para que de manera autónoma pudiera valorar y comparar las distintas alternativas que ofrecía el mercado y así decidir de forma libre y voluntaria, si optaba por permanecer vinculado al régimen de prima media o si por el contrario, resultaba más provechoso trasladarse al régimen de ahorro individual.

Por consiguiente, estimó, el nivel de información a cargo de las AFPS se satisfacía al comunicarle al afiliado de forma clara, completa y veraz en qué consistía, cómo operaba y cuáles eran las características propias de RAIS, los requisitos que debían cumplirse para obtener pensión en este régimen, las distintas modalidades de pensión a las que podía aspirar y los hechos y obligaciones que surgían para el afiliado para esta etapa de acuerdo con lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Reiteró, la única prueba que se exigía para demostrar que el afiliado llevó a cabo su traslado de manera informada y de manera libre y voluntaria era el formulario de afiliación, luego se entiende que la AFP Protección fue quién realizó ese traslado, informó debidamente y logró probar debidamente con los recursos probatorios que están a su alcance, que informó a la demandante y que la elección de traslado se hizo de manera libre y voluntaria.

Por otra parte, frente a los gastos previsionales, arguyó, es obvio y como se manifiesta en la sentencia, éstos en su momento cumplieron el objetivo para el cual estaban trasados, que era hacer una previsión para que en el caso de que se presente una calamidad que derive en una invalidez o en la muerte del afiliado, se pueda cubrir la pensión correspondiente a la calamidad que se presente, ahora, así no se presente hay que observar que el afiliado siempre estuvo cubierto.

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 1 a 3, archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 5, ibidem), aspirando:

A. DECLARATORIAS:

1. Que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS hacia la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A., incumpliendo con su deber de buen consejo.
2. Que se declare que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A., SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías incurrieron en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales.
3. Que se declare que la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
4. Que se declare que La señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS tiene derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1. Que como consecuencia de la omisión en la información, se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A., a SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS, a la ineficacia del tránsito al régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. Que como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se condene a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, al traslado de los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual a COLPENSIONES.
3. Que como consecuencia de dicho traslado se condene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrar a la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS como su afiliada sin solución de continuidad desde el 16 de noviembre de 1976.
4. Que se condene a COLPENSIONES a reconocer al favor de la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
5. Que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS en los términos de la Ley 100 de 1993, aplicando para su caso concreto el régimen de transición al que tiene derecho.
6. Que como consecuencia de los hechos que se prueben dentro del proceso, el Señor Juez condene a las demandadas ultra y extra petita en lo que corresponda.
7. Que se condene a las entidades demandadas al pago de 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 al RAIS por medio de COLMENA hoy PROTECCIÓN. Así mismo, se ordenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la 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, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que les incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Valga indicar frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada en la pretensión del numeral quinto, la *a quo* en audiencia de que trata el

artículo 77 del C.P.T. y S.S. (récord 11:26, archivo 27), expuso que en la reclamación administrativa no se involucró dicha pretensión de manera expresa, no siendo competente el despacho para emitir pronunciamiento, declarándose probada la falta de reclamación administrativa de manera parcial.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de julio de 1958 (*Conforme se registra en la copia de la cédula de ciudadanía Archivo 01 expediente digital, pág. 22*), por lo que la edad de 57 años, la 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**; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS en, por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN y que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

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

contaba con **483,14** semanas⁴, (*Página 1, archivo 12 expediente digital Historia Laboral Colpensiones*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es, 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio de la ineficacia del traslado y la conservación del beneficio transicional, desde luego si hay lugar a declararla, en virtud del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN con quien se realizó el traslado.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de marzo de 2000**, efectivo el **1º de mayo de 2000** (*Páginas 50 y 51, Archivo 13 del expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Asi 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;

4

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	26/07/1958
Número de Documento:	35457415	Fecha Afiliación:	26/09/1984
Nombre:	MARIA PATRICIA MONTAÑEZ RIOS	Correo Electrónico:	
Dirección:	CARRERA 9 A 3 91 49	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
1007102341	AERODESPACHOS COLOMB	16/11/1976	01/05/1977	\$4.410	23,86	0,00	0,00	23,86
1007102054	IBERIA LIN AEREAS DE	04/03/1977	28/06/1979	\$11.850	121,00	0,00	8,43	112,57
1008208988	FUN INSTITUT NEUROL	03/04/1984	30/03/1987	\$30.150	156,00	0,00	0,00	156,00
1008200845	UNIVERS DE LOS ANDES	26/09/1984	01/01/1986	\$21.420	66,14	13,29	52,86	0,00
1008200845	UNIVERS DE LOS ANDES	09/08/1988	01/12/1988	\$25.530	16,43	0,00	0,00	16,43
1008200845	UNIVERS DE LOS ANDES	21/02/1989	31/03/1989	\$39.310	5,57	0,00	0,00	5,57
1008200845	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/04/1989	16/05/1989	\$52.545	6,57	0,00	0,00	6,57
1008200845	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/08/1989	01/12/1989	\$32.560	17,57	0,00	0,00	17,57
1008200845	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/02/1990	22/05/1990	\$52.018	15,86	0,00	0,00	15,86
1008200845	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/09/1990	06/12/1990	\$41.025	13,86	0,00	0,00	13,86
1008200845	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/03/1991	21/05/1991	\$51.720	11,71	0,00	0,00	11,71
1008200845	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/02/1992	22/01/1994	\$215.040	103,14	0,00	0,00	103,14
1008208988	FUN INSTITUT NEUROL	07/06/1994	31/12/1994	\$300.000	29,71	0,00	0,00	29,71

además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la

convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en

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

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 PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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 la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que efectuó el traslado al llegar un asesor porque le ofrecían mejores beneficios así como cada fondo llegaba a las universidades donde laboró, enfatizando en que no le dieron suficiente información ni precisa sobre el traslado de régimen pues siempre se trasladaba desconociendo las implicaciones de su 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 PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

En punto al recurso de apelación de COLFONDOS se destaca, para el momento en que se llevó a cabo la afiliación de la demandante, como quiera que ésta contaba con 54 años de edad y ya no podía regresar al Régimen de

⁷ **Interrogatorio Demandante, récord 08:24, archivo 41:** “Soy Psicóloga, en el momento del traslado a ING en el 200 yo ya estaba en la Universidad Nacional y me abordó una persona de PROTECCIÓN solo me ofreció ingresar al fondo, yo ya estaba en otro fondo en el 1994 y cuando entré a esa universidad accedí a cambiarme, no me manifestaron nada solo que sería conveniente el traslado por el cambio de empresa, no me hablaron de aportes, rendimientos, me quiero trasladar porque me di cuenta que me va mejor en Colpensiones no fue una decisión buena, me confié en los que me habían dicho, en 1994 estaba en un Centro de Estudios Tecnológico, antes yo estaba en el ISS, luego militar, en la Universidad de los Andes estaba en el ISS, en el 1997 entré a la Nacional, en la Nacional me pasé para Colfondos y fue alguien que me abordó, era para reclamar las cesantías y cada vez que me ofrecían algo mejor lo hacía, yo fui a Colfondos a averiguar lo de mi plata, no conozco mucho del tema financiero, lo que me explicaron razones que si deseaba retirarme cuánto iba a recibir, cuando me afilié no recibí ninguna información, yo tenía más de 60 años y pensé en la posibilidad de retirarme, en el 2003 me afilié a Porvenir, fue trabajando en la Universidad Nacional, cada año estaba pendiente reclamar las cesantías, pensé que todos los fondos eran iguales, si sabía que las cesantías las podía pedir cada año, pero siempre tenía las cesantías en el mismo sitio, no recibí extractos, a veces llegaba y cuando inicié proceso con Abogado las solicité, no solicité información adicional, me quise afiliarme a Skandia porque mis hijos estaban ahí, en ese momento no me dijeron nada de la edad de los 57 años, yo me pasé a Colfondos y ahí he estado, yo sabía que eran fondos privados, yo ya estaba en el ISS y muchos nos pasamos al fondo privado, yo no sabía de los regímenes, yo soy psicológica y no sabía”.

Prima Media, debió dicha AFP hacerle saber dicha situación a la futura afiliada y ello no sucedió.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN (*página 50, Archivo 13 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad

social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Como se ve, ya para el año **2000** cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (29 de marzo de 2000, efectivo el 1º de mayo de 2000) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco incide el hecho 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 (página 128, archivo 06).

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

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

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A., del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, cotizaciones y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima 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 de la demandante y como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS deberá devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, comisiones, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁹**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

⁹ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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.

Igualmente, en punto al recurso de la demandante, las demás codemandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, deberán reintegrar los rendimientos, cotizaciones y porcentajes destinados al **Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia¹⁰, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹¹**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por tal motivo se adicionará el numeral segundo.

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

¹⁰ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

¹¹ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 adocrinó 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 interpuesta por COLPENSIONES¹², a favor de quien se surte la consulta (páginas 20 a 23, archivo 10, 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.

Finalmente, 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 todas las codemandadas, lo atinente a derecho es que todas sean condenadas en costas, por lo que se revocará el numeral cuarto y se impartirá condena a cargo de PORVENIR, COLPENSIONES, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLFONDOS.

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

¹² 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 14 de octubre de 2022 (archivo 15, expediente digital).

anteriormente expuestos, se revocará y se confirmará la decisión de primer grado 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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A., devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

Igualmente, se adicionará en el sentido de ordenar a las codemandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA a reintegrar los **rendimientos, cotizaciones y porcentajes destinados al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

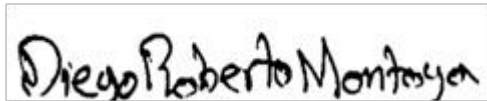
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primer grado para en su lugar, **CONDENAR** a las codemandadas PORVENIR, COLEPNSIONES, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLFONDOS en costas, conforme a lo expuesto.

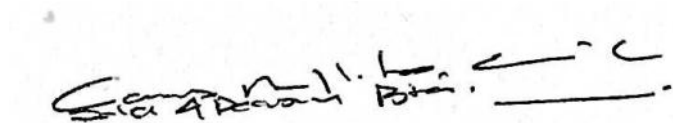
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA DOLORES
LOZADA HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2022 00444 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 17 de noviembre del 2023 (*Audio archivo 22 récord: 34:33*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciere la señora ANA DOLORES LOZADA HERRERA identificada con la C.C. N. 51.679.222, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 01 de diciembre de 1995 inicio efectividad 01 de enero de 1996, 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 todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ANA DOLORES LOZADA HERRERA, como 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 los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS. ”.

Inconforme con la decisión PORVENIR la apeló¹, manifestando, en cumplimiento de la inversión de la carga de la prueba que se da en estos casos la AFP cumplió con la obligación que tenía para el momento en que se celebró el acto jurídico de afiliación por parte de la demandante, ya que para dicha época no existía la obligación de constituir otros medios probatorios distintos al formulario de afiliación para dejar constancia de la voluntad del afiliado de pertenecer al régimen de Ahorro Individual y también para probar que se le había brindado la información necesaria para que pudiese ser informada.

¹**Recurso PORVENIR (récord: 36:10, archivo 22):** “Muchas gracias, su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad de procesal pertinente manifiesto que interpongo el recurso de apelación en contra del fallo que se acaba de proferir para que se estudie y sea resuelto por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Recurso, que sustento en los siguientes términos:

El proceso, pues en cumplimiento de la inversión de la carga de la prueba que se da en estos casos mi representada cumplió con la obligación que tenía, pues para el momento en que se celebró el acto jurídico de afiliación por parte de la demandante, pues ya que para dicha época no existía la obligación de constituir otros medios probatorios distintos al formulario de afiliación para dejar constancia de la voluntad del afiliado de pertenecer al régimen de Ahorro Individual y pues también para probar que se le había brindado la información necesaria para que pudiese ser informada.

Téngase en cuenta que los requisitos más estrictos frente a esta asesoría, son posteriores al acto de vinculación de la afiliada con mi representada. Además, frente a la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual, se debe tener en cuenta que la afiliada antes de encontrarse inmersa en la prohibición de la que trata el artículo 13 del Decreto 797, nunca solicitó retornar al Régimen de prima media administrado por Colpensiones, por lo que pues para este extremo procesal, es claro, la voluntad que tenía de pertenecer y permanecer en el régimen de ahorro individual, razón pues por la cual le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, se revoque el fallo en lo que tiene que ver con la declaración de ineficacia del traslado y en su lugar se absuelva a mí representada de las pretensiones incoadas. Muchas gracias.”.

Agregó, téngase en cuenta que los requisitos más estrictos frente a esta asesoría son posteriores al acto de vinculación de la afiliada con la AFP. Además, frente a la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual, adujo, se debe tener en cuenta que la afiliada antes de encontrarse inmersa en la prohibición de la que trata el artículo 13 del Decreto 797, nunca solicitó retornar al Régimen de prima media administrado por Colpensiones, por lo que es clara la voluntad que tenía de pertenecer y permanecer en el régimen de ahorro individual.

Por su parte, COLPENSIONES atacó² lo correspondiente a la orden de reintegrar los recursos al régimen de prima media para que se adicionen en el caso de confirmarse la decisión preferida. Esto, por cuanto la jurisprudencia ha dicho que el traslado no solo debe incluir lo correspondiente en el fallo, sino también lo correspondiente al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

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 3 y 4, archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 3, ibidem), aspirando:

²**Recurso Colpensiones (récord: 38:14, archivo 22):** “Gracias su Señoría, de manera respetuosa, teniendo las instrucciones de la entidad que represento, interpongo recurso de apelación únicamente en el apartado correspondiente a la orden de reintegrar los recursos al régimen de prima media para que el Honorable Tribunal Superior Sala Laboral modifique o adicione la decisión preferida frente a la declaratoria de ineficacia de traslado y esto cuando tiene lugar precisamente en base a la jurisprudencia que fue expuesta por la Honorable Juez 29 Laboral para su decisión, esta no solo debe incluir lo correspondiente en dicho fallo, sino también lo correspondiente al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Por esta razón, Honorables Magistrados de manera respuesta le solicito, modificar o adicionar la decisión preferida y efectivamente retornar al régimen de prima media los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de Garantía de pensión mínima, los rendimientos y la acumulación de bonos pensionales si los hubiere, y precisamente el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Muchas gracias.”

1. Que se **DECLARE** la INEFICACIA de la afiliación, efectuada por mi mandante, del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) que solicito en el mes de diciembre de 1995 ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. (téngase en cuenta fecha de efectividad SIAFP), por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que, como consecuencia de la declaración de ineficacia de la afiliación o traslado, **ORDENE** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. RETORNAR a mi mandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por COLPENSIONES.
3. Que se **ORDENE** a la ACP COLPENSIONES, recibir en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) a mi mandante y mantenerla como afiliado sin solución de continuidad.
4. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Lo que ultra y extrapetita la señora Juez considere.

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 las cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la 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 2002³.

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la demandante el 13 de abril de 1962 (*Conforme se registra en la copia de la cédula de ciudadanía Archivo 01 expediente digital, pág. 11*), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 28 de agosto de 2022 y PORVENIR el 03 de agosto de 2022 (pág. 56 a 61 y 110 a 115, archivo 10), esto es, cuando ya había cumplido 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 **45,59** semanas cotizadas al sistema (*Historia Laboral Colpensiones - Archivo 02 expediente digital página 2*)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.

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

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	13/04/1962
Número de Documento:	51679222	Fecha Afiliación:	16/08/1984
Nombre:	ANA DOLORES LOZADA HERRERA	Correo Electrónico:	lolitalozada@yahoo.com
Dirección:	CL 41 SUR #72 H -18 SUR	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Asignado al RAI por Decreto 3995/2008		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006119165	SALVAT EDITORES COLO	16/08/1984	31/08/1984	\$12.772	2,29	0,00	0,00	2,29
1006122525	SURAMERICANA DE COME	26/08/1986	12/12/1986	\$17.790	15,57	0,00	0,00	15,57
1006119165	SALVAT EDITORES COLO	09/07/1988	31/07/1988	\$32.545	3,29	0,00	0,00	3,29
1008411107	CIA. INVERSORA EL CO	26/10/1988	07/11/1988	\$30.150	1,86	0,00	0,00	1,86
1006119165	SALVAT EDITORES COLO	12/05/1989	31/05/1989	\$33.418	2,86	0,00	0,00	2,86
1006119165	SALVAT EDITORES COLO	01/07/1989	03/09/1989	\$32.560	9,29	0,00	0,00	9,29
1006119165	SALVAT EDITORES COLO	05/03/1990	16/05/1990	\$41.025	10,43	0,00	0,00	10,43
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/01/1996	31/01/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
899999061	BOGOTA DISTRITO CAPI	01/03/1996	31/03/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								45,57

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 **1º de diciembre de 1995**, efectivo el **01 de enero de 1996** (Páginas 88 y 89, Archivo 05 del expediente digital), por afiliación que hiciera a 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 que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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 S.A.

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

noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8

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.

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

“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.

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en la Secretaria de Educación le indicaron que debería trasladarse porque iba a perder los aportes, por lo que optó por suscribir el formulario, enfatizando en que no le dieron suficiente información ni precisa sobre el traslado de régimen.

⁷ ***Interrogatorio Demandante, récord 06:02, archivo 22.*** “ Nos dijeron desde la secretaria que debíamos escoger un fondo privado para pasarnos o perderíamos los aportes, porque se acabaría la Caja del Distrito y nos mandaron a un asesor para que firmáramos, no brindaron información alguna, solo brindaron los papeles para afiliarnos, no nos informaron nada, después algunos años, nos hicieron una capacitación y dijeron que los que llevábamos hartos años ya no nos podíamos trasladar pero no entendí, esa reunión fue hace años, eso fue la Secretaria de Educación y nos dijeron que mejor nos quedáramos así, yo firmé voluntariamente porque me dijeron que el Seguro se acababa o nos pasaban donde quisieran, yo no verifiqué que el ISS se acabara, tantos años no sé, pero sí debí firmar el formulario, no extractos de Porvenir pero eso no lo entiende nadie, yo fui a Porvenir antes de la pandemia y me dijeron que llevara los papeles, y fui y habían cerrados las oficinas por el COVID, no me recibieron los papeles por el empalme luego me enteré que no me darían ni la mitad que Colpensiones, allá hay 13 mesadas, me pagaron mínimo el 75% del sueldo, no tengo que pagar el manejo de plata y no sé qué más, esos son los beneficios que sé, después del COVID fue que contaron las diferencias del fondo privado y Colpensiones”.

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 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 PORVENIR (*página 89, Archivo 05 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1995 - 1996**, 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 (**1º de diciembre de 1995**, efectivo el **1º de enero de 1996**) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva

en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional 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, cotizaciones y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima 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 segundo 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 sobrevivencia⁸, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁹**, 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:

“(…)

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

⁹ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*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 adocrinó 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 interpuesta por COLPENSIONES¹⁰, a favor de quien se surte la consulta (páginas 17 a 19, archivo 06, 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.

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 del 09 de mayo de 2023 (archivo 08, expediente digital).

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

RESUELVE

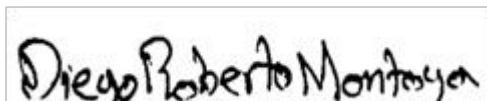
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, 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.

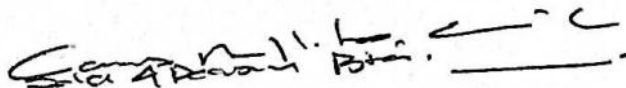
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

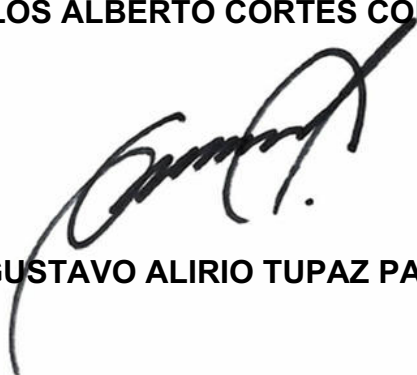
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 FANNY AMAYA
BARAHONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES- (RAD. 35 2022 00479 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado otorgado 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 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 **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de septiembre del 2023 (*Audio Archivo 17 expediente digital, récord: 21:19*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia a FANNY AMAYA BARAHONA a partir del 3 de agosto de 2022, sujeta a los reajustes de Ley.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, al pago de retroactivo pensional a favor de FANNY AMAYA BARAHONA en cuantía de \$16.373.333, correspondiente a las mesadas pensionales generadas desde el 3 de agosto del 2022 al 30 de septiembre del 2023, debidamente indexado. A partir del 01 de octubre del 2023, la demandada deberá pagar como mesada pensional un salario mínimo legal mensual vigente.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el superior.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación solicitando se sirva revocar la sentencia en su totalidad y se absuelva a su representada de todas las condenas impuestas, señalando de los interrogatorios de parte y de las declaraciones surtidas en el transcurso del proceso se logró evidenciar que no había una convivencia efectiva de la pareja, la cual consiste en que debe haber una cohabitación, singularidad y permanencia, en aras de acreditar dicha convivencia efectiva al momento de la muerte del titular.

Expresa de las pruebas recaudadas se evidenció que no había una singularidad en los hechos que se relataron, teniendo en cuenta que la demandante vivía en el municipio de Cundinamarca y el demandante siempre trabajó en la ciudad de Bogotá, de acuerdo a las cotizaciones efectuadas y el estudio efectuado de la historia laboral.

Señala, lo que se logró evidenciar es que la demandante y el de cujus tenían una convivencia laboral y no marital o no de convivencia, de techo, lecho y mesa, circunstancia tal que se acreditó con lo que se señaló en el transcurso del proceso, por ende solicita se lleve a cabo un estudio minucioso de las declaraciones efectuadas por cada uno de los personas citadas, pues considera no existió en una convivencia o no se logra establecer los extremos de dicha convivencia, circunstancia tal que se compadece con la investigación administrativa efectuada por Colpensiones.

Sumado a lo anterior, expresa revisadas las bases de datos, los servicios de salud que se prestaron al causante fueron en la ciudad de Cali, mucho antes de lo que señaló la demandante, circunstancia que daría lugar a entender que no existió una relación o una convivencia efectiva entre la demandante y el causante. (*Audio Archivo 17 expediente digital, récord: 22:21¹*)

¹ **APODERADA COLPENSIONES:** 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 de Tribunal Superior de Distrito Judicial, 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 mi representada a través de la resolución SV-271507 del 30 de septiembre del 2022, realizó una investigación administrativa, que dio como consecuencia la negativa al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Lo primero, no se acreditó el contenido y la veracidad de las solicitudes presentadas. Ahora bien, nótese que en los interrogatorios de parte en las declaraciones surtidas en el transcurso del proceso se logró evidenciar que no había una convivencia efectiva, la cual señala que debe haber una cohabitación, singularidad y permanencia, eso teniendo en cuenta a efecto de acreditar dicha convivencia efectiva al momento de la muerte del titular de la pensión o en su defecto, quien estaba a efecto de ser reconocido la pensión de o una sustitución pensional, esto debe tenerse en cuenta, que el criterio rector o material o real debe ser satisfecho tanto por la compañera permanente o por la cónyuge, que pretenda el derecho al reconocimiento de dicha pensión.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante FANNY AMAYA BARAHONA, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 04 expediente digital, página 9), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 6 a 9 del mismo archivo, solicitando se declare tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su compañero Marco Tulio Mondragón Díaz (q.e.p.d.), en consecuencia se condene a reconocer y pagar la prestación desde el 2 de agosto del 2022, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor en cuantía a partir del 2 de agosto del 2022 en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, tras considerar que la demandante acreditó la convivencia con el afiliado al momento de su deceso e incluso en los 5 años anteriores, indicando que aunque hubo una separación de cuerpos antes del fallecimiento del causante ello fue por razones de salud del afiliado, persistiendo la ayuda mutua aunque habitaban en lugares diferentes.

Esto toda vez que los interrogatorios efectuados se evidenció que no había una singularidad en los hechos que se relataron, esto teniendo en cuenta que la demandante, como se mencionó, vivía en el municipio de Cundinamarca y el demandante siempre trabajó en la ciudad de Bogotá, teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas y el estudio efectuado de la historia laboral, esto teniendo en cuenta que los domicilios principales de dichas empresas distan del que señaló la demandante Fanny Amaya.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, que lo que se logró evidenciar es que ellos tenían una convivencia laboral y no marital o no de convivencia, de techo, lecho y mesa, circunstancia tal que se acreditó con lo que se señaló en el transcurso del proceso. Así las cosas y analizado todo el acervo probatorio, ruego honorables magistrados, llevar a cabo un estudio minucioso de las declaraciones efectuadas por cada uno de los aquí llamados, toda vez que se manifiesta que no existió en una convivencia o no se logra, establecer los extremos de dicha convivencia, circunstancia tal que se compadece con la investigación administrativa, efectuada por mi representada y como se evidenció en la resolución SV-271507 del 30 de septiembre del 2022.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados que, revisadas también las bases de datos, los servicios de salud que se prestaron al causante fueron en la ciudad de Cali, pero mucho antes de lo que señaló la demandante, circunstancia tal, que no obedece a que haya existido una relación o una convivencia efectiva, por la aquí demandante y el causante.

Dejó así sustentados mis argumentos de apelación a efectos de que se absuelva a mi representada y se revoque la sentencia de primera instancia. Muchas gracias.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor MARCO TULIO MONDRAGON DÍAZ, falleció el **2 de agosto del 2022** en Buenaventura – Valle del Cauca, conforme se señala en el certificado de defunción visible en el Archivo 02 expediente digital página 21 y en el registro civil de defunción (pág. 950 ibídem)

Así las cosas y para resolver el presente asunto, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (2 de agosto del 2022) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Recordándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993 advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se

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 muerte²; (...)

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 compañero(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 SL5270 del 3 de noviembre del 2021 Rad. 86941 también se señaló:

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, **toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia,** esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Y en la sentencia SL1878-2022 Radicación No. 90562 del 16 de mayo del 2022 la misma corporación expuso:

“Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (...).

(...)

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo

dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(...)

*De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años, **mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte** y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*

En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado.”

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un **AFILIADO** se requiere demostrar la calidad de “cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte” (SL 5270-2021 y SL 1878-2022).

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora FANNY AMAYA BARAHONA nació el 29 de noviembre de 1962 (*conforme se extrae de la resolución proferida por Colpensiones que le negó el derecho pensional –Archivo 02 pág. 12*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (3/02/2019) contaba con 59 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Ahora en cuanto a la calidad de compañera permanente y convivencia con el causante para el momento de su fallecimiento obran las siguientes documentales:

- Declaración extra proceso rendida por la demandante el 11 de agosto del 2022 ante la Notaria Única del Circulo de la Mesa – Cundinamarca en donde señala (Archivo 02 expediente digital pág. 25):

=====

TERCERO: Manifiesta la declarante: Que convivio de manera ininterrumpida bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa con el señor **MONDRAGON DIAZ MARCO TULIO,(Q.E.P.D)**, quien en vida se identificaba con cedula de ciudadanía número **76.291.364** expedida en Morales hace 18 años, desde el (07 de febrero de 2004) hasta el día de su fallecimiento el (02 08 2022).=====

PARÁGRAFO: Que hace esta Declaración para los fines legales pertinentes ante las entidades correspondientes..=====

- Declaración extra proceso rendida por GLADYS SANCLEMENTE MOSQUERA y DEOTISTA MONDRAGON VIVEROS el 24 de octubre del 2022 ante la Notaria Tercera de Buenaventura en donde señalan (Archivo 02 expediente digital pág. 27):

DECLARAMOS, BAJO GRAVEDAD DE JURAMENTO: Que conocimos de vista, trato y comunicación de toda la vida, en calidad de prima y tía al señor quien en vida se llamó **Marco Tulio Mondragón Díaz (q.e.p.d.)**, identificado con cedula No **76.291.364**, quien falleció el 02 de agosto de 2022 en la ciudad de Buenaventura, y por tal conocimiento que del tuvimos sabemos y nos consta, que convivió en unión extramatrimonial bajo un mismo techo con la señora **Fanny Amaya Barahona**, identificada con cedula No **51.664.440** expedida Bogotá, con quien compartió lecho, mesa, y techo por espacio de dieciocho (18) años, desde 07 de febrero del año 2004 hasta la fecha de su fallecimiento, que fruto de esa unión no procrearon hijos, manifestamos que al momento de su fallecimiento el señor **Marco Tulio Mondragón Díaz (q.e.p.d.)**, se desempeñaba como agricultor, actividad con la cual le proporcionaba todo lo básico para el sustento del hogar, tal como alimentación, vivienda, vestuario, medicina, etc., dependiendo su compañera permanente la señora **Fanny Amaya Barahona**, en ese entonces en todo sentido económicamente del hoy fallecido, su residencia fue en la mesa Cundinamarca. ESO ES TODO.

- Declaración extra proceso rendida por MANUEL ANTONIO BETANCUR GARZÓN, ALFONSO CASTIBLANCO E HILDA CHIVITA UBAQUE el 21 de octubre del 2022 ante la Notaria Única del Circulo de la Mesa – Cundinamarca en donde señalan (Archivo 02 expediente digital pág. 28):

TERCERA: Manifiestan los declarantes que conocen de vista trato y comunicación desde hace tres (03) años a la señora **AMAYA BARAHONA FANNY**, identificada con cedula de ciudadanía número **51.664.440** expedida en Bogotá D.C., que saben y les consta que convivió de manera ininterrumpida bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa con la señor **MARCO TULIO MONDRAGON DIAZ ,(Q.E.P.D.)**, quien en vida se identificaba con cedula de ciudadanía número **76.291.364** expedida en Morales, quien falleció el (02 de agosto del 2022), y que de dicha unión no procrearon hijos.=====

PARÁGRAFO: Qué hace esta Declaración para los fines legales pertinentes ante la entidades correspondientes.=====

- Registros fotográficos (págs. 30 a 58 Archivo 08)

Frente a las declaraciones extra juicio desde ya se debe advertir la Sala tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta, en primer lugar porque frente a la de la demandante sabido es que nadie puede fabricar su propia prueba y respecto de la rendida por GLADYS SANCLEMENTE MOSQUERA, DEOTISTA MONDRAGON VIVEROS, MANUEL ANTONIO BETANCUR GARZÓN, ALFONSO CASTIBLANCO e HILDA CHIVITA UBAQUE sus declaraciones no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues ni tan siquiera narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tiene sobre la relación de la señora FANNY AMAYA y el causante MARCO TULIO MONDRAGON, y por ende nada refieren

sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia de la actora con el de cujus para el momento de su deceso -02/08/2021-, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio.

En cuanto al material fotográfico aportado por la parte demandante, se advierte, no es posible determinar, quienes son las personas que allí se registran, pues ellas no contienen ninguna información al respecto; simplemente se observa una pareja en situaciones recreativas y de viaje; situaciones que en todo caso no permiten colegir su convivencia permanente o su vida en común con vocación de permanencia.

Ahora, en el interrogatorio de parte³ la accionante manifestó haber conocido al de cujus en el año 2004 cuidando fincas en el municipio de la Mesa Cundinamarca e iniciar su convivencia con éste desde esa data, manifestó que el de cujus vivió en Buenaventura antes de su muerte durante un año y medio, y que estuvo bastante tiempo hospitalizado en Cali, precisó que el señor Marco Tulio Mondragón se enfermó 5 años antes de su muerte y por eso no pudo seguir trabajando cuidando fincas

Por otro lado, de las testimoniales rendidas dentro del presente asunto se extrae lo siguiente:

1. HENRY CARVAJAL⁴ conoció a la demandante y al de cujus 6 o 7 años atrás de su declaración -2015/2016- en el municipio la Esperanza porque fue novio de una de las hijas de la actora, precisando iba a dicho lugar cada 15 días a ferias o fiestas, percibiendo durante las veces que fue que vivían juntos en la misma casa.
2. HILDA CHITIVA UBAQUE⁵ señaló haber conocido a la accionante y al señor Marco Tulio (q.e.p.d.) en el año 2015 porque ella tiene una tienda y los dos iban allí hacer su mercado frecuentemente y decían que eran pareja, por lo que presume eran esposos y convivían juntos; no obstante señaló que nunca fue a la casa donde ellos habitaban, no recuerda la última vez que vio al de cujus si sabe de que murió.

³ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 14:18

⁴ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 28:43

⁵ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 41:50

3. DEOTISTA MONDRAGON VIVEROS⁶ tía del causante, expuso saber qué hace 15 años la demandante era la esposa de su sobrino pues éste le contaba telefónicamente tal situación, sin embargo nunca visitó a la pareja en la Mesa Cundinamarca, refirió que la actora estuvo pendiente de la enfermedad de su sobrino pues lo llamaba y que fue a visitarlo al hospital de Cali, pero no recuerda cuando fue ello.
4. JHONATAN SABOGAL⁷ manifestó conocer a la accionante y al fallecido aproximadamente en el año 2004 porque llegaron a la vereda la Esperanza y fueron vecinos, además estudio con las hijas de la actora. Adujo que tuvo contacto con la pareja hasta el año 2020 y que en el año 2021 se encontró al fallecido en un hospital de la Mesa haciendo los tramites del traslado del servicio de salud porque se iba “*para su tierra*”, indicó saber que eran pareja porque los veía juntos y en el año 2004 iba a la casa de ellos hacer tareas con las hijas de la actora.
5. JULIETH CORTES⁸ expresó conocer a la demandante porque trabajaba para sus padres cuidando la finca de ellos para los años 2006-2007, sumado a que la testigo estudiaba en el pueblo la esperanza y por ende también conoció a las hijas de la actora y veía que el de cujus iba a las reuniones del colegio de donde extrae que eran pareja, indicó que la última vez que los vio fue en el año 2022; no obstante no refirió las circunstancias de tiempo modo y lugar de tal afirmación.
6. GLADYS SANCLEMENTE MOSQUERA⁹ prima del fallecido, refirió que el de cujus vivió con ella desde febrero del 2020 y hasta su deceso, sabia de la relación sentimental con la demandante por 15 años porque así se lo contó su primo, sin embargo físicamente la conoció solo hasta febrero del 2022, aduce que la actora fue a visitarlo varias veces sin indicar fechas exactas.
7. ALFONSO CASTIBLANCO¹⁰ adujo conocer a la actora y al de cujus desde el 2017/2018 aproximadamente porque los veía en la tienda de la testigo HILDA CHITIVA UBAQUE por lo que se hicieron amigos y charlaban

⁶ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 58:03

⁷ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 1:12:18

⁸ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 1:23:00

⁹ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 1:34:03

¹⁰ Audio archivo 15, audiencia del 19 de septiembre del 2023 récord: 1:50:29

cuando se venían y por esa razón señala que eran pareja y que vivían juntos, pues los veía siempre a los dos, afirmando nunca fue a la casa de habitación de ellos y que la última vez que vio al de cujus fue como en el año 2021.

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que contrario a lo afirmado en primera instancia no obra prueba en el plenario de *“la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte”* de la señora FANNY AMAYA con el señor MARCO TULIO MONDRAGON DIAZ (q.e.p.d.) ni elementos de los que se pudiera derivar la continuidad de la unión de pareja pese a la separación de cuerpos dela misma conforme al material probatorio obrante en autos, pues los testigos si bien dan cuenta de una relación amorosa con la actora, no señalan con certeza supuestos o circunstancias que acrediten la convivencia entre ellos para el 2 de agosto del 2022 (data del fallecimiento), incluso se desconocen las razones por las cuales el fallecido paso sus últimos días de vida en Buenaventura junto con su prima, precisándose si bien se aporta su extensa historia clínica la misma demuestra los padecimientos de salud del afiliado, más no el hecho de su traslado de la Mesa-Cundinamarca a Cali donde recibió su atención en salud.

Téngase en cuenta que si bien, para el caso de autos donde el fallecido es un afiliado no se exige un mínimo de convivencia, sí se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común de la pareja para el momento del deceso del señor MONDRAGON DIAZ, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud de la relación amorosa que sostenían.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *«aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una*

convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado», precisando la misma Corporación que «la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común» excluyendo de ésta «encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida», situación que ocurrió en autos pues a pesar de que la señora FANNY AMAYA pudo haber acompañado al afiliado fallecido por algunos años no se probó una verdadera comunidad de vida para el momento de su muerte -2 de agosto del 2022-.

Y aunque, si bien es cierto como lo refirió la a quo, no es necesario que la pareja viva bajo el mismo techo cuando ello obedezca a razones atendibles, no es menos cierto que debe permanecer entre la pareja el ánimo de mantener el vínculo, la ayuda mutua y el proyecto de vida en común, situaciones estas últimas que para la Sala no están acreditadas pues, aunque la tía y la prima del causante indicaron en sus declaraciones que la actora lo llamaba y fue a visitarlo, tales manifestaciones no lucen suficientes para acreditar la convivencia que se exige en estos casos, máxime cuando las deponentes refirieron que solo conocieron a la demandante en el año 2022 pese que la relación amorosa con el de cujus había sido de más de 15 años, sumado a que no existe otra prueba que ratifique tales dichos y, en todo caso, no debe olvidarse que sus versiones deben valorarse con mayor rigurosidad en virtud de la familiaridad con el de cujus, notándose de sus versiones el ánimo de favorecer a la demandante.

De esta manera, en el presente asunto, no se encuentra demostrado el supuesto de hecho sobre el cual se fundan las pretensiones de la señora FANNY AMAYA BARHONA, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era tal parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado distintas conclusiones a las vertidas por la Juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia apelada y consultada.

SIN COSTAS en esta instancia, se **REVOCAN** las de primer grado y quedan a cargo de la parte actora.

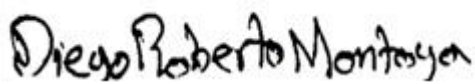
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

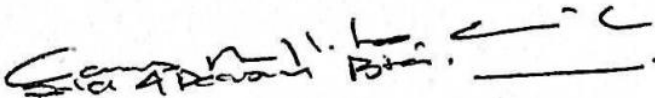
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas y, en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARINA SARMIENTO VARELA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 36 2022 00216 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuesto por la demandante y la UGPP, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre del 2023 (*Audiencia virtual archivo 23, expediente digital, récord 38:28*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora LUZ MARINA SARMIENTO VALERA tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de jubilación convencional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, esto es, en cuantía de \$1.585.870, a partir del 1 de mayo de 2007.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a pagar a la señora LUZ MARINA SARMIENTO VALERA como retroactivo pensional entre el 16 de junio de 2018 al 30 de noviembre de 2023 la suma de \$12.399.073. Además de las mesadas que se sigan causando y hasta por 14 mensualidades anuales.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, conforme la parte motiva de este fallo.

CUARTO: ABSOLVER a la encartada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR a la **UGPP** a cancelar los montos antes aludidos debidamente indexados a la fecha de su pago.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandada. En su liquidación inclúyase la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”.

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la UGPP expresó¹, no es viable reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante, ya que la misma fue liquidada correctamente y con la aplicabilidad de la norma más beneficiosa para la solicitante, tal y como consta en la resolución por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación, por tanto, la pensión reconocida mediante la Resolución No. 5437 del 15 de septiembre del 2009 se encuentra ajustada a derecho y no procede la reliquidación solicitada.

Respecto a la condena en costas, indicó no ser procedente, por cuanto el artículo 365 del C.G.P., dispone que para que proceda este concepto se deberá analizar las circunstancias en cada caso y la conducta producida por las partes y determinar si se causan o no, evento en el cual la UGPP no ha actuado por fuera del marco legal ni ha realizado conductas fraudulentas o perturbadoras de la administración de justicia, no siendo viable su imposición.

¹**Recurso Parte Demandada, récord 42:25, archivo 23:** “Gracias su Señoría. Igualmente, pues en esta oportunidad me permito presentar recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de reconocer la reliquidación de la pensión convencional. Mantenemos nuestra posición, dado que, a consideración de lo expuesto en los alegatos de conclusión y a lo largo después del escrito de contestación, es pertinente, indicar que no es viable reliquidar las pensiones de jubilación reconocida a la demandante, ya que la misma fue liquidada correctamente y con la aplicabilidad de la norma más beneficiosa para la solicitante, tal y como consta en la resolución por medio de la cual pues se le reconoció la pensión de jubilación. En consecuencia, la pensión reconocida mediante la Resolución 5437 del 15 de septiembre del 2009 se encuentra ajusta de derecho y, por lo tanto, que no procede la reliquidación ahora solicitada.

Respecto a la condena impuesta igualmente me permito citar el artículo 365 que dispone que solo habrá lugar a costas cuando se hayan causado en la medida que su comprobación sea procedente, ello significa que para que proceda esta condena se deberá analizar las circunstancias en cada caso y la conducta producida por las partes y determinar si se causan. En correspondencia a ello, pues se tiene que la UGPP no ha actuado por fuera del marco legal ni ha realizado conductas fraudulentas o perturbadoras de la administración de justicia. En este sentido igualmente dejo sustentado en mi recurso de apelación. Muchas gracias”.

Por su parte, la demandante, atacó² lo relativo al monto de la mesada pensional ya que, en su sentir, al momento de efectuar la liquidación de la mesada pensional no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales que se deben considerar conforme a lo previsto en la Convención Colectiva, estos son: la asignación básica, incremento de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, reconocimientos por servicios, prima de vacaciones, valor de trabajo nocturno suplementario en horas extra y valor del trabajo en días dominicales y feriados, debiéndose entonces analizar esta situación.

En segundo lugar, insistió sobre la procedencia del reconocimiento y pago de la bonificación prevista en el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues en su sentir, la juez de primera Instancia realizó una interpretación desafortunada de este articulado, tras aducir que la UGPP no es la llamada a juicio para responder, pues en su sentir, esta entidad debe responder no solamente por el pago de la pensión de jubilación convencional, sino por todos aquellos conceptos que se deriven de la misma.

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

² **Recurso Parte Demandante, récord 39:56, archivo 23:** “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación frente a la anterior sentencia, solicitando a los Honorables Magistrados modificar parcialmente lo decidido en la parte resolutive en los siguientes puntos: En primer lugar, respecto al aumento del monto de la mesada pensional se debe tener en cuenta que al momento de efectuar la liquidación de la mesada pensional aquí liquidada no se tuvo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales que se deben considerar al momento de establecer el monto justo al cual los pensionados tienen derecho con la Convención Colectiva, esto es: la asignación básica, incremento de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, reconocimientos por servicios, prima de vacaciones, valor de trabajo nocturno suplementario en horas extra y valor del trabajo en días dominicales y feriados. Entonces, en este primer punto solicitamos a los Honorables Magistrados que tengan en cuenta todas y cada una de las de las pruebas allegadas al proceso como acumulados, historia laboral.

En segundo lugar, respecto de la bonificación, solicito a los Honorables Magistrados reconocer la bonificación que el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo, teniendo en cuenta que el juez de primera Instancia, que la señora juez de Primera Instancia le da una interpretación desafortunada a la bonificación, tras aducir que la UGPP no es la llamada a juicio para responder, sin embargo, la anterior conclusión es totalmente errónea, pues el llamado a juicio esto es que la UGPP, quien por ley debe responder no solamente por el pago de la pensión de jubilación convencional, sino por todos aquellos conceptos que se deriven de la pensión de jubilación convencional que involucren emolumentos atados al reconocimiento de la pensión de jubilación, como lo es la bonificación, la cual se genera como consecuencia directa de haber obtenido el reconocimiento de la pensión de jubilación por cuanto solo hay derecho una vez a la misma, y esto es cuando la persona adquiera el derecho a la pensión de jubilación convencional, momento en el cual se le debe cancelar el equivalente a dos meses de salario liquidado con base en el salario que devengue el trabajador al momento de su retiro.”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ MARINA SARMIENTO VARELA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 3 a 4, archivo 7 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 a 5 (ibidem) solicitando:

PRIMERA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a reconocer la Pensión de Jubilación Convencional a favor de mi poderdante desde el 01 de mayo de 2007, de conformidad con lo señalado en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001.

SEGUNDA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a liquidar la mesada pensional de mi poderdante teniendo en cuenta una cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres (3) años de servicio por haber adquirido su derecho pensional entre el primero (01) de enero de 2007 y treinta y uno (31) de diciembre de 2016.

TERCERA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a pagar la Pensión de Jubilación Convencional teniendo en cuenta la diferencia entre la peticionada en el primer numeral y la reconocida y pagada por Colpensiones.

CUARTA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a pagar 14 mesadas pensionales al año.

QUINTA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a reconocer y pagar los intereses moratorios a favor de mi poderdante desde el 01 de mayo de 2007, de conformidad con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, generados por la demora injustificada en el reconocimiento de la Pensión de Jubilación Convencional, y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo de la obligación.

SEXTA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a reconocer y pagar la bonificación en el momento de la jubilación señalada en el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001.

SEPTIMA: Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a que indexe las sumas adeudadas.

OCTAVA: Se condene a la demandada a las Costas Procesales y Agencias en Derecho.

NOVENA: Se condene por todo concepto que el Juzgador evidencie al momento de proferir sentencia, conforme las facultades ultra y extra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que la señora LUZ MARINA SARMIENTO VALERA tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de jubilación convencional, en cuantía de \$1.585.870, a partir del 1º de mayo de 2007, se condenó a la UGPP a pagar a la demandante debidamente indexado como retroactivo pensional entre el 16 de junio de 2018 al 30 de noviembre de 2023 la suma de \$12.399.073, además de las mesadas que se sigan causando y hasta por 14 mensualidades anuales, se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y se condenó en costas.

Lo anterior tras considerar la *a quo* que si bien la vigencia de la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL era entre los años 2001 a 2004, lo cierto es que, el artículo 98 de la misma estipuló concretamente una temporalidad diferente, en tanto que, conforme el artículo 98, la misma se extiende hasta el año 2017; por lo que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, esta tenía vigencia hasta el año 2017, advirtiéndose no existir controversia en cuanto que el accionante ingresó a laborar en calidad de trabajadora del Instituto de Seguros Sociales desde el 08 de septiembre de 1977 al 25 de junio de 2003, que le generaba un tiempo de servicios de 25 años, 8 meses y 1 día, por lo que la actora tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 1º de mayo de 2007.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, en aras de resolver el presente litigio en primer lugar valga señalar inicialmente, como el fundamento jurídico de las pretensiones de la demandante lo es una norma de carácter convencional, esto es, el acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SINTRASEGURIDAD SOCIAL, fechado el 31 de octubre del 2001, sin que

ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a la actora, debe precisarse en lo que atañe a la vigencia de la convención punto de apelación de la UGPP, se venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que, si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data, sin embargo resulta que la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS fijó una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.º, la cual se extiende hasta el **2017**, por lo que ese plazo inicialmente pactado por las partes ha de respetarse, quedando por determinar ahora si para el año 2017 la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada. (Al respecto ver sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020).

Precisado lo anterior, ahora frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, se encuentra acreditado en autos que la demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 08 de septiembre de 1977 al 25 de junio de 2003 (CETIL - Archivo 05 expediente digital, pág. 2 a 5) en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERIA y AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES.

De este modo, parte la Sala por estudiar lo que toca a la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, precisándose ya ha tenido oportunidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de precisar que tales funcionarios por regla general primero fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

Así, en la sentencia CSJ SL6494 – 2015³ y siguiendo lo dispuesto en la sentencia CC C-579-96, cuyos efectos fueron hacia el futuro **a partir del 20 de noviembre de 1996**, se precisó que quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha eran funcionarios de la seguridad social. Estos, a su vez, según lo disponía el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, declarado parcialmente inexecutable en aquella providencia, se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y, por lo mismo, no propiamente contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplían funciones relacionadas con **el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.**

Así pues, solo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del ISS. Así lo explicó la Corporación:

«Así las cosas, en principio, le corresponde a la Sala determinar qué calidad tuvo el accionante durante el tiempo que prestó sus servicios a las accionadas, para lo cual, resulta procedente efectuar un recuento de las disposiciones más relevantes que definieron el régimen legal de los servidores del ISS, a partir de la expedición del citado D. 1651/1977, que en su art. 3°, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:

Art. 3°.- Funcionarios. Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, (...). (Resaltado fuera del texto original).

³ Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

Posteriormente, mediante el art. 1° del D. 2148/1992, se modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el num. 13 del art. 9° ibídem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el A. 003/1993, en cuyo art. 33 clasificó a sus servidores en los siguientes términos:

Art. 33.- Son empleados públicos:

1. El Presidente del Instituto;
2. El Secretario General;
3. Los Subdirectores Nacionales;
4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;
5. Los Asistentes de la Dirección General;
6. Los Gerentes Seccionales;
7. Los Subgerentes Seccionales;
8. Los Secretarios Generales Seccionales;
9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.

Parágrafo Transitorio. Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal.

Por su parte, el parágrafo del art. 235 de la L. 100/1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en el art. 275 ibídem, se definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el art. 1° del D. 1754/1994, refirió textualmente:

El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:

Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

Son funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos. Son cargos de carrera de funcionarios de Seguridad Social los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero.

Empero, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-579/1996, declaró inexecutable, el parágrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2º del art. 3º del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutive que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.

Finalmente, el art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso:

Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. Presidente del Instituto.
2. Secretario General y Seccional.
3. Vicepresidente.
4. Gerente.
5. Director.
6. Asesor.
7. Jefe de Departamento.
8. Jefe de Unidad.
9. Subgerente.
10. Coordinadores Clase I, II, III, IV y V.
11. Jefe de Sección.
12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.
13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

“B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos. (Resalta la Sala).”.

En tal sentido, siempre que el servicio como trabajador del ISS, en los términos expuestos, se haya prestado entre el 05 de agosto de 1977⁴ y el 20 de noviembre de 1996 - sentencia C-579 de 1996, este se entenderá que ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, o lo que es lo mismo, empleado público, pues **sólo a partir de los efectos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, tal cargo pasó a considerarse como trabajador oficial.**

Así las cosas, se tiene que conforme a lo inicialmente explicado por vía jurisprudencial, al haber ostentado la demandante los cargos de AUXILIAR DE ENFERMERIA y AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES desde el 08 de septiembre de 1977 y hasta el 25 de junio de 2003 en el Instituto de Seguros Sociales, esto es, en un lapso anterior a los efectos mencionados en la sentencia C-579 de 1996, es claro que tuvo la calidad de **FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL o EMPLEADA PÚBLICA del 08 de septiembre de 1977 y hasta el 19 de noviembre de 1996⁵** y como TRABAJADOR OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 25 de junio de 2003.

Razón por la cual, para efectos de la pensión aquí reclamada, solo se puede tener en cuenta el último de los periodos citados en el cual ostentó la calidad de TRABAJADOR OFICIAL, es decir, del **20 de noviembre de 1996 al 25 de junio de 2003.**

Ahora, en el artículo 98 del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL-, establece (página 34, archivo 04, expediente digital):

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN

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

⁴ Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

⁵ 19 años, 2 meses y 11 días.

- (i) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
- (ii) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) *Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

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

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

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

Del contenido de la norma convencional arriba transcrita, se extrae que el beneficiario de dicha cláusula debe cumplir el tiempo de servicio **-20 años-** en calidad de **trabajador oficial** en el ISS, presupuesto indispensable para acceder al derecho pensional, precisándose, el mismo como se vio no fue acreditado por la señora LUZ MARINA SARMIENTO VARELA ya que tan solo ostento como trabajadora oficial al servicio del ISS el lapso de **6 años, 7 meses y 5 días**, y en ese orden de ideas es claro que no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión convencional solicitada.

En este punto, en gracia a la discusión, si se tuviera en cuenta el tiempo que laboró la demandante para la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, según se extrae de la Resolución No. 199 del 10 de abril de 2007 (páginas 16 a 18, archivo 05), se tiene un tiempo de **10 años, 1 mes y 10 días**.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022 señaló:

“Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados al ISS, en virtud de

otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:

'... En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del 11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: “El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (...)”.

En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional. '

En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia 05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:

«[...] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.

Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.

Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional.” (Subrayado por la Sala).

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación interpuesto por la UGPP y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se revocará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

Atendiendo lo anterior, resulta irrelevante emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

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

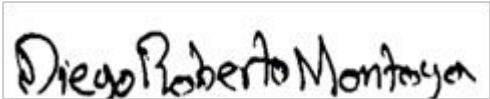
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

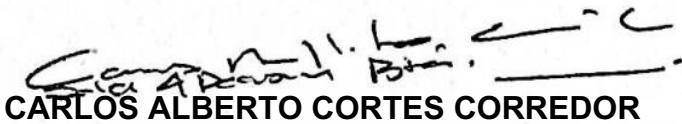
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la **UGPP** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **LUZ MARINA SARMIENTO VARELA**.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DERFILIA JUDITH DOMINGUEZ DE REALES CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 36 2022 00260 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de octubre del 2023 (*Audiencia virtual archivo 19, expediente digital, récord 33:53*), en la que se resolvió:

***“PRIMERO:** Absolver a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, acorde lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

***SEGUNDO:** Condenar costas al extremo demandante, liquídense como agencias en Derecho, la suma de \$300.000.*

***TERCERO:** En caso de no ser apelada a la presente sentencia, se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá y a favor del extremo demandante.”*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante expresa su inconformidad señalando que al momento de efectuar la liquidación no se tuvo

en cuenta el reconocimiento y pago del incremento de servicios como factor salarial para liquidar la mesada pensional, lo cual en su sentir va aumentar el valor de la mesada pensional ya reconocida desde el 2020, solicitando por ende acceder a las pretensiones teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales establecidos en la convención colectiva, como también el otorgamiento de la bonificación, la mesada 14 y los intereses moratorios o en subsidio la indexación en virtud del reconocimiento que se haga de la pensión convencional. (*Audiencia virtual archivo 19, expediente digital, récord 34:45'*)

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 DERFILIA JUDITH DOMINGUEZ DE REALES en este ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 3 y 4, Archivo 3 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 a 6 (ibídem) solicitando se condene a la demandada a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 10 de junio del 2009, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente 100% del promedio de lo percibido durante los últimos 3 años de servicio, ordenando pagar la diferencia entre la pensión convencional y la

¹ Me permitió interponer recurso de apelación a la sentencia interiormente proferida, teniendo en cuenta que al momento de efectuar la liquidación de la mesada pensional se obvió el reconocimiento y pago el incremento de servicios como factor salarial para liquidar la mesada pensional, pues si bien se tuvo en cuenta la asignación básica, el auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, valor de trabajo nocturno suplementario en horas extra y valor de trabajo en días dominicales y feriados, se abrió o no se tuvo en cuenta el incremento de servicios, que es un factor salarial que si se suma a la liquidación de la mesada pensional, va a aumentar en dicha mesada.

Así las cosas, pues la parte demandante efectuó las liquidaciones del caso y nos dio superior bastante superior a la liquidación de la mesada por el juzgado y asimismo superior a la liquidación que se le efectuó en el año 2010, cuando se le reconoció la primera mesada pensional.

Así las cosas, solicito los honorables magistrados, acceder a las pretensiones de la demanda, todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales establecidos en la convención colectiva de trabajo. Asimismo, solicito los honorables magistrados, estudiar las demás pretensiones como la bonificación la Mesada 14 y los intereses moratorios y subsidiariamente la indexación, a saber (sic) por porque fue reconocida la pensión de jubilación convencional, así haya sido inferior. Muchas gracias.

reconocida por Colpensiones, junto con 14 mesadas al año, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación, la bonificación por jubilación establecida en el artículo 103 convencional costas, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto si bien la Juez *a quo* señaló que la accionante si era beneficiaria de la pensión convención establecida en el artículo 98 por haber laborado en el ISS de 1979 al 2003 como trabajadora oficial, advirtió que haciendo las operaciones aritméticas la mesada pensional convencional arrojaba para el año 2009 la suma de \$1.693.200 mientras que la reconocida fue de \$1.779.989, por lo que indicó que no se accedía a la reliquidación pretendida, pues el monto reconocido por pensión de jubilación es más beneficioso para la demandante bajo los parámetros del decreto Ley 1653 de 1977 que el que le correspondería por pensión convencional.

De tal manera, y previo a resolver la apelación de la demandante debe la Sala precisar que aun cuando no fue objeto de apelación, en este especial asunto se debe analizar en primer lugar si en efecto la actora es o no beneficiaria de la pensión convencional reclamada bajo los parámetros establecidos en el artículo 98 de tal convenio, para que una vez determinado ello se pueda proceder a efectuar las operaciones matemáticas correspondientes, en aras de obtener el valor de la mesada pensional.

Así las cosas, valga señalar inicialmente, como el fundamento jurídico de las pretensiones de la demandante lo es una norma de carácter convencional, se tiene que fue aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SINTRASEGURIDAD SOCIAL, fechado el 31 de octubre del 2001 (páginas 20 a 91, archivo 01, expediente digital) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 91, *ibíd.*)², sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a la actora, precisándose en lo que atañe a la vigencia de la convención se venía exponiendo que dada la vigencia inicial de

² Del 31 de octubre de 2001, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que, si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data, sin embargo resulta que la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS fijó una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.º, la cual se extiende hasta el **2017**, por lo que ese plazo inicialmente pactado por las partes ha de respetarse, quedando por determinar ahora si para el año 2017 la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada. *(Al respecto ver sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020)*

Precisado lo anterior, ahora frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, se encuentra acreditado en autos que la demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 21 de febrero de 1979 al 25 de junio del 2003 (*Archivo 01 expediente digital, págs. 97 y 100*) en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES GRADO 14.

De este modo, parte la Sala por estudiar lo que toca a la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, precisándose ya ha tenido oportunidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de precisar que tales funcionarios por regla general, primero fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

Así, en la sentencia CSJ SL6494 – 2015³ y siguiendo lo dispuesto en la sentencia CC C-579-96, cuyos efectos fueron hacia el futuro **a partir del 20 de noviembre de 1996**, se precisó que quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha eran funcionarios de la seguridad social. Estos, a su vez, según lo disponía el artículo 3º del Decreto 1651 de 1977, declarado parcialmente

³ Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

inexequible en aquella providencia, se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y, por lo mismo, no propiamente contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplieran funciones relacionadas con **el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.**

Así pues, solo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del ISS. Así lo explicó la Corporación:

«Así las cosas, en principio, le corresponde a la Sala determinar qué calidad tuvo el accionante durante el tiempo que prestó sus servicios a las accionadas, para lo cual, resulta procedente efectuar un recuento de las disposiciones más relevantes que definieron el régimen legal de los servidores del ISS, a partir de la expedición del citado D. 1651/1977, que en su art. 3°, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:

Art. 3°.- Funcionarios. Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, (...). (Resaltado fuera del texto original).

Posteriormente, mediante el art. 1° del D. 2148/1992, se modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el num. 13 del art. 9° ibídem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el A. 003/1993, en cuyo art. 33 clasificó a sus servidores en los siguientes términos:

Art. 33.- Son empleados públicos:

1. El Presidente del Instituto;

2. El Secretario General;
3. Los Subdirectores Nacionales;
4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;
5. Los Asistentes de la Dirección General;
6. Los Gerentes Seccionales;
7. Los Subgerentes Seccionales;
8. Los Secretarios Generales Seccionales;
9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.

Parágrafo Transitorio. Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal.

Por su parte, el parágrafo del art. 235 de la L. 100/1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en el art. 275 ibídem, se definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el art. 1º del D. 1754/1994, refirió textualmente:

El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:

Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos. Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero.

Empero, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-579/1996, declaró inexecutable, el parágrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2º del art. 3º del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutive que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.

Finalmente, el art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso:

Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

- 1. Presidente del Instituto.*
- 2. Secretario General y Seccional.*
- 3. Vicepresidente.*
- 4. Gerente.*
- 5. Director.*
- 6. Asesor.*
- 7. Jefe de Departamento.*
- 8. Jefe de Unidad.*
- 9. Subgerente.*
- 10. Coordinadores Clase I, II, III, IV y V.*
- 11. Jefe de Sección.*
- 12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
- 13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*

“B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos. (Resalta la Sala).

En tal sentido, siempre que el servicio como trabajador del ISS, en los términos expuestos, se haya prestado entre el 05 de agosto de 1977⁴ y el 20 de noviembre de 1996 - sentencia C-579 de 1996, este se entenderá que ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, o lo que es lo mismo, empleado público, pues **sólo a partir de los efectos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, tal cargo pasó a considerarse como trabajador oficial.**

⁴ Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

Así las cosas, se tiene que conforme a lo inicialmente explicado por vía jurisprudencial, al haber ostentado la demandante el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES GRADO 14 desde el 21 de febrero de 1979 y hasta el 25 de junio del 2003 en el Instituto de Seguros Sociales, esto es, en un lapso anterior a los efectos mencionados en la sentencia C-579 de 1996, es claro que tuvo la calidad de **FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL o EMPLEADA PÚBLICA** del 21 de febrero de 1979 y hasta el 19 de noviembre de 1996 y como TRABAJADOR OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 25 de junio del 2003.

Razón por la cual, para efectos de la pensión aquí reclamada, solo se puede tener en cuenta el último de los periodos citados en el cual ostentó la calidad de **TRABAJADOR OFICIAL**, es decir, del **20 de noviembre de 1996 al 25 de junio del 2003** (conforme el Certificado de información laboral pág. 97 Archivo 01 expediente digital), esto es, por espacio de **6 años, 7 meses y 25 días**.

Ahora, en el artículo 98 del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL, establece (páginas 52 y 53, archivo 01, expediente digital):

“ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN

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

- (i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
- (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

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

- a. Asignación básica mensual*

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

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

Del contenido de la norma convencional arriba transcrita, se extrae que el beneficiario de dicha cláusula debe cumplir el tiempo de servicio **-20 años-** en calidad de **trabajador oficial** tanto en el ISS como en cualquier entidad de derecho público, presupuesto indispensable para acceder al derecho pensional, precisándose, el mismo como se vio no fue acreditado por la señora DERFILIA JUDITH DOMINGUEZ DE REALEZ ya que tan solo ostento como trabajadora oficial al servicio del ISS **6 años, 7 meses y 5 días**, y en ese orden de ideas es claro que no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión convencional solicitada.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022 señaló:

“Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:

’... En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del 11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: “El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (...)”.

En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años

exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia 05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:

«[...] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.

Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.”

De esta manera, como quiera que la actora no cumple con los requisitos establecidos en la norma convencional, es clara la improcedencia de la reliquidación de la pensión anhelada y por consiguiente las demás pretensiones invocadas tanto en el libelo como en su recurso de apelación, razones que conllevan entonces a confirmar la sentencia de primera instancia, **pero por las consideraciones aquí expuestas.**

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

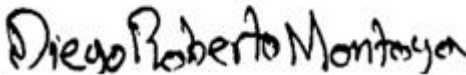
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

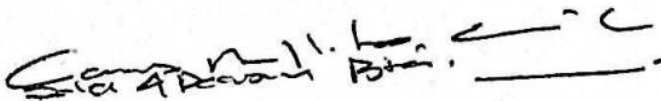
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, **pero por las consideraciones aquí expuestas.**

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

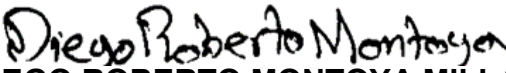


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, PORVENIR S.A., UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL y LA NACIÓN - DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. (RAD. 39 2022 00243 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 de los recursos de apelación interpuestos por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última y el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** contra la sentencia proferida por la Juez (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de junio de 2023 (Audiencia virtual archivo 63, récord 1:19:06), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: CONDENAR** al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA a asumir y pagar el bono pensional a que tiene derecho el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, correspondiente al tiempo que estuvo vinculado con dicha entidad en la SECCIÓN ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO DE SALUD, esto es, del 15 de agosto de 1973 al 31 de marzo de 1974, descontando los 24 días de traslapo o tiempos laborados de manera simultánea como servidor público del 15 de agosto al 7 de septiembre de 1973, que arroja un total tiempos laborados de 29.28 semanas, depositando el valor del bono en la cuenta de ahorro individual que posee el actor en PORVENIR y teniendo en cuenta la normatividad propia de los bonos pensionales en cuanto a actualización y capitalización.*

SEGUNDO: CONDENAR al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a emitir, liquidar y redimir el bono pensional del demandante, por los tiempos de cotización al ISS, esto es 43,57 semanas y los tiempos cotizados correspondientes a CAJANAL, que equivalen a 82.42 semanas tal cual se explicó en el acápite correspondiente, es decir, por un total de 125,99 semanas, depositándolo en la cuenta de ahorro individual que posee el actor en PORVENIR y teniendo en cuenta la normatividad propia de los bonos pensionales en cuanto a actualización y capitalización.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR que una vez recibido el respectivo bono pensional por parte del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO estudie las variables a aplicar para la pensión de invalidez reconocida al demandante, con el fin de proceder a su reliquidación.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por el MINISTERIO DE HACIENDA y el DEPARTAMENTO DE VALLE DEL CAUCA que se denomina inexistencia de la obligación, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a las demás demandadas frente a las pretensiones relacionadas con el bono pensional.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA a favor del demandante. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de DOS (2) SMLMV a hoy, fecha en que se dicta la sentencia como agencias en derecho.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, expuso¹, se interpretó de manera equivocada

¹“**APODERADO MIN. HACIENDA (1:21:41)** Gracias, señora juez, excelente fallo, me encanta. Respetuosamente interpongo recurso de apelación, el análisis que hace el despacho me parece excelente, pero entonces hubo una pequeña falencia y soy muy preciso para que el Tribunal pueda estudiar de manera profunda mi recurso y es que se interpretó de manera equivocada el artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, porque se sumaron todas las semanas, se sumó el tiempo que trabajó el señor al departamento del Valle y se sumó el tiempo que trabajó el señor a CAJANAL y al ISS y se dijo, en total son 150 y algo se cumple el requisito de ser más de 150 emitan un bono los dos y calcúlenlo conforme a la ley. Lo que ocurre su Señoría y las razones por las cuales discrepo de esta conclusión, es que la norma es muy clara en que no son válidas, o sea, no es que no, o sea, no es que, si son menos, entonces se sumen, sino que si son menos no se tienen en cuenta y entonces lo dice de manera explícita a la norma y recordemos, insisto, que la norma está por encima de la jurisprudencia y la jurisprudencia, es apenas criterio auxiliar, estas son normas de orden público y entonces, ¿qué dice este artículo? Dice, “vinculaciones laborales válidas 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 todas menos las siguientes” y viene ahí unos literales y el literal C dice “las vinculaciones con cotización al ISS o cuales quiera Cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas”, o sea, no se trata de que hay que sumar el tiempo que no se cotizó más, el que se cotizó, y verificar si cumple el requisito de ser más de 150 semanas, sino que si el tiempo cotizado no más, no cumple 150 semanas no puede ser tenido en cuenta para abono.

El despacho encontró probado los hechos, que encuentra probado son los que fueron indicados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su escrito de contestación, salvo por unas pequeñas diferencias, pero en total tenemos que sumándolos cotizados al ISS por empresas públicas de Cali, más los cotizados a Cajanal, de acuerdo con los cálculos que realiza el despacho a un total de 125,29 semanas, ese número no es superior a 150 y por ello no puede ser tenido en cuenta para abono. Sin embargo, ello no significa que deba ser desconocido y es por ello que como se señaló en el escrito de contestación, en este caso debía darse aplicación al inciso 3° del artículo 11 del Decreto 3995 de 2018, hoy recopilado y vigente en el artículo 2.2.16.1.14 del Decreto 1833 de 2016, con base en el cual, en este caso la UGPP, que asumió las funciones de caja anal y Colpensiones debían, enviar trasladar a la AFP, el valor de esos aportes con base en la fórmula que indica ese mismo artículo, es un artículo excepcional, lo común no suele ser que se de aplicación

el artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, ya que, se sumaron todas las semanas cotizadas por el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, incluyendo las reportadas por el Departamento del Valle junto con las registradas en CAJANAL e ISS, relacionándose más de 150 semanas, cumpliéndose entonces con la densidad de semanas para la emisión del bono. Empero, adujo el recurrente, la norma es muy clara en advertir que para la emisión del bono se debe tener más de 150 semanas sin que permita sumar todos los tiempos como lo efectuó la *a quo*, norma que está por encima de la jurisprudencia, siendo esta última un criterio auxiliar, además, se trata de normas de orden público.

Agregó, este articulado prevé como vinculaciones laborales válidas para la sumatoria de semanas para el bono, lo siguiente: *“vinculaciones laborales válidas 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 todas menos las siguientes”, de ahí, el literal c), informa: “las vinculaciones con cotización al ISS o cuales quiera Cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas”,* ósea, no se trata de que hay que sumar el tiempo que no se cotizó más el que se cotizó, y verificar si cumple el requisito de 150 semanas, sino que si **el tiempo cotizado no cumple 150 semanas** no puede ser tenido en cuenta para la emisión del bono pensional.

Narró, el despacho encontró probado unos tiempos cotizados al ISS por parte de las Empresas Públicas de Cali más los cotizados a Cajanal, para un total de 125,29 semanas, número no superior a 150 y por ello no puede ser tenido en cuenta como bono pensional. Sin embargo, añadió, ello no significa que deba ser desconocido y es por ello que como se señaló en el escrito de contestación, en este caso debe darse aplicación al inciso 3° del artículo 11 del Decreto 3995 de

a esta norma. Sin embargo, la norma está y por ello no debe ser desconocida, entonces solicitó al honorable tribunal que revoque el numeral 2° de la parte resolutive, que condenó al Ministerio de Hacienda a emitir un bono por estos tiempos y en su lugar de aplicación esta norma e intérprete de manera correcta el artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, toda vez que la entidad que represento, la oficina de bonos pensionales no puede emitir un bono por esta 125,29 semanas, porque se lo prohíbe la ley y el sistema interactivo de la oficina de bonos pensionales y toda su regulación está conforme a lo que dice el ordenamiento jurídico y ellos verifican que haya habido más de 150 semanas lo que hizo el despacho fue decir, este requisito de las 150 semanas los tiene que cumplir sumando, las cotizadas y las no cotizadas. Pero, desconoció que la norma habla de que son 150 semanas cotizadas y que si no están cotizadas, entonces no se tienen en cuenta para bono, pero insisto, eso no significa que no se tengan en cuenta para el reconocimiento de la prestación final de la persona dentro del sistema general de Seguridad Social, porque el artículo 13 literal G de la Ley 100 es muy claro en que hay que tener en cuenta todo el tiempo trabajado por una persona, para determinar la prestación económica a la que accede al momento de su vejez, pero, se tiene en cuenta a través de distintos mecanismos de financiación, uno es el bono pensional, otro es el cálculo actuarial, otro es la cuota parte, otro es la devolución de aportes que dispone el artículo 2.2.16.1.14 del Decreto 1833, el despacho dijo no, bono pensional, sumamos sea cotizadas o no, pero está de esa manera, procediendo de una manera contraria a la ley, y es por ello que esta decisión debe ser revocada. En esos términos dejo sentado, mi recurso de apelación, su Señoría. Muchas gracias.”.

2018, hoy recopilado y vigente en el artículo 2.2.16.1.14 del Decreto 1833 de 2016, con base en el cual, la UGPP, quien asumió las funciones de Cajanal así como Colpensiones debían trasladar a la AFP PORVENIR, el valor de esos aportes con base en la fórmula que indica ese mismo artículo, siendo un caso excepcional.

Concluyó, no se debe emitir un bono pensional por esos tiempos y en su lugar, se debe interpretar y dar aplicación al artículo 3° del Decreto 1748 de 1995 de manera correcta, toda vez que la oficina de bonos pensionales no puede emitir un bono al tratarse de 125,29 semanas, es decir, no se cumple con las 150 semanas, no pudiéndose sumar este monto a las no cotizadas por el Departamento del Valle, insistiendo, ello no significa que no se tengan en cuenta para el reconocimiento de la prestación del demandante dentro del Sistema General de Seguridad Social, debido a que el artículo 13 literal g) de la Ley 100 es clara en señalar que hay que tener en cuenta todo el tiempo trabajado por una persona para determinar la prestación económica a la que accede al momento de su vejez, empero, se debe hacer a través de distintos mecanismos de financiación, uno es el bono pensional, otro es el cálculo actuarial, otro es la cuota parte y otro es la devolución de aportes que dispone el artículo 2.2.16.1.14 del Decreto 1833 de 2016. “.

Por su parte, la demandada DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, coadyuvó los argumentos expuestos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como sustento del recurso².

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 GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el

² ²“**Departamento del Valle del Cauca (1:27:38):** “Gracias su Señoría, de manera muy respetuosa ante el Honorable Tribunal, también interpongo el recurso de apelación, específicamente con el fin de que sea revocada la decisión, tomando como propios los argumentos de quien me precedió en el recurso por error de derecho en la interpretación del que ha hecho, el juez de primera instancia con respecto al artículo 3° del Decreto 1748 de 1995 y tener en cuenta las liquidaciones como lo ordena precisamente teniendo en cuenta el Decreto 1833 del 2016, de esa misma forma, no solamente las dos condenas en cuanto a la emisión del bono pensional, sino como consecuencia, la condena en costas por parte a cargo del departamento del Valle.

Señoría, vuelvo que los mismos argumentos expuestos como fundamento del recurso por la Gobernación del Valle. Muchas gracias.”.

escrito de la demanda (Archivo 1 expediente digital pág. 17 a 19) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 2 a 16, ibidem), aspirando:

PRIMERA.- Que el tiempo laborado por GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR para la liquidada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL- asumida por el Ministerio de Salud y Protección Social fue del 1º de Enero de 1972 al 17 de Septiembre de 1973.

SEGUNDO.- Que el tiempo laborado por GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR para el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA en la Secretaría Departamental de Salud fue del 15 de Agosto de 1973 hasta el 31 de Marzo de 1974.

TERCERO.- Que durante el tiempo laborado por el demandante en las mencionadas entidades públicas se presenta un traslapo o tiempo laborado simultáneamente de 24 días entre el 15 de Agosto de 1973 al 7 de Septiembre del mismo año.

CUARTO.- Que como consecuencia de la declaración que antecede, descontar los mencionados 24 días de traslapo del tiempo que laboró el demandante para el Departamento del Valle del Cauca por cuanto fue con ésta vinculación laboral que se generó el traslapo o tiempo laborado simultáneamente en dos entidades públicas.

QUINTO.- Que consecuencialmente se condene al Departamento del Valle del Cauca representado por la Doctora Clara Luz Roldan González o quien haga sus veces a:

1.- Corregir la Constancia de Tiempo de Servicio N° 1143 de Octubre 28 de 2009 expedida por el Subsecretario de Recursos Humanos de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca y los Formatos de Información Laboral y Salarios 1, 2, y 3, de Enero 9/2010 y Diciembre 11/2009 respectivamente, emanados de dicho Departamento, descontando los 24 días de traslapo y expedirlos nuevamente debidamente corregidos con destino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público –Oficina de Bonos Pensionales-, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S A –Porvenir S A y al demandante Gaudencio Cestagalli Escobar.

2.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 2.2.9.2.2.10 del Decreto 726/2018 como entidad certificadora de la información referenciada en la Certificación N° 1143 de Octubre 28 de 2008 y en los Formatos de Información Laboral y Salarios 1, 2 y 3 de Enero 8/2010 y Diciembre 11/2009 respectivamente, por lo tanto, corregir la información almacenada en el Sistema de Certificación Electrónica de Tiempos Laborados – CETIL, registrando previamente los motivos que originan la corrección.

3.- Pagar actualizada con la rentabilidad producida la cuota parte a su cargo por el periodo que el Señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR laboró para el Departamento del Valle del Cauca, con el fin de constituir el Bono pensional a emitirse por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Cuota parte que le fue solicitada por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S A –PORVENIR S A desde el 6 de Diciembre de 2016. Y, allegar al proceso copia del soporte de liquidación y copia para el demandante.

4.- Pagar los intereses de mora a la tasa efectiva anual -TM 1- como lo prevé el artículo 12 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 3 del Decreto 1474 de 1998 y luego por el artículo 5 del Decreto 1513 de 1998. Intereses que debe sumar a la cuota parte a su cargo desde el 7 de Diciembre de 2018 en que se radico la solicitud de corrección del traslapo. Fecha registrada en respuesta del 8 de Enero de 2019 SADE

450850, por la demora en solucionar el traslapo y pagar la cuota parte a su cargo para la constitución del Bono Pensional del demandante hasta cuando haga efectivo dicho pago. Y, que se allegue al proceso copia de su liquidación con copia para el demandante

SEXTO.- Condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL representado por el DOCTOR FERNANDO RUIZ GÓMEZ o quien haga sus veces, entidad que asumió a la liquidada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, reconocer y pagar actualizada con la rentabilidad producida la cuota parte a su cargo por el período que el Señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR laboró para dicha Caja, con el fin de que se constituya el Bono Pensional a emitirse por parte de la Oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y, se allegue al proceso copia del soporte de liquidación con copia para el demandante.

SEPTIMO.- Condene a la - NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –OFICINA DE BONOS PENSIONALES- REPRESENTADO POR EL DOCTOR ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA o quien haga sus veces, a liquidar y emitir el Bono Pensional a favor del demandante GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, de condiciones civiles ya mencionadas, el que le fue solicitado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S A – PORVENIR S A - , previa corrección del número de semanas para dicho Bono y allegar al proceso copia del soporte de liquidación con copia para el demandante.

OCTAVO.- Condenar en sentencia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S A –PORVENIR S A – REPRESENTADA POR EL DOCTOR MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o quien haga sus veces, NIT 800.144-331-3, a reconocer y pagar a GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR de condiciones civiles ya citadas lo siguiente:

a)- La pensión de invalidez a que tiene derecho, con carácter vitalicio, incluyéndose para su liquidación los aportes a pensión, Bono pensional, rentabilidad y la actualización con el Índice de Precios al Consumidor – IPC- registrado por el DANE. Prestación que debe reconocerse desde el 18 de Junio de 2018, fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 por remisión del artículo 69 de la misma ley.

b) Pensión de invalidez cuya mesada inicial se ha calculado en principio en \$ 1'146.567 mensuales, toda vez que se desconoce la liquidación definitiva y real del Bono Pensional en las condiciones descritas en los hechos de la demanda, razón por la que se solicita se aplique el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política ante un mayor valor de la pensión por la razón expresada y/o la actualización que resulte de los aportes a pensión en Porvenir S A de tomarse para su liquidación los diez últimos años cotizados o toda la vida laboral del demandante, lo que resulte más favorable.

c) El reajuste anual de la mesada pensional conforme lo determina la ley

d) Las mesadas adicionales de Diciembre de cada año

e) El retroactivo pensional desde el 18 de Junio de 2018 hasta cuando se haga efectivo el pago de la primera mesada pensional y las subsiguientes.

f) Los intereses de mora que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1° de Noviembre de 2018 por lo referenciado en el Hecho 34 de la demanda, hasta la fecha de la sentencia y los que se causen con posterioridad.

g) Pagar los Perjuicios Morales que estime el señor juez dentro de los últimos lineamientos descritos en los hechos de la demanda como resultado de la unificación de la jurisprudencia sobre el tema.

NOVENO.- SUBSIDIARIAMENTE: De considerar su Señoría, en gracia de discusión, que el traslapo de 24 días debe descontarse del tiempo que el demandante laboró para CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, mas no del tiempo que trabajó para el Departamento del Valle del Cauca, solicito se defina en sentencia las condiciones en que

quedaría la Constancia del 8 de Mayo de 2014 suscrita por el "Coordinador del Grupo Administrativo de Entidades Liquidadas del Ministerio de Salud y Protección Social" y la Certificación de Tiempo de Servicio y Salarios Formatos 1, 2, y 3 expedidos por dicho Ministerio a nombre de Cajanal. Igualmente indicar a cargo de cuál de las entidades demandadas corresponde cumplir con el registro de corrección en el Cetil, expedir debidamente corregidas las nuevas certificaciones y Formatos 1, 2 y 3 de Tiempo de Servicio y Salarios y realizar las demás obligaciones que de ello se derivan para efectos de definir lo del Bono Pensional a Cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Cómo también, definir de las obligaciones descritas cuáles quedarían a cargo del Departamento del Valle del Cauca, y demás condenas solicitadas para cada una de las demandadas en los numerales que anteceden.

.DECIMO.- Se condene extra y/o ultrapetita.

DECIMO PRIMERO.- Condene en costa a las demandadas.

El demandante obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se condenó al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA a asumir y pagar el bono pensional a que tiene derecho, correspondiente al tiempo que estuvo vinculado con dicha entidad en la SECCIÓN ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO DE SALUD, esto es, del 15 de agosto de 1973 al 31 de marzo de 1974, descontando los 24 días de traslapo o tiempos laborados de manera simultánea como servidor público del 15 de agosto al 7 de septiembre de 1973, arrojando un total tiempos laborados de 29.28 semanas, depositando el valor del bono en la cuenta de ahorro individual que posee el actor en PORVENIR y teniendo en cuenta la normatividad propia de los bonos pensionales en cuanto a actualización y capitalización, asimismo, se condenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a emitir, liquidar y redimir el bono pensional del demandante, por los tiempos de cotización al ISS, esto es 43,57 semanas y los tiempos cotizados correspondientes a CAJANAL, que equivalen a 82.42 semanas tal cual se explicó en el acápite correspondiente, es decir, por un total de 125,99 semanas, se ordenó a PORVENIR que una vez recibido el respectivo bono pensional por parte del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO estudie las variables a aplicar para la pensión de invalidez reconocida al demandante, con el fin de proceder a su reliquidación, se declararon no probadas las excepciones presentadas por el MINISTERIO DE HACIENDA y el DEPARTAMENTO DE VALLE DEL CAUCA, se absolvió a las demás demandadas de las pretensiones incoadas, se condenó en costas al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. **Lo anterior tras**

considerar la a quo, frente a la procedencia de la corrección de la historia laboral, el demandante fungió como empleado público en el periodo que laboró en CAJANAL y en la Secretaría de Salud del Departamento del Valle entre el 15/08/1973 al 07/09/73, según las certificaciones laborales que emitió cada una de las entidades, siendo un trabajo simultáneo, teniendo en cuenta que para el periodo comprendido entre el 17/08/1973 al 07/09/1973 se encontraba gozando de vacaciones otorgadas por CAJANAL y a la vez inició la prestación de sus servicios para el Departamento del Valle del Cauca, como se desprende de la Resolución 1449 y el acta de posesión que para el efecto suscribió el 28/08/1973 con efectos fiscales a partir del 15 de agosto siguiente, entonces, dicha temporalidad, es decir, los 24 días de trabajo que se reportan de manera simultánea como empleado público, no pueden ser tenidos en cuenta en la conformación de la historia laboral a efectos del bono pensional, como quiera que tal situación constituye una transgresión constitucional, ya que en su artículo 64 prescribe que nadie podrá recibir 2 sueldos del Tesoro Público, salvo, para los casos especiales que determine la ley. Advirtió, dicha situación no separaba al actor ni lo desvinculaba de la relación legal y reglamentaria que ostentaba con CAJANAL, más aún cuando por el disfrute de las vacaciones se generó una remuneración por el trabajador por parte del Tesoro Público y a la vez percibió un salario en relación con la vinculación como servidor público de la sección administrativa del Servicio de Salud del Departamento del Valle, de tal manera, mal podría el accionante beneficiarse de su propia culpa.

Frente a los periodos laborados para el Departamento del Valle entre el 15/08/73 al 31/03/74, afirmó, no resulta dable que el despacho ordene la corrección, variación o modificación frente a la certificación por estos tiempos laborados, pues al integrar las certificaciones, no se presenta error alguno en la determinación de los extremos temporales de la relación legal y reglamentaria que ató al actor, resultando viable contabilizar para la conformación de la historia laboral a efectos del bono pensional, las semanas que el demandante laboró para CAJANAL y el Departamento del Valle, con exclusión de los 24 días de traslapo o trabajo simultáneo que efectuó con estas entidades públicas.

Con relación a la expedición del bono pensional tipo A, conforme a lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, el demandante cuenta con 305 días, equivalente a 43,57 semanas válidas para bono pensional cotizados al ISS por tiempo elaborados con empresas de Servicios Públicos de Cali, esto es, entre el 01/04/76 al 31/01/77, según la certificación que emitió la entidad y que indica que los aportes a pensión fueron cotizados al extinto Instituto de Seguros Sociales,

situación que es aceptada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Adicionalmente, por el vínculo con CAJANAL entre el 01/01/72 al 17/09/73, descontando los 24 días de traslapo como los tiempos reportados con interrupción del 17 al 31/07/72 que equivalen a 15 días y del 8 al 17/09/73 para un total de 10 días de licencia, arroja un total de 577 días, equivalente 82,43 semanas cotizadas a CAJANAL. Agregó, con relación al Departamento del Valle del Cauca, cotizó un total de 205 días que corresponden a 29.28 semanas que se generan del vínculo que ató al demandante con dicha entidad pública del 15/08/73 al 31/03/1974 menos los 24 días de traslapo, de tal manera el total de semanas para efectos de bono pensional ascienden a la suma de 155,27 semanas, las que resultan suficientes para que el actor sea beneficiario del reconocimiento y pago del bono pensional tipo A.

Igualmente, informó, como el Departamento del Valle del Cauca, no efectuó los aportes a pensión, como así se registra en el certificado de información laboral emitido por esta demandada vista en la carpeta uno archivo 2 páginas 55 en la que se informa “*no habersele descontado ni habersele realizado aportes a pensión al demandante*”, los mismos deberán ser asumidos por la Gobernación del Valle dado que en el presente asunto no se acreditó la suscripción de un contrato de concurrencia para la ausencia total de la obligación por parte de la Nación, debiendo asumir 29.28 semanas. Asimismo, explicó, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá asumir el bono pensión al que tiene derecho el actor por los tiempos laborados y cotizados al Instituto de Seguros Sociales, esto es, 43,57 semanas y los tiempos relacionados a CAJANAL, que equivalen a 82,42 semanas tal cual, se explicó en el acápite correspondiente, es decir, deberá asumir y pagar el bono pensional a favor del actor por un total de 125,99 semanas.

Finalmente, en cuanto a la pensión de invalidez, ordenó, una vez se acredite el bono pensional en la cuenta del actor con el nuevo saldo, PORVENIR, deberá aplicar el monto para la pensión de invalidez con el fin de reliquidar la prestación si hay lugar a ello.

Sea del caso indicar por esta Corporación, en la audiencia celebrada el día 16 de marzo de 2023 (archivos 57 y 59), el actor y la demandada PORVENIR conciliaron parcialmente lo referente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración, esto es, desde el 18 de junio de 2018, terminándose el proceso en cuanto a la pretensión dirigida al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, retroactivo e intereses moratorios, acuerdo que fue satisfecho por la AFP PORVENIR, toda vez que

el propio actor arrió escrito con radicado 4288000001979296, por medio del cual la AFP le reconoció una pensión de invalidez en cuantía para el año 2023 de \$1.335.202 sobre 1.084 semanas cotizadas, promediando los últimos 10 años y aplicando una tasa de reemplazo del 61,5%, arrojando como retroactivo la suma de \$65.208.677 reconocidos desde junio del 2018 hasta mayo del 2023 (archivo 60).

Pues bien, la Sala abordará el estudio de los recursos de apelación, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum), así mismo, se conoce el presente litigio en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de las demandadas **MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.**

Así las cosas, se analizará si es procedente la orden impuesta por la *a quo* dirigida a la emisión de los bonos pensionales con destino a PORVENIR a cargo del **MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO y el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.**

Entonces, en primer lugar, conviene indicar, 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 trabajadores cuya primera vinculación laboral se inició **antes del 1° de julio de 1992** (modalidad 2), como ocurre en el presente caso, en tanto el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR inició su vida laboral el **1° de enero de 1972** de acuerdo al certificado de información laboral CETIL expedido por CAJANAL, obrante a páginas 44 a 47, archivo 01³.

D. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS (SI falta espacio utilice hoja adicional firmada con el mismo número consecutivo)						
Diligenciar de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el Artículo 3° del Decreto 1513 de 1989.						
25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL		26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. CARGO (ULTIMO)	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)		29. Total de días de Interrupción
DESDE	HASTA			DESDE	HASTA	
DIA MES AÑO	DIA MES AÑO			DIA MES AÑO	DIA MES AÑO	
1	1-Ene-1972	17-Sep-1973	CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL	17-Jul-1972	31-Jul-1972	15
	*****	*****	*****	8-Sep-1973	17-Sep-1973	10
	*****	*****	*****	GRAN TOTAL DIAS INTERRUPCION		25

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 tuvieran 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.

Asociación colombiana de administradores
de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVDRENDONA01

DANIEL RENDON ACEVEDO

2 de Febrero de 2021

[Registrar servicio](#)

Afilados + Personas + Aportantes + Pagos + Entrega HL al RPM + Documentación + Usuarios + Administrador de Tareas +

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 1:50:54 PM
 Afiliado: CC 14970993 GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 14970993							
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	1996-10-01	2004/04/16	PORVENIR			1996-10-02	

Un ítem encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 14970993					
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-10-01	1996-11-22	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un ítem encontrado.

6. “Artículo 3º. VINCULACIONES LABORALES VÁLIDAS. 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:

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” (subrayado fuera del texto), de la misma forma se señaló en el **Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.16.1.3.**⁷ *“Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones”*.

Aunado a lo anterior, el artículo **11 del Decreto 3995 de 2008**, compilado por el artículo **2.2.16.1.14 del Decreto 1833 de 2016**, prevé:

-
- 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.”**

⁷ “ARTÍCULO 2.2.16.1.3. Vinculaciones laborales válidas. Las vinculaciones laborales válidas para efectos del presente título 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:

1.1. 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.

1.2. 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.

1.3. 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.

2. Para establecer la fecha de referencia de los bonos tipo B se tendrán por válidas las vinculaciones con empleadores del sector público que no cotizaban al ISS, las vinculaciones con cotización al ISS y las vinculaciones con el sector privado convalidadas mediante un título pensional a favor del ISS.

PARÁGRAFO 1. En ningún caso se considerarán válidas aquellas vinculaciones laborales que sirvieron de base para el reconocimiento de una pensión, indemnización sustitutiva o para la expedición de un bono pensional vigente. Tampoco se tendrá en cuenta para el cálculo de un bono tipo A, el tiempo de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales efectuadas por un empleador con miras a compartir la pensión con dicho Instituto.

PARÁGRAFO 2. Para efectos de este título siempre que se hable de afiliaciones, cotizaciones o aportes al ISS, se entenderá que son únicamente los relacionados con el seguro de invalidez, vejez y muerte o con el Sistema General de Pensiones de que trata la Ley 100 de 1993. En ningún caso se podrán dejar de utilizar las vinculaciones con cotización al ISS anteriores a la fecha de corte, para realizar el cálculo del bono tipo B.

PARÁGRAFO 3. Para efectos de este título, se tiene como caja o fondo de previsión aquella entidad a la cual el trabajador o el empleador aportaban, tuviera o no personería jurídica diferente a la del empleador.

PARÁGRAFO 4. Se incluyen como válidas para la liquidación de los bonos pensionales las vinculaciones laborales simultáneas en cualquier entidad pública, siempre que no superen los 6 meses de simultaneidad.”

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 790 de 2021)

(Decreto 1748 de 1995, artículo 3, modificado por el Decreto 1474 de 1997, artículo 1 y por el Decreto 1513 de 1998, artículo 3)”. (Negrilla de la Sala).

“Fecha de Corte. En concordancia con lo señalado en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, en cualquier caso, ya se trate de servidores públicos o trabajadores del sector privado, la fecha de corte de los bonos pensionales corresponderá a la de la primera selección de régimen efectuada a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, aunque posteriormente se hayan producido traslados entre los diferentes regímenes.

Para las personas que al 1º de abril de 1994 se encontraban inactivas con el ISS y en vigencia del Sistema General de Pensiones seleccionaron al citado Instituto y con posterioridad se trasladaron al RAIS, se entenderá como fecha de corte de los Bonos A, la fecha de la primera selección de régimen pensional, es decir la afiliación al ISS.

En concordancia con lo señalado en el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997, en aquellos casos en que proceda el traslado del RPM al RAIS y no haya lugar a la emisión de bono pensional, la entidad respectiva deberá efectuar el traslado del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos. “. (Negrilla de la Sala).

A su vez, el decreto ibidem, en el artículo 2.2.16.1.18, reza:

“Traslado de cotizaciones simultáneas a cajas, fondos o entidades de previsión después de la fecha de corte del bono pensional. Los periodos cotizados a las cajas o fondos de previsión o servidos a una entidad pública con posterioridad a la fecha de corte del bono pensional, deberán ser trasladados a la administradora de pensiones responsable del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

El traslado se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado, sin que sumadas las mismas excedan el tope máximo legal de cotización, actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo periodo de las reservas para pensión de vejez del ISS, hoy Colpensiones, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los periodos respectivos.

Este cálculo se realizará conforme con las fórmulas de cálculo para un bono pensional tipo A modalidad 1. (Decreto 1051 de 2014, artículo 4)”.

Asimismo, bueno resulta remitirnos al contenido del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala:

“El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.”. (Negrilla de la Sala).

En acatamiento de lo expuesto y revisado el periplo procesal, encuentra esta Sala de Decisión que el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, prestó servicios en los siguientes periodos, efectuándose las respectivas cotizaciones a través del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y CAJANAL, así

a) **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES:** Entre el **1º de abril de 1976 al 31 de enero de 1977**, fungiendo como empleador EMSIRVA ESP EN LIQUIDACIÓN, según certificado laboral y CETIL que obra a páginas 31 y 33 - 34, archivo 01, **total semanas 43,57.**

b) **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL-:** Entre el **1º de enero de 1972 al 17 de septiembre de 1973**, según certificación laboral y CETIL que obra a páginas 39 a 47, archivo 01, aportes que se realizaron para un total de **82,43** semanas, cifra que no incluye los 24 días de traslapo, así como los tiempos reportados con interrupción del 17 al 31/07/72 que equivalen a 15 días y del 8 al 17/09/73 para un total de 10 días de licencia.

Total, semanas CAJANAL e ISS: 125,99 semanas.

Sentado lo anterior, en punto a los recursos de apelación, debe advertir esta Corporación, que el artículo 3º del Decreto 1748 de 1994, establece en el literal c) cuáles son las vinculaciones laborales válidas, siendo estas: **“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”**, en armonía con el parágrafo del artículo 115 de la Ley 100 de 1993⁸, entonces para el caso del señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, se evidencia que tenía reportadas semanas en CAJANAL hoy UGPP e INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, las cuales ascendieron a **125,99 semanas**, incumpléndose claramente lo estatuido en el artículo 3º en cita, compilado por el Decreto 1833 de 2016 en el artículo 2.2.16.1.3. ya que la norma es clara en establecer que las vinculaciones laborales válidas para el cálculo de los bonos tipo A son todas aquellas con excepción de las que no lleguen a 150 semanas, no siendo procedente la emisión del bono pensional ordenado en primer grado ni acumular las semanas no cotizadas al Departamento del Valle del Cauca para obtener las 150 semanas.

⁸“**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”.

En este punto debe decirse, basta con sumar las semanas y evidenciar que el actor no superó las 150 (cotizadas), no siendo viable acoger la orden impartida por la *a quo*, aunado a que en la sentencia se ordenó en los numerales primero y segundo la emisión de los bonos pensionales, indicándose allí tanto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como el Departamento de Valle del Cauca la orden de asumir y pagar el bono pensional en la forma descrita en la parte resolutive del fallo de primer grado, reconociéndose en consecuencia estos emolumentos de manera parcial.

No obstante lo anterior, si bien al actor no le asiste derecho a la emisión del bono pensional tipo A, lo cierto es que no puede verse afectado y perder las semanas equivalentes a los tiempos laborados ya que se causaría un grave perjuicio a la mesada pensional, siendo pertinente acudir a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 3995 de 2008, anteriormente citado, que dispone que en estos casos se deberá efectuar el **traslado del valor equivalente a las cotizaciones** para pensión de vejez, de modo que, como en el presente asunto no existe prueba en cuanto al valor que representan esas semanas y se vea reflejado en la cuenta de ahorro individual de la AFP PORVENIR a la cual se encuentra afiliado el demandante, **lo procedente es que las codemandadas (UGPP y COLPENSIONES), hagan el traslado internamente a la AFP PORVENIR del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que le asiste al demandante, efectuadas, se repite, a UGPP y COLPENSIONES, con la rentabilidad acumulada durante los respectivos periodos de las reservas para pensión de vejez, de acuerdo a lo establecido en la norma ibidem, por tanto, la UGPP y COLPENSIONES deben ser condenadas en este sentido.**

De esta forma, le asiste razón a la entidad recurrente Ministerio de Hacienda y Crédito Público al observarse que el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR antes del traslado de régimen por medio de PORVENIR tenía **125,99** semanas en CAJANAL hoy UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP e INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS- hoy COLPENSIONES⁹ y no 155,27.

Por otra parte, observa la Sala que el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, tiene servicios laborados a favor del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DEL VALLE** entre el **15 de agosto de 1973 al 31 de marzo de 1974**, según certificado de beneficiario del

⁹ **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.

pasivo prestacional del sector salud, expedido el 10 de noviembre de 2009 y que indica (página 54, archivo 01):

Con lo anterior, es claro que el demandante no tiene semanas cotizadas por parte del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, pero sí tiempos laborados que equivalen a **29,28** *(descontando los 24 días de traslapo que no pueden ser computados al ser producto de una doble asignación del sector público)*, los cuales no pueden desconocerse ya que se vería afectada su prestación económica.

En tal sentido, del certificado electrónico de tiempos laborados CETIL se desprende que el demandante al ser ex funcionario del sector salud al 31 de diciembre de 1993 de la **secretaria Departamental de Salud es beneficiario del pasivo prestacional con derecho al pago de una cuota parte por el tiempo laborado en la secretaria, estando esta cuota parte a cargo del Departamento del Valle del Cauca al no haberse suscrito el contrato de concurrencia para ese entonces.**

En este punto, se precisa, no obstante haberse suprimido el Fondo, la Ley 715 de 2001 mantiene el principio de concurrencia para efectos de la suscripción de los contratos respectivos en los que se acuerden las correspondientes responsabilidades compartidas de la Nación y las entidades territoriales en la atención del pasivo, para lo cual se da continuidad a los procedimientos que se venían aplicando sobre la manera en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, el sistema empleado para su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse.

Puntualmente, el Decreto Reglamentario 306 de 2004 que derogó el Decreto 530 de 1994 (que a su vez había sido modificado por el Decreto 3061 de 1997), reguló el procedimiento general para el reconocimiento y pago del pasivo prestacional del Sector Salud. Posteriormente y siendo la norma actual, se expidió el Decreto 586 del 5 de abril de 2017, con el fin de regular el procedimiento para el cálculo y pago del pasivo pensional del sector salud causado a 31 de diciembre de 1993, del personal certificado como retirado de las instituciones de salud beneficiarias del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, así como la suscripción de los contratos de concurrencia, administración de giros y recursos, entre otros aspectos.

Es importante recordar que para responder por el pago de sus obligaciones pensionales el artículo 30 de Decreto Reglamentario 530 de 1994 ya había determinado la denominación y las características de los títulos de deuda pública interna, entre ellas, la necesidad de incorporar en los mismos *“las obligaciones de hacer pagos de acuerdo con las proyecciones presupuestales y el plan financiero que contenga la forma y los plazos en los que la Nación deberá cumplir con sus aportes”*.

Ahora bien, se informa en la mentada certificación (página 54, archivo 01), *para la fecha en que se solicite la emisión del bono, se incluirá en la actualización anual*

del cálculo del Pasivo Prestacional, el valor correspondiente a las cuotas partes que debe la institución de Salud, respondiendo la Nación y el Departamento del Valle del Cauca, **aclarando esta Sala**, entiéndase por “bono”, el título de la deuda pública que sirve como mecanismo de financiación del pasivo pensional.

En suma, como quedó demostrado que el demandante había sido «retirado del servicio antes del 31 de diciembre de 1993» para esa época no se advierte la celebración de un contrato de concurrencia, no obstante, acorde a la certificación del 10 de noviembre de 2009, obrante a página 54, archivo 01 del expediente digital, expedida por la Gobernación del Departamento del Valle, Secretaria Departamental de Salud, puede inferirse que con posterioridad a 1993 se celebró un contrato de concurrencia entre el Ministerio de Salud y el Departamento del Valle del Cauca, sin que el valor de las cuotas partes del actor se hubiesen incluido en los citados contratos de concurrencia, por lo que es deber de esta codemandada DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA-, **liquidar, emitir y pagar el bono pensional** reclamado hasta tanto no realice el corte de cuentas y celebre contrato de concurrencia con la entidad territorial que corresponda y la Nación, advirtiéndose, se deberá incluir el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que le asisten al demandante con la rentabilidad acumulada durante los respectivos periodos de las reservas para pensión de vejez, el cual deberá ascender a 29,28 semanas.

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 DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, lo que sigue es la revocatoria de los numerales 1º, 2º y 3º, parcialmente el No. 4º en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, condenándose en consecuencia a **COLPENSIONES, UGPP y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, en la forma y términos aquí expuestos, absolviendo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y 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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO** y, **PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida en primera instancia, éste último en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a las codemandadas **COLPENSIONES** y **UGPP**, a efectuar el traslado internamente a la **AFP PORVENIR** del valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que le asisten al demandante con la rentabilidad acumulada durante los respectivos periodos de las reservas para pensión de vejez para un total de 125,99 semanas, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, a liquidar, emitir y pagar el bono pensional reclamado por el señor GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR, una vez realice el corte de cuentas y celebre contrato de concurrencia con la entidad territorial que corresponda y la Nación, incluyendo el valor equivalente a las cotizaciones con la rentabilidad acumulada, el cual deberá ascender a 29,28 semanas, conforme a lo expuesto.

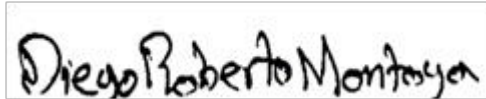
CUARTO: ABSOLVER al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** de las pretensiones incoadas, conforme a lo expuesto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

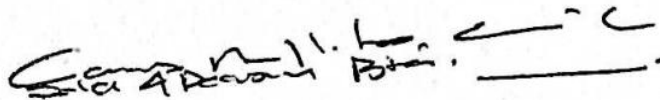
EXP. No 39 2020 00243 01 GAUDENCIO CESTAGALLI ESCOBAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, PORVENIR S.A., UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD y la NACIÓN- DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

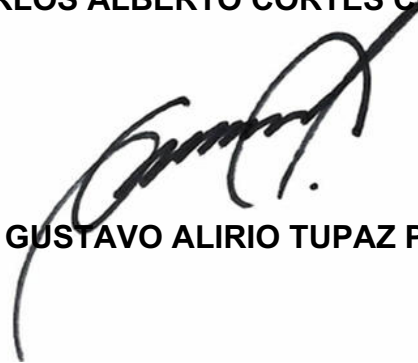
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 SIOMARA RINCÓN SUAREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (RAD. 39 2021 00375 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de noviembre del 2023, en audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams (*Audio archivo 19 récord 24:41*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Declarar aprobada la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de las demandadas Colpensiones, la nación y el Ministerio de Crédito Público.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, absolver a Colpensiones, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones incoadas por la señora Siomara Rincón Suárez.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante, entre los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una de las entidades demandadas.

CUARTO: Consúltese la presente decisión con el superior por resultar adversa a la demandante”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora la apela, solicitando se revoque la sentencia proferida y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda, esto es, se revise la liquidación de la pensión y se determine el monto

de la primera mesada pensional que le corresponde a la demandante, advirtiéndole que en la demanda se vinculó al Ministerio de Hacienda y a Colpensiones debido a que el Banco Central Hipotecario fue liquidado y ambas entidades asumieron sus activos pensionales. (*Audio archivo 19 récord 35:18¹*)

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 SIOMARA RINCÓN SUÁREZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite (Archivo 01 pág. 7), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el libelo demandatorio págs. 7 y 8 ibídem, aspirando se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a Colpensiones a reliquidar la pensión de jubilación a partir del 16 de noviembre del año 2002 teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% del IBL del último año de conformidad con el artículo 94 del reglamento interno de trabajo, junto con los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*.. **Obteniendo sentencia totalmente adversa a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas tras considerar la *a quo* que ninguna de las dos demandadas tenían la legitimación en la causa por pasiva para efectuar tal reliquidación, 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, aduciendo la misma conmutación pensional de carácter temporal, solo es aplicable hasta la fecha en que la actora cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez legal y frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló ninguna injerencia tener en este asunto.**

En esa orientación, debe indicarse, el problema jurídico a resolver en esta instancia será el de establecer si COLPENSIONES y/o la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO están legitimadas para actuar como

¹ **APELACION DEMANDANTE:** Muchas gracias, me permito interponer el recurso de apelación para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se sirva revocar la decisión teniendo en cuenta que dentro de esta demanda se vinculó al Ministerio de Hacienda y a Colpensiones debido a que el Banco Central hipotecario fue liquidado y ambas entidades asumieron los activos pensionales, al Colpensiones asumir la carga de estos pasivos pensionales, pues el Ministerio de Hacienda también debe asumirlos con esa entidad, en ese sentido su señoría se le solicita al honorable tribunal, se sirva revisar la liquidación y determinar el monto de la primera mesada pensional que le corresponde a la demandante debido a que la pensión fue conmutada con Colpensiones, muchas gracias.

demandadas dentro del presente proceso, y de ser así determinar si a la demandante le asiste o no derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Banco Central Hipotecario en virtud del artículo 94 de su Reglamento Interno de Trabajo.

Conforme a lo anterior se tiene que no es objeto de discusión:

- i. La demandante nació el 27 de marzo de 1968 (Archivo 01 pág. 13)
- ii. Mediante comunicación del 15 de noviembre del 2002 el Banco Central Hipotecario le dio por terminada la relación laboral de manera unilateral y le reconoció una pensión extralegal contemplada en el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo así:

El Banco Central Hipotecario en Liquidación le reconocerá la indemnización a que tiene derecho e igualmente la pensión extralegal de que trata el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo, pensión ésta que será liquidada en la forma y condiciones establecidos en este artículo. Esta pensión extralegal será compartida con la de Vejez o de Invalidez que le reconozca el Instituto de Seguros Sociales o el Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada, una vez cumpla los requisitos de dicho Instituto o del Fondo de Pensiones, subsistiendo a partir de esa fecha la obligación para el Banco Central Hipotecario en Liquidación o quien haga sus veces, de reconocerle la diferencia entre las dos pensiones, de existir.~

La pensión extralegal reglamentaria le será reconocida a partir del día siguiente de la fecha de su desvinculación.

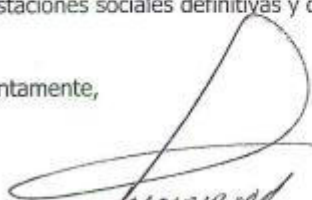
El Banco Central Hipotecario en Liquidación y para efectos de la compartibilidad de la pensión extralegal, continuará cotizando por usted al Instituto de Seguros Sociales o al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte y de su mesada pensional se descontará el 100% de la cotización por Salud, de acuerdo con las disposiciones del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

La pensión extralegal reglamentaria, al momento de su fallecimiento, será transmisible a sus beneficiarios por un tiempo no mayor de diez (10) años, en el mismo orden de prelación contemplado en el artículo 98 del Reglamento Interno de Trabajo.

Como durante toda la vigencia de su relación laboral tanto el Banco como usted estuvieron afiliados y cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, deberá dirigirse a la Empresa Promotora de Salud a la que se encuentre afiliada para la práctica del examen médico de retiro.

Conjuntamente con esta carta se le hace entrega de la liquidación de las prestaciones sociales definitivas y del cheque respectivo.

Atentamente,


CÉSAR HUMBERTO GARCÍA JARAMILLO
Gerente Liquidador

- iii. El ISS aceptó la conmutación pensional para respaldar el pasivo de los pensionados del extinto Banco Central Hipotecario conforme lo señala la Resolución 2837 del 20 de noviembre del 2003 en cuya página 9 obra el nombre de la aquí demandante en el acápite "*pensiones en expectativa de*

compartir con el ISS” numeral 215 (ver carpeta Expediente administrativo archivo 10)

Así las cosas y para resolver la apelación de la demandante, se tiene entonces como lo señaló la Juez *a quo*, pese a que, en efecto, el ISS asumió las obligaciones pensionales que estaban a cargo del Banco Central Hipotecario en Liquidación ello lo fue con ocasión de la conmutación respecto de pensiones que tenían el carácter de temporales, como la reconocida a la demandante.

De este modo, es en virtud de la citada conmutación, que la entidad de seguridad social ISS hoy Colpensiones paga las mesadas de dicha pensión extralegal reconocida a la actora, advirtiendo la Sala el propósito de dicho pago no es más allá que dar cumplimiento al reconocimiento de la prestación pensional otorgada por el BCH a la actora, que como se lee de la misiva de reconocimiento solo será efectiva, hasta la causación de la prestación a la que por ley tendría derecho la accionante y en esa medida no puede entenderse que sea Colpensiones en virtud de dicha conmutación pensional quien debe proceder a reconocer la reliquidación de una pensión voluntaria reconocida por el extinto BCH, pues recuérdese la *“conmutación pensional constituye una forma de novación de las obligaciones pensionales a cargo de un empleador pues mediante el mecanismo de la conmutación pensional, el empleador transfiere un capital a una aseguradora o entidad del sistema de seguridad social para que estas últimas asuman la responsabilidad del pasivo pensional.”*², es decir, Colpensiones solo tiene la responsabilidad jurídica del pago de esta pensión más no de su reliquidación.

Ahora y en cuanto a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA PÚBLICO se tiene que si bien el BCH conforme al artículo 244 del Decreto 663 de 1993³ se constituyó como una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no por ello significa que tal cartera ministerial sea la encargada de responder por las presuntas obligaciones

² CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION CUARTA Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-37-000-2012-00263-01(20586).

3 CAPÍTULO IV

BANCO CENTRAL HIPOTECARIO B.C.H.

ARTÍCULO 244.- Modificado por el art. 49, Ley 795 de 2003. **El nuevo texto es el siguiente:** *Naturaleza Jurídica.* El Banco Central Hipotecario es una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en liquidación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, el régimen del Banco Central Hipotecario será el previsto en el Decreto que ordenó su liquidación, o en las normas que lo modifiquen o adicionen.

adquiridas por el BCH, pues no se acredita dentro del plenario que sea administrador, gestor o pagador de sus derechos pensionales.

Advirtiéndose en este punto el Decreto 20 de 2001 dispuso la disolución y liquidación del Banco Central Hipotecario y mediante la Ley 1105 del 2006 se estableció el procedimiento de la liquidación de las entidades públicas así:

ARTÍCULO 19. El artículo [35](#) del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

ARTÍCULO 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley.

Si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, esta los entregará al Fopep o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complementa.

Pagados los pasivos o cuando los bienes entregados en fiducia sean suficientes para atenderlos, los demás activos que no hayan sido objeto de fiducia, se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o entidad descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen bienes, su producto se entregue al Fopep o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno Nacional.

Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto.

Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley. (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior se ha de entender que debe ser el patrimonio autónomo de remanentes, administrado por las fiduciarias que se hayan contratado para el efecto el encargado de garantizar el pago de todas las obligaciones presentes y futuras que hubiera adquirido la entidad liquidada, sin que del Decreto de liquidación del BCH se advierta que el pago de las obligaciones de la entidad, hubiese sido trasladado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Precisándose, conforme al escrito de contestación aportado por el Ministerio de Hacienda (Archivo 12 expediente digital) existe el “*Contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0356 del 28 de diciembre de 2007, celebrado entre el liquidador del Banco Central Hipotecario y el consorcio de fiduciarias integrado por Fiduciaria La Previsora S.A. y Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A.,*” indicando tal entidad “*que las obligaciones pensionales sobrevinientes a cargo del extinto BCH, corresponden ser atendidas con cargo a los remanentes de su liquidación, por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin*”

Del mismo modo, tampoco se allegó prueba al plenario que las reservas del patrimonio autónomo de remanentes que se creó en virtud de la liquidación del BCH se hubieran extinguido, como para establecer que fuera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el responsable de asumir la reliquidación aquí pretendida en los términos del artículo 137 de la Ley 100 de 1993.⁴

Con todo entonces, para la Sala no existen en el plenario suficientes elementos de convicción que permitan establecer la existencia de una responsabilidad en cabeza de COLPENSIONES y/o de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, lo que constituye en cabeza de las llamadas a juicio, una falta de legitimación en la causa por pasiva, como bien lo señaló la Juez de primer grado, que impide por supuesto adentrarse al estudio de la reliquidación solicitada.

En este orden de ideas y sin más consideraciones, se agota la competencia en esta instancia por el estudio de los argumentos de apelación de la convocante del juicio y habiéndose arribado las mismas conclusiones del *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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,

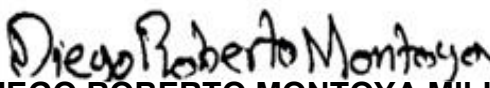
⁴ **ARTÍCULO 137. FALTANTES A CARGO DE LA NACIÓN.** La Nación asumirá el pago de pensiones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales, la Caja Nacional de Previsión y otras cajas o fondos del sector público sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, incluido este último, en cuanto se agotasen las reservas constituidas para el efecto y sólo por el monto de dicho faltante.

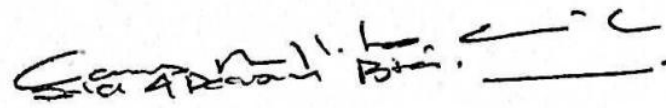
RESUELVE

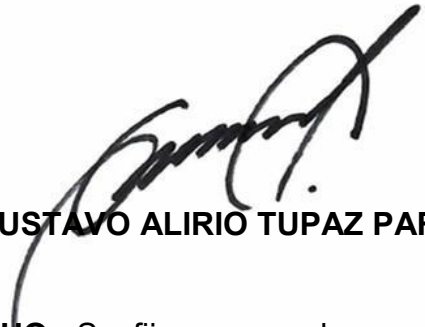
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

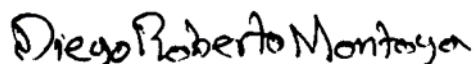
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 \$1.200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas a favor de las demandadas divida en sumas iguales, es decir \$600.000 para cada una de las accionadas, 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 ENRIQUE VARGAS ALCAZÁR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 40 2022 00081 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y el demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 25 de octubre de 2023 (Exp. Digital: audio archivo 33, récord: 2:26:08) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Enrique Vargas Alcázar, identificado con la C.C. 79.151.645, en noviembre de 1994 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, por parte de la administradora de fondos y pensiones horizonte actualmente PORVENIR S.A. de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Enrique Vargas Alcázar ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, de conformidad con lo expuesto en esta decisión.

TERCERO: DECLARAR no probados las excepciones formuladas por las aquí demandadas, conforme con lo señalado.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Enrique Vargas

Alcázar, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo de permanencia en cada una de ellas y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando estos se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez los Fondos de Pensiones aquí demandados trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, Índice Base de Cotización y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir. En su liquidación, inclúyase como agencias en derecho a favor de la parte demandante el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, absolviendo de costas a las demás demandadas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Decisión Laboral, en lo desfavorable a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y en lo que no sea objeto de apelación por esta. ”.

Inconforme con la decisión el demandante presentó recurso de apelación parcial¹, respecto a la condena en costas, argumentando que no se debió absolver por este concepto a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, ya que debió valorarse, la actuación procesal surtida por las convocadas a juicio. Enfatizó,

¹ **Recurso Demandante (récord: 2:28:46, archivo 33):** “Muchas gracias su Señoría, la parte demandante, se encuentra conforme con la sentencia proferida anteriormente, en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 y parcialmente con lo ordenado en el numeral sexto que impuso condena en costas en contra de la AFP PORVENIR S.A., por ello, en este momento entonces interponemos un recurso de apelación parcialmente y únicamente contra el numeral sexto de la parte resolutive que absolvió en costas a la Agencia de AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, por las siguientes razones, tal como lo expuso esta parte en sus alegatos de conclusión, para la procedencia o no de las costas y agencias y en derecho ha de valorarse, la actuación procesal surtida por las convocadas a juicio, absueltas de la siguiente manera, lo que tiene que ver con la AFP PROTECCIÓN S.A., su Señoría, podemos advertir y cómo desde la notificación a la misma, hubo incluso oposición en el momento de la conciliación, de tal manera que si se hubiere querido terminar previamente esta causa, incluso se hubiera podido traer un proyecto de conciliación que si bien no obligaba a porvenir, si mostraba su intención de no oponerse a las pretensiones de la demanda.

Asimismo, podemos ver cómo en la contestación de la demanda, se propusieron sendas excepciones de mérito, que llevaron a su despacho a un estudio previo al momento de la valoración en el momento de proferirse la sentencia. Nótese, también, como en la práctica del interrogatorio de parte fue la AFP PROTECCIÓN S.A., la que totalizó las 20 preguntas, que permite la Ley, incluso casi se nos va a 21 y tenía por objeto básico la confesión, del señor Demandante. ¿Para qué? Pues para qué no se le declarara la ineficacia del traslado a la AFP PORVENIR S.A., ni siquiera a la AFP PROTECCIÓN S.A., es decir, que ese interrogatorio de parte, no fue un interrogatorio de parte indicado, sino con interrogatorio de parte que eventualmente pudo haber llevado este proceso a una absolución total, y ello se ratifica su señoría en los alegatos de conclusión, que fueron certeros y que incluso hicieron un estudio de contextualidad en lo que tiene que ver con la historia laboral del capital ahorrado, el valor de la supuesta mesada pensional, inicialmente que se puede reconocer en la suma de 8'000.000 y las conexidades argumentativas de conclusión que llevó a la apoderada, en lo que tiene que ver a atar la contestación de la demanda con el mismo interrogatorio de parte. ¿Con qué objetivo? Pues con el objetivo de que se absolviera nuevamente de la ineficacia del otro lado, de tal manera que no podría llegar a concluirse que, porque no participó en traslado de 1994, entonces toda sugestión procesal no tuvo ninguna incidencia, porque por el contrario. Muchas gracias “.

la AFP PROTECCIÓN se opuso a la conciliación, así como en la contestación de la demanda propuso sendas excepciones de mérito, que llevaron al despacho a un estudio previo al momento de la valoración en el momento de proferirse la sentencia, igualmente, formuló en el interrogatorio de parte las preguntas con el fin de obtener una absolución.

Por su parte, PORVENIR atacó la sentencia de manera parcial², oponiéndose a la condena impuesta en el numeral cuarto, relacionado con el retorno del porcentaje que fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos. Relató, dicha AFP nunca administró los recursos que ahora se le obligan retornar, por el contrario, fueron destinados a un tercero, quién fue quien los guardó en ese sentido, pues el fondo en ningún momento se benefició o se lucró de los mismos y las sanciones o condenas impuestas se hacen a título de sanción.

En segundo lugar, esgrimió, nada le puede sobrevivir a este negocio que se está declarando ineficaz, el dejar esos valores que fueron descontados de las cotizaciones del demandante en el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sería como dejar o hacer que unos efectos propios de este negocio sobrevivieran a la declaratoria de ineficacia.

Por último, aclaró, el demandante al ser retornado al Régimen de Prima Media, ya no tendría que hacer uso de este fondo ni se vería beneficiado al tener que

² **Recurso PORVENIR S.A. (récord: 2:33:40, archivo 33):** “Gracias su Señoría Porvenir presenta recurso de apelación, en el alcance de la impugnación es parcial y es en contra del numeral cuarto, en cuanto le ordena a mi representada a retornar el porcentaje que fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos y lo sustento de la siguiente forma.

En primer lugar, pues Porvenir, nunca administró estos recursos, que ahora se le obligan retornar, por el contrario, pues fueron destinados a un tercero, quien fue quien los guardó en ese sentido, pues mi representada en ningún momento se benefició, se lucró de los mismos y las sanciones impuestas o las condenas impuestas en este fallo se hacen a título de sanción, pues mi representada jamás se lucró de estos valores, por lo que no habría lugar a que los retornará con cargo a sus propios recursos.

En segundo lugar, pues si entendemos que nada le puede sobrevivir a este negocio que se está declarando ineficaz, el dejar esos valores que fueron descontados de las cotizaciones del demandante en el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues sería tanto como dejar o hacer que unos efectos propios de este negocio le sobrevivieran a la declaratoria de ineficacia.

Y por último, pues el demandante, al ser retornado al Régimen de Prima Media, ya no tendría que hacer uso de este fondo ni se vería beneficiado o eventualmente este fondo que le llegaré a reconocer una pensión de garantía mínima, por lo que no habría lugar a que los porcentajes que se descontaron de sus cotizaciones permanecieran en este fondo, por lo cual le solicitaría al Tribunal que revocara esta orden y, por el contrario, permitiera que mi representada, al momento de retornar estos valores, lo hiciera, pues con cargo a lo descontado de las propias cotizaciones del demandante. De esa forma dejó sustentado me recurso, muchas gracias.”

reconocerse una pensión de garantía mínima, por lo que no habría lugar a que los porcentajes que se descontaron de sus cotizaciones permanecieran en la AFP.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 2 a 3, del archivo 5 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 7, ibidem*), aspirando:

1. DECLARATIVAS

- 1.1 Se declare la INEFICACIA de la afiliación y el traslado del señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la omisión de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. del deber de información.
- 1.2 Se DECLARE LA INEFICACIA de la afiliación y del traslado del señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR, entre sociedades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, eso es, de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. por la omisión en la información por parte de las dos (02) administradoras privadas de pensiones para brindar la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y/o permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
- 1.3 Se declare que los traslados de Régimen, y, entre los Fondos de Pensiones, respectivamente, obedecieron a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe en contra del señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR.
- 1.4 Se declare que la afiliación del señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR al régimen de prima media con prestación definida, administrada por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, ahora ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES, COLPENSIONES, en virtud de la ineficacia del traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales.
- 1.5 Se declare que las AFP, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. deben trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", la totalidad de los aportes, rendimientos, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados por el señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. CONDENATORIAS

- 2.1 Se ORDENE el TRASLADO y la afiliación a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", como administradora del régimen de prima media con prestación definida, y

por ello, a inscribir, sin solución de continuidad, la afiliación del señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR, como si nunca se hubiere ido del mismo.

2.2 Se condene a las AFP, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados por el señor ENRIQUE VARGAS ALCAZAR durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2.3 Que se condene extra y ultra petita.

2.4 Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR, ordenando a las AFP PROVENIR y PROTECCIÓN a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante y eventualmente junto con el bono pensional, comisiones y los rendimientos, de igual modo devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguro provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, precisando que al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizados de los ciclos, IBC que es el índice base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique. **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 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de febrero de 1961 (Página 124, Archivo 04 del 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 27 de noviembre del 2021 (Páginas 76 y 77, Archivo 04 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 1994⁴, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema **395,14⁵** semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 14 expediente digital, pág. 47*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado

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”.

5

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
3098	442.57	0	0.00	332	47.43	3767	538.14	0	0.00	576	82.29
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 2766		SEMANAS: 395.14		DIAS: 3191		SEMANAS: 455.86					
El número de semanas se calculó con días calendario											

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006113800	CENTRO AUTOMOTOR DIE	26/08/1986	23/06/1991	\$590.010	251,86	0,00	0,00	251,86
1006107460	DISTRIB.NISSAN S.A.	03/07/1991	30/11/1994	\$1.853.500	178,14	0,00	0,00	178,14
1003803093	TALLERES AUTORIZADOS	04/05/1993	30/11/1994	\$1.209.100	82,29	0,00	82,29	0,00
79151645	ENRIQUE VARGAS ALCAZ	01/09/1996	28/02/1997	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00

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** (págs. 44, archivo 14 y 89 archivo 11 del 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*⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

«(...)

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

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

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

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

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo

⁶ 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 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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁸, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los visitó el asesor de Horizonte, expresándole que el ISS iba a dejar de existir por su crisis económica y por ende

⁸ **Interrogatorio Demandante, récord 56:27. Archivo 33:** “desde el área de recursos humanos nos hablaron sobre la existencia de fondos privados, nos visitaron e hicieron y nos vincularon a Horizonte en este momento, la reunión fue grupal la primera parte al equipo gerencial, yo trabajaba como Gerente General para una Distribuidora, yo no hice preguntas relevantes, nos decían que iba a existir altos rendimientos, no recuerdo haber hecho preguntas, estaba claro que ofrecían rendimientos eso era lo único, digamos que nos hicieron saber que habían mejores condiciones, eran condiciones comerciales, los extractos no llegan, los consulto con el ingreso al aplicativo, que yo recuerde no he recibido llamadas del ISS ni en el momento de traslado, quiero retornar por las condiciones, nos ofrecieron algo que no es, lo que primó era el riesgo de perder lo que teníamos acumulado, ese era el beneficio, lo que sí es una realidad es que las personas que han cotizado y no se compadece la mesada, los fondos no me dijeron sobre la mesada pero si dijeron que se perderían los aportes, no hablaron sobre aportes voluntarios, parte del gancho era que las AFP cogerían los aportes, no me hablaron de bono pensional, no tengo el valor exacto de la mesada, el ISS fue liquidado y me entre más adelante no en ese momento”.

era probable que sus aportes se perdieran, de modo que afiliándose al fondo privado protegería sus cotizaciones, sin recibir otra clase de información.

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, aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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.

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 89, archivo 11), 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus

potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Como se ve, ya para el año **1994**, cuando se produjo el 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 HORIZONTE hoy PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**10 de noviembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1º de diciembre 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, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus comisiones, rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹ 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 utilidades¹⁰, y cuyos 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, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones el numeral cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar todo lo ordenado debidamente indexado.

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

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

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 adocrinó 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 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)

Precisando, respecto de la devolución de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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 (...)».*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 58, Archivo 13 expediente digital)¹¹ basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 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 todas las codemandadas, lo atinente a derecho es que todas sean condenadas en costas, incluyendo a **PROTECCIÓN y COLPENSIONES**, por lo que se adicionará el numeral sexto en tal sentido.

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,

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 31 de julio de 2023 (Archivo 13 expediente digital).

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

RESUELVE

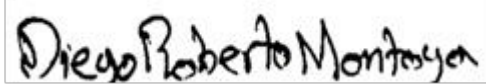
PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** al pago de costas a las codemandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado**, conforme a lo considerado.

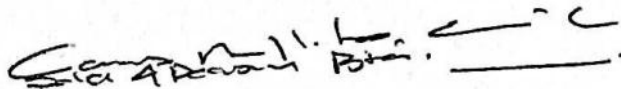
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

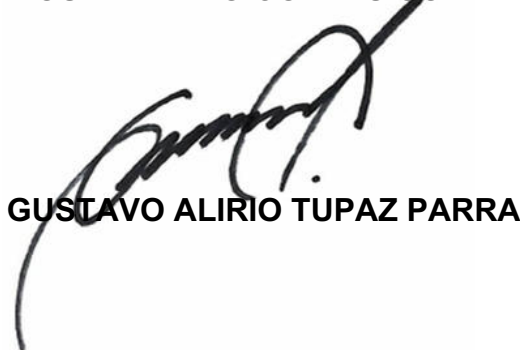
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 JUAN MANUEL SAÉNZ DE BRIGARD CONTRA LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA, MARIA DEL CARMEN GUERRA VILLAMIZAR y JOAQUIN HERNANDO GUERRA VILLAMIZAR. (RAD. 04 2019 00799 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 4º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 13 de marzo de 2023 (archivo 33 del expediente digital, récord: 18:21), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA, MARIA DEL CARMEN GUERRA VILLAMIZAR y JOAQUIN GUERRA VILLAMIZAR de todas las pretensiones formuladas en su contra por JUAN MANUEL SAÉNZ DE BRIGARD.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de cada uno de los demandados. Fijese como agencias en derecho la suma de 1/2 smlmv a favor de cada uno de los demandados.

TERCERO: Conceder el grado jurisdiccional de CONSULTA en el evento en que no se formule recurso de apelación contra esta decisión.”.

Inconforme con la decisión el demandante, quien actúa en nombre propio, interpuso recurso de apelación¹, manifestando, la providencia incurre en error de apreciación de la prueba ya que no se tuvo en cuenta que todas esas sumas de dinero no corresponden a los porcentajes de éxito que se pactaron, sino que corresponden a otras ofertas comerciales que también se presentaron y que los demandados aceptaron tal y como se discutió y aclaró oportunamente en el interrogatorio parte.

Adicionalmente, adujo, el despacho no tuvo en cuenta que las demandadas Leonor Villamizar de Guerra y María del Carmen, no contestaron la demanda y que la única persona que contestó la reforma a la demanda fue la señora Leonor Villamizar de Guerra, entonces, no se puede tener en cuenta los medios de prueba ni las alegaciones esgrimidas porque no se defendieron oportunamente, como lo preceptúa la ley procesal y la ley laboral.

¹**Recurso Demandante (récord: 19:03, archivo 33):** “Sí, desde luego su señoría voy a formular o formuló recurso de apelación en contra de la providencia por usted proferida, por las siguientes razones:

El primer cargo es que, la providencia que usted profiere, incurre en error de apreciación de la prueba. En primer lugar, usted o su señoría no tuvo en cuenta que todas esas sumas de dinero no corresponden a los porcentajes de éxito que se pactaron, sino que corresponden a otras ofertas comerciales que también se presentaron y que los demandados aceptaron tal y como se le discutió y se le aclaró oportunamente en el interrogatorio parte, que usted le realizó, adicional a eso, el despacho no tiene en cuenta que las demandadas Leonor y María del Carmen, no contestaron la demanda y que la única persona que contestó la demanda, la reforma a la demanda fue la señora Leonor. Entonces, aquí no se puede tener en cuenta ni los medios de prueba, ni las alegaciones por ellos esgrimidas porque no se defendieron oportunamente y como lo preceptúa la ley procesal y la ley laboral.

Adicional a eso, se le manifestó al señor juez que la demanda se presentó con los porcentajes reducidos, ahora no se entiende cómo es posible que si la señora Leonor, que era la única demandada, en el proceso de rendición de cuentas y se le ahorró una suma de dinero de \$900'000.000 de pesos, usted saque un porcentaje del 10% que termine siendo \$2'000.000 de pesos, o sea, la liquidación, no solamente no corresponde la aritmética, las reglas de aritmética, sino que desconoce completamente el rigor jurídico que se requiere para hacer un análisis de este contenido.

Por lo tanto, formuló recurso de apelación y le ruego que lo conceda en el efecto suspensivo y le ruego a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, que admitan el recurso de apelación y le den el correspondiente trámite y revoquen la decisión proferida por ese despacho, por un error trascendente en la apreciación de la prueba.”.

Adicional a eso, esgrimió, la demanda se presentó con los porcentajes reducidos, por lo que no se entiende cómo es posible que si la señora Leonor Villamizar de Guerra, que era la única demandada en el proceso de rendición de cuentas y se le ahorró una suma de \$900'000.000, se obtenga un porcentaje del 10% que equivale a \$2.000.000, es decir, la liquidación no corresponde a las reglas de la aritmética, y desconoce completamente el rigor jurídico que se requiere para hacer un análisis de este contenido.

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 JUAN MANUEL SAÉNZ DE BRIGARD dentro de este ordinario las pretensiones relacionadas a páginas 11 y 12 de la reforma a la demanda, archivo 18 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados a páginas 7 a 11, ibidem, solicitando:

Primera.- Que se declare que entre el abogado Juan Manuel Sáenz de Brigard y Los señores Leonor Del Perpetuo Socorro Villamizar De Guerra, María del Carmen y Joaquín Hernando Guerra Villamizar existe un contrato de prestación de servicios jurídicos derivado de la aceptación de la oferta comercial comunicada por correo electrónico el día 18 de septiembre de 2014 y aceptada mediante el otorgamiento de poderes y el pago de honorarios.

Segunda.- Que se declare que los señores Leonor Del Perpetuo Socorro Villamizar De Guerra, María del Carmen y Joaquín Hernando Guerra Villamizar aceptaron pagar al demandante honorarios que contienen dos componentes, una suma fija de veinticinco millones de pesos (\$ 25 000 000 COP) más un componente denominado porcentaje de éxito de la siguiente manera:

Para el Proceso Ejecutivo tramitado bajo el expediente 2008-026 en el Juzgado 3^{ro} Civil del Circuito de Sincelejo del cinco **(5%)**;

Para el Proceso de Rendición de cuentas tramitado bajo el expediente 2013-136 en el Juzgado 3^{ro} Civil del Circuito de Sincelejo del diez por ciento **(10%)** y,

Para el proceso de sucesión del causante JOAQUÍN ALFREDO GUERRA TULENA (Q.E.P.D.) tramitado bajo el expediente 2017 - 504 en el Juzgado Segundo de Familia de Sincelejo del siete por ciento **(7%)**.

Tercera.- Que se declare que los señores Leonor Del Perpetuo Socorro Villamizar De Guerra, María del Carmen y Joaquín Hernando Guerra Villamizar adeudan al demandante la suma **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (348 640 423 COP)** por concepto de honorarios a título de porcentaje de éxito o cuota Litis pactada en la oferta de servicios jurídicos del **18 de septiembre de 2014.**

Principales Condenatorias



Cuarta.- Que se condene a los señores Leonor Del Perpetuo Socorro Villamizar De Guerra, María del Carmen y Joaquín Hernando Guerra Villamizar a pagar al demandante la suma **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (348 640 423 COP)**, Más la respectiva indexación desde el día **25 de JULIO de 2018** fecha en que se aprobó la adición a la partición en el Juzgado 2 de Familia de Sincelejo y terminó la actividad jurídica contratada hasta el día en que efectivamente se realice el pago.

Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a los demandados **LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA, MARIA DEL CARMEN GUERRA VILLAMIZAR y JOAQUIN HERNANDO GUERRA VILLAMIZAR** de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del Doctor Juan Manuel Saénz de Brigard y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el a quo**, si bien las partes no suscribieron un contrato de prestación de servicios, el demandante remitió una oferta de servicios a la cual se le incluyó un valor fijo y un porcentaje de éxito conforme al correo electrónico aportado y al día siguiente fue aceptada la propuesta por la señora LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA y demás codemandados, siendo posible colegir que se pactó la suma de 25 millones fijos, los cuales se pagaron en su totalidad, además con el fin de establecer las gestiones realizadas, verificó que las actuaciones surtidas por el profesional - demandante se concreta en 6 memoriales siendo el apoderado principal la Abogada Maira Alejandra Rozo Cruz, además existen 2 abonos por parte de los demandados que asciende a \$49.000.000 dentro de los procesos que pretende el actor sea remunerado, no habiendo lugar a fulminar condena alguna.

Con el fin de resolver el asunto, en primer lugar, recuerda la Sala, que el contrato de prestación de servicios se perfecciona con la simple manifestación del consentimiento de las partes y, por tanto, puede pactarse verbalmente o por escrito. En esa medida, como quiera que, en el presente caso, se reclama el pago de honorarios por la prestación de servicios profesionales de abogado a través de un mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

«El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario».

Y el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

«El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez».

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino, además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

En ese sentido, procede el despacho a verificar las pruebas recaudadas en el plenario, evidenciando al efecto:

Archivo 01

- Páginas 15 a 19, Oferta de servicios del 18 de septiembre de 2014.
- Páginas 20 a 33, fallo proferido por el Juzgado 3º Civil Oral del Circuito de Sincelejo del 13 de marzo de 2019.
- Páginas 34 a 36, propuesta de avalúos por parte de la Arquitecta Beatriz Barrios Arrázola.
- Páginas 37 a 71, informe se avalúo catastral.
- Páginas 139 a 142, pantallazo WhatsApp, por medio del cual se informa:

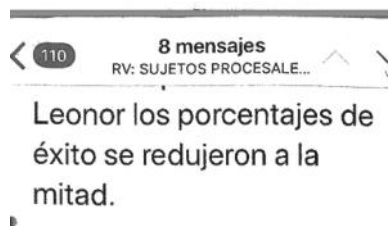
• Estimados Leonor, Maria y Joaquín

Conforme a la obervación

- realizada por la señora Leonor, es muy oportuno aclarar que la firma tambien representará los intereses de los herederos

en el Juzgado 3 Civil de
Circuito de Sincelejo. Por
lo tanto tambien

- necesitaremos que nos
den poder especial para
representarlos.
- Finalmente y conforme a lo
solicitado por la señora
Leonor los porcentajes de
éxito se redujeron a la
mitad.



Leonor los porcentajes de
éxito se redujeron a la
mitad.

- Página 143, Comprobante de egreso por valor de 25 millones de fecha diciembre de 2013 y marzo de 2014, recibido por ALEJANDRA ROZO CRUZ, por concepto de cancelación de honorarios fijos de Abogado por procesos judiciales, procesos de sucesión, ejecutivo, rendición de cuentas.
- Página 144, comprobante de egreso de fecha junio 20 de 2019, por medio del cual se efectúa el pago de \$20.000.000 a la señora Mayra Rozo y Juan Manuel Sáenz por concepto de honorarios de éxito de derechos herenciales adjudicados en el proceso de sucesión.
- Páginas 150. Poder de sustitución otorgado por Mayra Alejandra Rozo Cruz a Juan Manuel Sáenz de Brigard dentro del proceso de rendición de cuentas 2013-0136.
- Páginas 152 a 156, memorial suscrito por el actor con el fin de solicitar impulso procesal dentro del proceso 2013-0136.
- Páginas 180 a 186. Memorial suscrito por Mayra Alejandra de inventarios y Avalúos dentro del proceso de rendición de cuentas.

Archivo 05

- Páginas 30, comprobante de egreso por valor de \$4.000.000 de fecha 19 de marzo de 2019, pagados al aquí demandante, por concepto de honorarios porcentaje de éxito del 4% de los derechos herenciales adjudicados en el proceso de sucesión. Igualmente, obra comprobante de pago por valor de \$5.000.000 donde involucra el proceso de sucesión y procesos laborales de Sincelejo.
- **Archivo 14**, proceso aportado por la parte actora referente a la lesión enorme instaurada que cursó en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Sincelejo No. 2010 – 0026 y que comprende 2.993 páginas.

Archivo 14.

- Página 242, Poder de sustitución por medio del cual la Abogada Mayra Rozo le sustituye el poder al aquí demandante dentro del proceso Ejecutivo No. 2010 – 0026 que cursó en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Sincelejo de Sucre.
- Página 383, Poder otorgado a Juan Manuel Sáenz de Brigard y Mayra Rozo, dentro del proceso 2008-00548 que cursó en el Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Sincelejo por parte de las demandadas LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA, MARIA DEL CARMEN GUERRA VILLAMIZAR.
- Páginas 484. Memorial suscrito por el actor dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión con el fin de solicitar el levantamiento de medidas cautelares.
- Páginas 485 a 487, Memorial suscrito por el actor dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión con el fin de solicitar la perentoriedad de términos.
- Páginas 520 a 526, Memorial suscrito por Mayra Rozo dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión, recurso de reposición y en subsidio apelación.

- Páginas 530 a 532, memorial descorre traslado recurso suscrito por el actor. dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión.
- Páginas 593, suscrito por Mayra Rozo aceptando el cargo de partidor dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión.

En audiencia celebrada 27 de enero de 2023, se recaudó el testimonio de la señora **MAYRA ALEJANDRA ROZO CRUZ** (récord 00:22, archivo 28): “ quien expuso: *“Soy Abogada, tengo una relación con Juan Manuel, el presenta una oferta de servicios y él me busca y luego tomamos la decisión de llevar el proceso juntos, iniciamos en diciembre de 2013, todos los procesos iniciaron ene l 2014, yo no hice ningún tipo de actuación en la sucesión ya que estaba activo, fue un ejecutivo por lesión y rendición de cuentas, viajé a Sincelejo e hice poderes, viajé y revisé el estado de los procesos en el juzgado promiscuo de familia de Sincelejo y estaba cerrado, entonces o es que no tuviera una actuación sino que el juzgado tuvo cambios, radiqué poderes en el ejecutivo y rendición de cuentas, y en el de sucesión los poderes no quedaron pero tengo el recibido de cada juzgado, el juzgado de familia no me reconoció personería porque Juan Manuel no había firmado, Juan Manuel estaba en Inglaterra y por eso me dieron nuevo poder, el enemigo era el Abogado de la contraparte y presentamos en el proceso de rendición de cuentas alegatos, el abogado de la señora Leonor era totalmente diferente a los que alegamos, nosotros le cambiamos al vía al proceso, dentro del proceso ejecutivo el proceso estaba al punto de rematarse el inmueble de la casa de la señora Leonor, la contraparte también interpuso tutelas, el proceso se detiene por la tutela que presentamos y que se aportaron, en el ejecutivo embargaron un inmueble que estaba a nombre de Joaquín y María y solicitamos que eliminara ese embargo porque no estaba en cabeza de Leonor, se canceló la medida y quedaron por fuera, solo quedó dentro del proceso el apartamento de la señora Leonor, también el juzgado de familia tuvo un cambio de colaborador y tuvo un cierre prolongado, el Doctor Manuel que era el apoderado de la contraparte inicia una guerra con la señora y la obliga a firmar la cesión de un pago de tenía que hacer la señora Leonor, el Abogado se vuelve el dueño en el proceso ejecutivo, él empieza un sinnúmero de procesos y era el amigo del juzgado 2 Civil del Circuito, yo fui con los viáticos que me pagaba la familia Guerra y cada vez que iba hablaba con el secretaria y me mamaba gallo, yo creo que para el 2015 en diciembre fui la*

última vez y logre hablar con el juez nuevo porque al otro lo habían destituido, le comuniqué esto a la señora María y ella se reunió con el Juez para que sacara el proceso del despacho y así duró unos 2 años, el abogado le declaró la guerra e inicia un proceso para vender los bienes de las niñas, el proceso evolucionó y llegó a la audiencia de inventarios y avalúos y en el afán de presentarnos a la audiencia se allegan los avalúos, por estrategia con Juan Manuel se dejó que yo era abogado de Joaquín y el de las otras 2, ellos aceptaron y no aportaron avalúos, se decretó el remate de los inmuebles e hice la gestión y el Abogado Manuel Pérez ejerce un disciplinario que duró 7 meses, me absolvieron, la sucesión terminó en una partición compartida, se sostuvieron varias conversaciones y por eso se hizo avalúos y se necesitaba saber cuánto valían los inmuebles, se firmaron acuerdos con Giovanna y Manuel, se enviaron correos electrónicos en los que dan la orden y al actualización para que se actualice, fuimos a varias reuniones, llegamos a un acuerdo después de 3 conversaciones, se hizo la partición, teníamos los avalúos pero se hizo por temas comerciales, se sentó a Manuel Pérez era un nivel de corrupción que nos tocó llegar a un acuerdo, se nombraron los valores de las fincas y se hizo la partición, la partición se hizo entre Garay y yo, pero yo fui la que hice todo, la Juez la revisé todo, la señora Leonor entra por porción conyugal pero ella quiso firmar, se hizo la partición y regresé a Sincelejo como una o dos veces y se solicitó una suma fija, hubo una audiencia en el Tribunal, salió sentencia escrita, y se aceptó que la señora Leonor no estaba obligada a aceptar la rendición de cuentas. Yo recibí el 31 de marzo \$12.500.000 por parte de Joaquín, pese a que existan dos recibos recibí los 12.500, las siguientes sumas fueron \$18.000.000 entre finales de 2017 y 2018 por los 4 procesos laborales, se llegó a un acuerdo con Joaquín, fueron 15 millones por el proceso y la querrela, luego medio 4 millones de porcentaje de éxito, y un abono de \$20.000.000, para el proceso que hablamos si recibí 24 millones y 25 millones que era la suma fija que se había hablado, se puede hacer el avalúo catastral para no causar un detrimento patrimonial de las personas, deben ser con el avalúo comercial, se pagaron dineros por concepto del dependiente judicial en el proceso 2013- 00136”.

Por su parte al absolver interrogatorio los demandados, manifestaron:

LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA, récord 57:01, archivo 29: *“El pasó la propuesta y hable con mis hijos y nos pareció alto, al otro día, él redujo sus honorarios a la mitad, yo no le he pagado directamente los dineros”.*

MARIA DEL CARMEN GUERRA VILLAMIZAR, récord 25:54, archivo 29: *“Nosotros recibimos un correo el 18 de septiembre de 2014 una oferta de servicios y hablaba sobre honorarios de cada proceso, se tuvo una conversación con mi mamá porque estaba en Inglaterra, el habló con mi mamá y ella le dijo que estaban muy altos esos honorarios, al día siguiente, 19 de septiembre de 2014 el señor Manuel contestó diciendo que los porcentaje se habían reducido al 50% de lo que había indicado primero, eso fue con unas horas de diferencia, él tiene proceso ejecutivo por %\$rendición 10% y sucesión 7%, él en esta demanda pretende el 100% sin reducir el 50%, así fue que se aceptó la propuesta, en un correo ellos obrando de buena fe aceptamos que sería del 50%, se pagó el monto fijo de 25 millones y eso no lo ha querido incluir, se le han pagado \$119.000.000 millones, la diferencia es porque tocó pagar 230 mil mensuales un dependiente judicial, el demandante asumió el proceso una vez se emitió el poder, en efectivo fueron \$129 millones, yo no pagué dineros directamente fue mi hermano porque yo estaba e Sincelejo”.*

JOAQUIN HERNANDO GUERRA VILLAMIZAR, récord 33:29, archivo 29: *“Yo le pagué dinero a él, hay recibidos del 2014 al 2019 y en total son 119 millones, adicional hay pagos del dependiente de 230 mensuales, los recibos se elaboraban porque 1 o 2 veces vino el doctor Manuel y luego Maira, eso fue cerca en el 2013 cuando hablamos y revisamos papeles, se pagó como millón y medio por revisar documentos y mirar si se tomaba o no el caso, en diciembre de 2013 se habló pero era para revisión, en septiembre 18 de 2014 se remitió la oferta, se leyó con todos los implicados y esos valores fueron modificados según correo del 19 de septiembre, pagué las sumas para realizar las actividades, una vez se hizo la transferencia en Bancolombia y adicional se pagó en efectivo, para la fecha que hablamos le transfirió un cheque por 12,5 millones y luego en el 2014 se le hizo otro pago, se demostraron los 25 millones, el 26 de septiembre de 2017 se comunicó una oferta sobre los procesos que cursaban en Sincelejo, esos fueron laborales, le envié un descuento para llevar procesos fueron 20 millones, yo acepté esa oferta y se canceló por los procesos de la demanda laboral, hubo otra oferta*

para iniciar acciones ante lo contencioso administrativo pero esa oferta no se aceptó porque se presentó una querella y no se avanzó ni se hizo nada, fue un lote que esta invadido, se pagan los viáticos y no se encuentran dentro de los 128 millones, esos dineros se han pagado aparte”.

Finalmente, el demandante, expresó, récord 59:00, archivo 29: *“Como lo puse de presente los honorarios tenían una suma fija y el porcentaje de éxito, la suma fija era dentro de los 3 procesos ejecutivo, sucesión y rendición de cuentas de 25 millones de pesos más la cuota éxito que depuré por cada proceso, la oferta decía el ejecutivo 5%, rendición 10% y sucesión 7%, se hizo así porque la señora Leonor tuvo un proceso en el que le declararon la nulidad de la separación de bienes, en el 2018 Leonor y su cónyuge disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal, eso fue demandado por una hijas extramatrimoniales del cónyuge, la señora Villamizar debía liquidar al sociedad,, para abordar el proceso iban ingresar otros bienes y se debía decidir si la señora Leonor optaría por porción conyugal, las hijas extramatrimoniales contrataron un abogado y se decretó la lesión enorme, pero había un proceso en Sincelejo y cobraron 400 millones por solo costas, a la sucesión ingresaron nuevos bienes y se debía hacer una nueva partición, yo llegué al proceso en el 2014 así, en Sincelejo había muchos actos de corrupción, se fallaba siempre a favor de las hijas extramatrimoniales, escondían el proceso, se nombró un perito de las fincas y enfrentamos esa mafia, en el primer proceso, el resultado de mi acción es que terminó de común acuerdo, se llegó a un entendimiento dentro del proceso que fue trasladado al Juzgado 2º de Familia, se hicieron avalúos comerciales, se contrató una evaluadora, el acuerdo fue que se nombraran partidores, la Juez tomó la decisión y le dijo a la señora Leonor que aceptará la porción conyugal, se metió como hija para que las hijas no tuvieran desacuerdo, esa misma juez sugirió que no pusieran los avalúos comerciales, yo me opuse porque es una defraudación, la partición se hizo de común acuerdo, el beneficio fue que se terminó el proceso, la partición fue el total fueron \$2.203.000.000 millones, cada hijuela fue de \$341.000.000 millones, ellos acordaron o aceptaron la partición, la realidad patrimonial es diferente a la adscrita, ese valor se puso en la partición, quien actuó fue la Abogada Maira, hay un deber constitucional y no puedo defraudar al cliente, esa información se dialogó en privado, yo no podía denunciar eso, yo hice la solicitud para la DIAN y usted la rechazó, ellos se beneficiaron, el existo es lo que realmente es, comercialmente el*

patrimonio tiene un valor diferente, yo no fui partidario, los porcentajes que cobré están en la demanda y ya están reducidos, en el archivo 20, página 21, el servicio se ofreció como Juan Manuel Sáenz, la Abogada Alejandra estaba autorizada para recibir pagos, obran recibos de pagos de diciembre de 2013 y marzo de 2014, se pagan la suma de 25 millones, como lo explicó Joaquín se hizo dos pagos en diciembre de 2014 por medio de un cheque por 12 millones y el restante se hizo en efectivo por eso está el valor de la suma fija, el pago se hizo, yo lo recibí la suma fue mía, eso se recibió, hay pagos a Alejandra Roza, esta al firma de Alejandra, si la firma de ella está ahí fue porque ella los recibió, las gestiones que efectué en el ejecutivo como ya había una cifra condenada se negoció con la parte demandante para que las suma son fueran cobradas, yo incluí el pasivo de Leonor como un pasivo para que los 4 herederos respondieran, en la sucesión en el 2015 se radicaron los alegatos de conclusión porque iba en eso, ellos me dieron poder y presentamos alegatos, todos los meses se hizo vigilancia judicial, el Tribunal de Sincelejo y los alegatos fueron base para confirmar la sentencia de absolución, el cliente se comprometió a pagar el porcentaje de éxito y se les ahorró como 900 millones, el señor Joaquín no volvió a contestar, en el trámite administrativo se revivió el término, se hizo la querella y se hizo una audiencia, no se hizo ninguna actuación, la oferta era por 20 millones de pesos en el 2013, en el 2017 le sostuve la suma de 20 millones, pero nunca se inició nada y entonces no pagaron nada”.

Ahora bien, abordando el caso que ocupa a la Sala, se tiene que, en este asunto no se suscribió un contrato de prestación de servicios a favor de los demandados LEONOR VILLAMIZAR DE GUERRA, MARIA DEL CARMEN GUERRA VILLAMIZAR y JOAQUIN HERNANDO GUERRA VILLAMIZAR, pues así lo aceptaron las partes ya que informaron de manera coincidente que el 18 de septiembre de 2014 el aquí demandante remitió un concepto jurídico y oferta de servicios legales a través de correo electrónico, dirigida al señor JOAQUIN GUERRA VILLAMIZAR, consistente en:

“CONSIDERACIONES

Primera.- *La información judicial recibida es parcial y no contiene todas las providencias judiciales emitidas por el despacho judicial de Sincelejo.*

Segunda.- *En el proceso judicial de la sucesión del causante JOAQUIN GUERRA TULENA (Q.E.P.D) no recibimos actuaciones judiciales del año 2014 lo cual hace inocua la proyección de un concepto que se ajuste a la realidad procesal.*

Tercera.- Notamos con gran preocupación que la gran mayoría de actuaciones procesales por parte de los abogados defensores de la familia GUERRA-VILLAMIZAR han sido extemporáneas ,y faltas de rigor jurídico, lo cual provocó que hoy el patrimonio de su familia esté en riesgo. Esos errores han sido capitalizados por la contraparte.

Cuarta. - A pesar de la contrariedad que provoca el resultado adverso en esos procesos, pudimos constatar que la actividad realizada por parte del despacho no ha sido torticera, tiene respaldo legal. Sin embargo hay algunas herramientas procesales que se pueden esgrimir para tratar de enderezar al actividad negligente de la representación jurídica hasta ahora adelantada. ”.

Igualmente, en esta oferta se ofrecieron los siguientes servicios y pactaron como honorarios:

“ii. PROCESO DE LESION ENORME

La actuación procesal está terminada y no hay absolutamente nada que hacer. se descarta del análisis legal.

i . PROCESO EJECUTIVO

Evidente queda la pasividad de la abogada de la demandada. Actuó siempre extemporáneamente.

En el expediente solo constatamos que se han fijado 4 fechas para la diligenciade remate, la última fue en Agosto. No hay más fechas programadas. Según lo mencionado telefónicamente con el cliente hay una audiencia para el próximo mes pero de eso no hay constancia en los documentos que nos enviaron y el acuerdo con SUPERTIENDAS OLIMPICA para la compra de un inmueble brilla por su ausencia.

Conforme al aspecto de la competencia del Juez para conocer de esos casos es diáfana la transparencia de la actuación del despacho toda vez que se sustenta en el artículo 23 del Código General del Proceso (Fuero de Atracción)...

. PROCESO DE RENDICIÓN DE CUENTAS (...)

HECHOS

.1 Demandante: María Alejandra y María Victoria Guerra López, apoderado MANUEL E PEREZ DIAZ.

2. Demandada: Leonor Villamizar de Guerra.

3. Bienes solicitados a rendición: COSTA DE ORO 76 hectáreas, Lote Sincelejo 500 mts. 40% de la finca el ALFARO 75 hectáreas, un lote de 107hectáreas LA ESPERANZA. Apartamento 501 de 190 metros cuadrados. (1,710°000.000), 40 vacas escoterar. la nuda propiedad de 1/6 parte de un edificio de dos plantas y el lote ubicado en Sincelejo. 4. Desde el día 03 de octubre de 2008.

5. Pretensiones: la rendición de cuentas, termino para rendirlas.

6. Juramento estimatorio en (\$ 982'023.733)

7. A las demandantes les corresponde (\$245'505,933)

8. Condena en costas a la demandante.

(...)

v. SUCESION Y LIQUIDACIÓN SOCIEDAD CONYUGAL

Como se mencionó me las consideraciones no existen e n las copias allegadas a nuestra firma todas las actuaciones judiciales lo cual solo nos permite inferir que han acaecido las siguientes:

ÚLTIMAS ACTUACIONES

- *La Sucesión del causante JOAQUIN GUERRA TULENA, es encuentra me trámite de adición de sucesión, por encontrarse nevos activos parte de la masa sucesoral.*
- *El 2 de diciembre de 2013 el apoderado de la señora LEONOR VILLAMIZAR GUERRA presento recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto que decretó la admisión de la partición adicional y que decretó la elaboración de Inventarios y avalúos.*

La última actuación dentro de las copias aportadas, se encuentra que el 10 de diciembre de 2013 el apoderado de la señora JOHANA LOPEZ TOVAR, Representante legal de las menores MARIA ALEJANDRA YMARIA VICTORIA GUERRA, presento respuesta al recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la señora LEONOR VILLAMIZAR GUERRA.

II. ACTIVIDAD JURÍDICA

La firma realizará la representación judicial de los siguientes casos:

.1 Proceso Ejecutivo.

2. Rendición de Cuentas.

3. Proceso Sucesión y Disolución y liquidación de Sociedad Conyugal

La representación judicial implica la vigilancia judicial diaria a través de un outsourcing que tiene cubrimiento nacional. De otra parte un equipo de tres Abogados tomarán la representación, los cuales procedo a mencionar.

Alejandra Roza Cruz Abogada especialista e n Derecho de F a m i l i a

Rafael Luna Rodríguez, Abogado especialista en Derecho Privado y relaciones jurídico negociales.

Juan Manuel Sáenz de Brigard, Abogado especialista en Propiedad Intelectual

La actividad judicial consistirá en la presentación de incidentes, objeciones, recursos, liquidaciones, y demás actividades que tengan como propósito regularizar la situación procesal a favor de la familia Guerra -Villamizar.

En especial realizar las actuaciones tendientes a evitar el remate de los inmuebles vinculados en el proceso ejecutivo, disolver y liquidar la sociedad conyugal contraída entre el causante y la señora Leonor Villamizar y, defender los intereses en la rendición de cuentas y asesorar la correcta presentación de ella en este caso de ser necesario.

III. HONORARIOS

El cliente pagará a la firma la suma fija de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (2.000.000) COP. los cuales deberán ser pagados de la siguiente manera:

****(50%)= (\$ 12500,000 COP) Al otorgamiento del poder.***

****50%) = S(12500,000 COP) El día 31 de Marzo del año 2015.***

porcentajes de éxito:

El cliente pagará a la firma los siguientes porcentajes en relación con las sumas de dinero recuperadas para el cliente y/o sobre las sumas de dinero ahorradas en cada uno de los casos.

Proceso de rendición de cuentas: diez por ciento (10%)

Ejecutivo: cinco por ciento (5%)

Sucesión: dos por ciento (2%)

Disolución y liquidación sociedad conyugal: cinco por ciento (5%)

viáticos:

Los gastos de transporte, alimentación y hospedaje que los abogados de la firma necesiten para atender los gastos judiciales en la ciudad de Sincelejo o en el municipio de Colombia que requiera nuestra atención conforme a los mandatos conferidos serán a cargo del cliente.

Gastos procesales como honorarios de peritos, costas, agencias en derecho serán a cargo del cliente.

IV. DURACIÓN DE LA ACTIVIDAD JURÍDICA

Estimamos que las actividades jurídicas ofrecidas tendrán una duración de al menos un (1) años, contadas a partir del otorgamiento del poder. Sin perjuicio a que se puedan extender por más tiempo.

Esta oferta deberá ser aceptada por escrito y/o con el otorgamiento del poder.

Finalmente reiteramos que es necesario que obtengan representación judicial cuanto antes, bien sea con nuestra firma o con otros juristas, lo importante es que se realice una representación activa para evitar el desintegramiento de su patrimonio.”.

Luego, una vez se conversó sobre la propuesta u oferta entre las partes, conforme lo advirtieron las mismas en el interrogatorio de parte, se acordó que el porcentaje de éxito se reduciría a la mitad, pues así también lo corrobora el pantallazo WhatsApp, aportado y relacionado con anterioridad, no siendo desconocida dicha conversación, quedando entonces claro que el porcentaje de éxito pactado, ascendería a:

“El cliente pagará a la firma los siguientes porcentajes en relación con las sumas de dinero recuperadas para el cliente y/o sobre las sumas de dinero ahorradas en cada uno de los casos.

Proceso de rendición de cuentas: diez por ciento (10%) LA MITAD 5%.

Ejecutivo: cinco por ciento (5%), LA MITAD 2,5%.

Sucesión: dos por ciento (2%), LA MITAD 1%..”

En este orden, es claro que las partes acordaron la defensa dentro de los siguientes procesos:

1. **Proceso Ejecutivo**, demandada: Leonor del Perpetuo Socorro Villamizar de Guerra, Radicado No. 2010 – 0026 que se tramitó ante el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Sincelejo.
2. **Proceso de Rendición de cuentas**, demandada: Leonor del Perpetuo Socorro Villamizar de Guerra Radicado No. 2013 – 00136 que se tramitó en el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Sincelejo.
3. **Sucesión del causante JOAQUÍN ALFREDO GUERRA TULENA (Q.E.P.D.)** Radicado No. 2017 – 504 que se tramitó en el Juzgado Segundo de Familia de Sincelejo.

Ahora bien, en esta litis no quedó probado que los demandados otorgaran poder principal al actor ya que solo obran 2 poderes de sustitución (Páginas 150. Poder de sustitución otorgado por Mayra Alejandra Rozo Cruz a Juan Manuel Sáenz de Brigard dentro del proceso de rendición de cuentas No. 2013-0136 -Página 242, Poder de sustitución por medio del cual la Abogada Mayra Rozo le sustituye el poder al aquí demandante dentro del proceso Ejecutivo No. 2010 – 0026 que cursó en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Sincelejo de Sucre-, entonces no se tiene certeza sobre la fecha del otorgamiento de cada mandato, no obstante, es viable entrara a verificar las actuaciones del actor como abogado sustituto. Sobre este punto resulta oportuno indicar que la testigo **MAYRA ALEJANDRA ROZO CRUZ** expuso al despacho que el actor se encontraba realizando sus estudio en Inglaterra y que por dicha situación le fue otorgado el poder a ésta deponente.

Aunado a ello, se demostró que los enjuiciados pagaron el componente de honorarios denominado **suma fija** por concepto de honorarios en cuantía total de \$25.000.000, pues este valor fue aceptado por ambas partes.

Entonces, es claro para esta Sala de Decisión que el actor pactó un mandato verbal con los demandados así como se pactaron unos honorarios, los cuales estarían sujetos a una suma fija, que no está en discusión y un porcentaje de éxito **en relación con las sumas de dinero recuperadas para el cliente y/o sobre las sumas de dinero ahorradas en cada uno de los casos.**

En este sentido, resulta indispensable constatar si dentro del plenario se acreditaron las sumas recuperadas o ahorradas por los demandados, como consecuencia de los litigios en comento (Proceso Ejecutivo, demandada: Leonor del Perpetuo Socorro Villamizar de Guerra, Radicado 2010 – 0026 que se tramitó ante el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Sincelejo, Proceso de Rendición de cuentas, demandada: Leonor del Perpetuo Socorro Villamizar de Guerra Radicado 2013 – 00136 que se tramitó en el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Sincelejo y Adición a la sucesión del causante JOAQUÍN ALFREDO GUERRA TULENA (Q.E.P.D.) Radicado 2017 – 504 que se tramitó en el Juzgado Segundo de Familia de Sincelejo), así mismo, si se encuentran acreditadas las gestiones que pudo realizar el profesional Juan Manuel Sáenz, encontrando al efecto que no son claras las mismas ya que si bien, se demostró que en efecto los demandados fueron parte dentro de los procesos que ocupa a la Sala, pese a que se allegó al plenario un extenso expediente digital lo cierto es que no se puede constatar qué actividad fue la que realizó el aquí demandante, pues nótese que este togado suscribió únicamente los siguientes memoriales, según se soporta en el proceso:

- *Páginas 152 a 156, memorial suscrito por el actor con el fin de solicitar impulso procesal dentro del proceso 2013-0136.*
- *Páginas 484. Memorial suscrito por el actor dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión con el fin de solicitar el levantamiento de medidas cautelares, **proceso que no hace parte integrante del acuerdo o propuesta de servicios.***
- *Páginas 485 a 487, Memorial suscrito por el actor dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión con el fin de solicitar la perentoriedad de términos, **proceso que no hace parte integrante del acuerdo o propuesta de servicios.***
- *Páginas 520 a 526, Memorial suscrito por Mayra Roza dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión, recurso de reposición y en subsidio apelación, **proceso que no hace parte integrante del acuerdo o propuesta de servicios.***
- *Páginas 530 a 532, memorial descorre traslado recurso suscrito por el actor. dirigido al proceso 2008-00548 de adición a sucesión, **proceso que no hace parte integrante del acuerdo o propuesta de servicios.***

Así las cosas, considera esta Sala de Decisión que si bien el profesional demandante alega que se le adeuda una suma por concepto de porcentaje de éxito de cada proceso y que asciende a un total adeudado de \$349.640.423 por los procesos de sucesión y rendición de cuentas, al revisar el plenario de manera exhaustiva no se logra establecer con claridad el estado en que se tomó cada litigio, es más, adviértase, el propio actor al absolver interrogatorio informó que dentro del proceso de rendición de cuentas se profirió fallo el 13 de marzo de 2019, es decir, se “asumió el mandato” y solo se radicaron los alegatos de conclusión, escrito que además no se encuentra con la rúbrica del actor y se desconoce qué gestión pudo realizar en este sentido. Sobre este mismo asunto, se expone que el actor en calidad de apoderado describió el traslado del recurso de apelación formulado por la contraparte, escrito que en efecto obra a páginas 530 a 532, dirigido al proceso No. 2008-00548 y que cursó como adición a la sucesión, proceso que no hace parte integrante del acuerdo o propuesta de servicios, sin embargo allí se observa una gestión del togado.

En este asunto no existen más actuaciones al respecto.

Dentro del proceso de Sucesión, se informa que el 25 de julio de 2018, el Juzgado Segundo de Familia de Sincelejo aprobó la partición del proceso de Adición a la Sucesión del causante JOAQUIN GUERRA TULENA (Q.E.P.D.). A los señores Leonor del Perpetuo Socorro Villamizar de Guerra, María del Carmen y Joaquín Hernando Guerra Villamizar se les adjudicó una hijuela con los siguientes bienes:

- Finca denominada **Villa María** identificada con la matrícula inmobiliaria No 340-47810, ubicada en Tolú - Sucre, avaluada comercialmente en: Dos mil seiscientos noventa millones de pesos (**\$2 690 000 000 COP**) .
- Lote denominado **el Maizal** ubicado en la carrera 4 # 23 -187 de la ciudad de Sincelejo, avaluado comercialmente en doscientos veinticinco millones de pesos (**\$225 000 000 COP**) .
- **Apartamento 501** ubicado en la carrera 12 # 91 -50 en el barrio el Nogal de la ciudad de Bogotá, identificado con folio de matrícula inmobiliaria No 50C-837116, avaluado comercialmente en novecientos cincuenta y cuatro millones quinientos sesenta y cinco mil pesos (**\$954 565 000 COP**) .
- **1/6 parte del inmueble** ubicado en la calle 21 # 17 - 70 de la ciudad de Sincelejo, identificado con matrícula inmobiliaria número 340-5947, avaluada comercialmente en ciento noventa y cuatro millones quinientos sesenta y cinco mil pesos (**\$194 565 000 COP**) .
- **Depósito Judicial** consignado a disposición del Juzgado y a favor de la sucesión el cual ya fue cobrado por la cónyuge sobreviviente y a los herederos Joaquín Hernando María del Carmen Guerra Villamizar por valor de ochenta y cuatro millones novecientos ochenta y cuatro mil novecientos noventa y nueve pesos (**\$ 84 984 999 COP**)

Se alega, una vez terminaron las actividades jurídicas contratadas se hizo exigible el cobro de honorarios del componente de honorarios denominado porcentaje de éxito pactado, empero, no se puede verificar cuál fue el trabajo intelectual que alega el actor efectuó a favor de los demandados a fin de obtener este resultado.

Nótese, si bien nunca se desconoció el mandato o poder que pudieron conferir los demandados; los cuales no se allegaron a este proceso, lo cierto es que el togado demandante acudió a los litigios cuando ya estaban en curso, por ejemplo, el proceso Ejecutivo había sido radicado en el 2008, el de rendición de cuentas en el 2013 y la sucesión en el 2017, teniendo el actor la carga de probar y detallar al operador judicial el estado de los procesos cuando los asumió, relacionar las pruebas que acreditan la gestión como abogado en cada uno de ellos y el resultado obtenido de manera específica, pues en este asunto, el actor se limitó a realizar afirmaciones de manera general sin especificar por qué se obtuvo el resultado

esperado, pues resulta inocuo pretender el pago de \$348.640.423 sin soportar la gestión desplegada como abogado.

Al respecto, al analizar la declaración de la testigo MAYRA ALEJANDRA ROZO CRUZ, se puede concluir que en efecto fungió como apoderada junto con el actor en los procesos que pretende le sean reconocidos los porcentajes de éxito, no obstante, de dicha declaración se extraen valoraciones subjetivas, pues como eje central de la declaración, se informó sobre los posibles omisiones fácticas y jurídicas de los funcionarios judiciales. De otra parte y en lo que podría incumbir al proceso, argumentó que el actor estaba en el país de Inglaterra realizando sus estudios cuando asumió el poder en los asuntos sometidos a litigio, así mismo, expuso que solo presentaron alegatos en el proceso de rendición de cuentas y que luego se profirió el fallo, realizando entonces la mayor gestión en el proceso de sucesión, el cual se subsumió al proceso con radicado No. 2008-00548 -adición sucesión-.

En síntesis, esta testigo si bien conoció los hechos de manera directa al fungir como apoderada principal, no brindó mayor información en relación con las sumas de dinero recuperadas a favor de los demandados y/o sobre las sumas de dinero ahorradas en cada uno de los casos.

Igualmente, los demandados al absolver interrogatorio aceptaron que existió una propuesta, que la misma se redujo a la mitad al ser alta y que en efecto se pagó una suma fija al demandante, sin que hayan confesado haber sido objeto de ahorro o recuperar dineros para extraer un porcentaje de éxito a liquidar por la gestión del profesional recurrente.

Por otra parte, frente al proceso Ejecutivo, radicado No. 2010 – 0026 el cual cursó en el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Sincelejo, debe destacarse, éste terminó por acuerdo de transacción celebrado entre las partes procesales y por tanto no se recuperó ni se le ahorraron sumas de dinero, es decir, no se generaron honorarios de éxito en esta actividad jurídica por lo que no era viable reclamar rubro alguno, pues así lo hizo saber el actor – archivo 18, numeral 4, 4.1-.

Así las cosas, no se logra inferir de las pruebas recaudadas un resultado, echándose de menos cuáles fueron las sumas que pudo obtener la parte pasiva para lograr extraer el valor de una cuota litis o en su defecto, cuál fue el valor recuperado o ahorrado a favor de los demandados, conforme se pactó en la oferta o propuesta de servicios.

Si bien el recurrente afirma en la apelación que se aportaron las pruebas documentales que dan cuenta de las gestiones adelantadas y los resultados obtenidos, para esta Sala las extensas pruebas documentales logra corroborar la existencia de litigios pero no de las gestiones que efectuó el actor de manera detallada con el fin de obtener un resultado, aunado a que le correspondía a este extremo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., precisar de manera detallada y no global; como se hizo, a cuánto ascendió el ahorro para cada demandado o cuánto se recuperó, no pudiéndose entonces hacer suposiciones al respecto cuando las partes pactaron un resultado para el pago de los honorarios y así fue aceptado por el profesional del derecho, pues fue quien finalmente elaboró la propuesta.

Sea del caso destacar, el actor al absolver interrogatorio de parte informó que lo pretendido en esta demanda obedece a una cifra real y no el valor del avalúo catastral, último que fue tenido en cuenta por los demandados en el proceso de sucesión, no siendo de recibo que se argumente o reclame en este escenario un valor mayor cuando el actor actuó como abogado sustituto de los demandado y pudo haber asesorado a sus clientes o tomar las acciones pertinentes. Aunado a ello, en la propuesta de servicios no se encuentra involucrado ningún valor por concepto de avalúo comercial o similar.

Sobre esta temática, la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 020-2023, discurrió:

“También esta corporación ha precisado que, si la contraprestación por la actividad profesional se encuentra establecida por las partes, resulta improcedente su regulación judicial, «pues el precio del mandato puede ser libremente fijado entre los contratantes, por virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad» (CSJ SL694-2013). En el mismo sentido, en decisión CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 36606, se puntualizó:

Y por otra, que la tasación de honorarios del mandato conforme a lo ‘usual’ de esta clase de prestación de servicios personales (artículo 2184-3 ibídem), sólo procede a falta de su expresa estipulación por las partes contratantes, por manera que, el

hecho de que el mandante no pague al mandatario lo acordado, no legitima a éste para que variando la contraprestación de su contratante, reclame judicialmente a aquél un valor distinto al expresamente estipulado, sino apenas, para que haga efectivo su pago en los términos que rigen en esta materia los artículos 1617 y 1627 ibídem...

Del contenido de la cláusula que se acaba de reproducir, se observa que allí se fijaron los términos en que las partes pactaron la remuneración por honorarios profesionales en la prestación de los servicios de abogacía, por razón de la gestión de cobro encomendada, sus condicionamientos y responsabilidades, como su cumplimiento, aspectos sobre los cuales, se itera, la jurisdicción laboral sí tiene competencia.

Ahora bien, se tiene que en este asunto los suscribientes acordaron que la causación de los honorarios estaba condicionada a la obtención de un resultado, esto es, al recaudo efectivo del dinero adeudado a la entidad bancaria y objeto de cobro, modalidad de pago de honorarios que es perfectamente legal, viable o válida y no configura una cláusula «leonina» como lo reclama la parte recurrente.

Es oportuno recordar que la profesión de abogado ostenta un grado de liberalidad que permite a quienes la ejercen, pactar autónomamente el valor de su gestión a realizar; potestad en la cual se incluye el esfuerzo profesional y ético que deba desplegarse para cumplir con el mandato, inclusive corriendo el riesgo de no lograr ninguna retribución, si no se obtiene un resultado favorable.

Precisamente, desde la decisión CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 39171, la Corte puntualizó que, tratándose de honorarios profesionales para los abogados en el marco de un contrato de mandato celebrado en forma escrita conforme al artículo 2142 del Código Civil, los suscribientes quedan obligados y sometidos a los términos expresamente acordados, lo que está en armonía con lo dispuesto en los artículos 2149 y 2157 ibídem, al punto que, al existir estipulación expresa sobre la remuneración, dicho acuerdo legal rige para las partes y se torna inmodificable

En la aludida jurisprudencia, se explicó que esa expresión de voluntad frente a los honorarios en el contrato de mandato, puede manifestarse de varias maneras, inicialmente, las partes pueden pactar una remuneración fija o un valor determinado por la gestión judicial o extrajudicial; también pueden acordar el reconocimiento de una cuota litis, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades que se obtengan y, a su vez, pueden convenir una forma de remuneración aleatoria sujeta a la consecución de un resultado o una gestión específica; escenario último en el cual, se ha precisado por esta corporación, que si el mandatario no consigue «ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional...

Cabe agregar que la Corte al analizar un asunto similar en el que en un contrato de mandato, se pactó el reconocimiento de honorarios profesionales condicionado al resultado exitoso de la gestión judicial, recordó que cuando el pacto de contraprestación está sujeto a una obligación de resultado, de no llegarse a cumplir «la condición a que se sometió la obligación de pagar los honorarios» a favor del profesional del derecho, no surge deber alguno en cabeza del mandante que concede el encargo, pues la obligación remunerativa acordada no se hace exigible. En la decisión CSJ SL 2 jun. 2009, rad. 33099, reiterada en la CSJ SL28032020.

Igual conclusión se obtiene, al analizar el aparte de la cláusula séptima que indica que el Banco puede llegar a un acuerdo directo con los deudores e inclusive celebrar una transacción o conceder una rebaja frente a la obligación adeudada; pues en dicho escenario no se desconocería la remuneración del abogado, ya que la entidad

bancaria allí ratifica que los honorarios profesionales, en estas eventualidades, se causarán y reconocerán al profesional del derecho sobre lo efectivamente recaudado con esa negociación o acto que se ejecute.”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Igualmente, en punto al recurso de apelación, esta Sala observó los porcentajes pactados así como todas las condiciones que hacen parte de la oferta de servicios, por lo que, de haberse encontrado probadas las actuaciones por parte del demandante hubiesen procedido los porcentajes allí establecidos.

Aunado a lo anterior, las pruebas aportadas con la contestación a la reforma de la demanda, pese a darse por no contestada por el *a quo* en su momento, son viables analizarlas en la medida que el fallador en audiencia que obra en el archivo 29, récord:24:02 incorporó de oficio las pruebas documentales y nada dijo al respecto el actor, no pudiendo pretender en este escenario que no se valoren dichos medios.

Así las cosas, no es posible acceder a los anhelos del demandante, ya que si bien, quedó acreditado que intervino en los renombrados procesos de manera esporádica, no probó las gestiones que realizó de manera específica y que logran un resultado económico, pues se insiste, de manera general se solicita el pago de \$348.640.423 por considerarse que fue el beneficio económico obtenido por los demandados, sin probarse ni detallarse qué gestión específica realizó el togado, pues al haber recibido \$54.000.000, según dan cuenta los comprobantes de egreso ya relacionados puede verse por satisfecha la obligación del profesional, resultando el material probatorio escaso para imponer condena a los demandados.

Por lo anteriormente expuesto, la decisión de primer grado será confirmada en su integridad, por haber arrojado a similares conclusiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

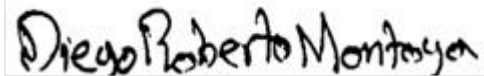
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

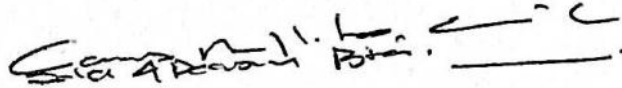
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BERNETH VARGAS ROLDÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 05 2022 0000160 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 25 de agosto de 2023 (*Audio archivo 13, récord: 31:31*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor BERNETH VARGAS ROLDAN a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., HOY PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: SIN COSTAS en este proceso.

CUARTO: En caso de que no fuere apelado consúltese con el Superior a favor de COLPENSIONES”.

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES apeló la sentencia¹, manifestando, si bien con la declaratoria de ineficacia del traslado no hay lugar al

¹ **APODERADO COLPENSIONES (Record 32:16)** Sí, señor, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho para solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal

estudio del artículo 2º de la Ley 797 2003, modificado por el artículo 3º de la Ley 100 de 1993 precisamente lo que alega esta administradora es que no procede la ineficacia del traslado y por esa razón, la aplicación de la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa el demandante es totalmente inmediata, más aún cuando la esencia de esta norma no tiene un talante prescriptivo extintivo de derechos en el entendido de que como quiera que el demandante cumpla los requisitos en uno u otro régimen, será pensionado por vejez.

Por otro lado, señaló el demandante quiere retornar al régimen de prima media con prestación definida, no por haberse sentido violentado en el deber de la información sino por no estar de acuerdo con el valor de su mesada pensional, la cual no se puede refutar como una falta al deber de información, ya que para la época le era imposible saber cuál iba a ser la mesada adicional del demandante.

Añadió, Colpensiones es un tercero de buena fe en este proceso, pues no le constan la mayoría de los hechos y en ese sentido, no debería responder por actos jurídicos celebrados por terceros.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 3 y 4, archivo

Superior de Bogotá, en la especialidad Sala Laboral, la revoquen en su integridad, por las siguientes 2 razones, las cuales me permito reiterar, y es que, la primera no comparte este apoderado judicial la no aplicación de la prohibición legal, la cual se encuentra inmersa el demandante, si bien entiende este apoderado judicial que con la declaratoria de ineficacia, pues ya no habría lugar a la aplicación de la prohibición legal, lo cierto es que Colpensiones está buscando, precisamente es la no declaratoria ineficacia y en ese sentido, por tal razón sí procedería la aplicación de la prohibición legal, más aun teniendo en cuenta que esta normativa pues no tiene un talante prescriptivo o extintivo de derechos, pues como quiera que el demandante cumpla los requisitos de ley en uno u otro régimen, será pensionado por vejez y en ese sentido, la declaratoria de ineficacia, pues no habría lugar, todo vez que el demandante pues no quiere retornar al régimen de prima media, aduciendo una falta al deber de la información, sino estando en descontento con el valor de su mesada pensional, lo cual no se puede reputar como una falta al deber de la información, tal y como lo dije para la época (inaudible), era imposible saber cuál iba a ser la mesada pensional del demandante 23 años después.

Todos conocemos cómo varía la liquidación de la mesada pensional en los años y no se podría haber hecho una pre liquidación pensional para la época del traslado era imposible, a nadie se puede obligar a lo imposible, es un principio del derecho.

De tal manera, señores magistrados, que Colpensiones es un tercero de buena fe en ese tipo de procesos, pues han de no constarle la mayoría de los hechos y en ese sentido, no debería responder por actos jurídicos celebrados por terceros. Hasta acá mi recurso, su Señoría, muchas gracias.

02 Expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 1 y 2 ibídem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuada a PORVENIR, en consecuencia a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiera lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento y se ordene a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor por el demandante a través de PORVENIR S.A. ordenando a dicha entidad a trasladar a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. **Lo anterior tras considerar el 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 con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado 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 2002².

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 27 de octubre de 1961 (*Página 16, Archivo 02 expediente digital*), 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 Porvenir el 16 de noviembre del 2021 y ante Colpensiones el 1° de marzo del 2022 (*páginas 59-60, y 63-64, archivo 041*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **112,29³** semanas (*pág. 86 Archivo 07 expediente digital Historia laboral válida para bono pensional*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **17 de abril del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio del 2000** (*Páginas 33 y 80, archivo 7 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.

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

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
786	112.29	0	0.00	0	0.00	2254	322.00	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 786		SEMANAS: 112.29		DIAS: 2254		SEMANAS: 322.00					
El número de semanas se calculó con días calendario											

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, 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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que una funcionaria de Porvenir se acercó y le ofreció la posibilidad de cambiar de régimen, no estaba enterado de las desventajas de estar en uno u otro régimen, sin embargo, le ofrecieron unas ventajas que posiblemente en ese momento no las entendió como era, consistentes en pensionarse cuando quisiera, retirar la plata si no se podía pensionar y que en dicho momento el extinto Instituto de Seguros Sociales colapsaría y no iba a poder asumir una pensión por lo que, posiblemente se quedaría sin pensión, sumado a que si fallecería todo el dinero sería entregado a su familia.

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 antes HORIZONTE, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

⁶ Audiencia 25 de agosto de 2023 Archivo 17 record 7:52

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones HORIZONTE hoy 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 actor 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.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (*Página 33, Archivo 07 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.

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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **2000**, 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 antes HORIZONTE omitió en el momento del traslado de régimen (17 de abril del 2000, efectivo el 1º de junio del 2000), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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, es menester precisar no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por COLPENSIONES, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, siendo de buena fe, 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 en este punto y para resolver los argumentos de apelación de COLPENSIONES, 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 antes HORIZONTE, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- y deberá retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸.

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

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

“(…)

*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 por parte de esta Sala 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 se adicionará la orden de pago debidamente indexado, siendo 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 señaló recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

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

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

Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Páginas 29 y 30, archivo 06 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 en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado 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: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- como deberá retornar a **COLPENSIONES** los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de 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

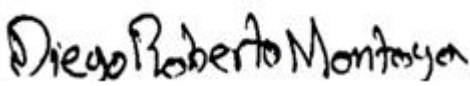
⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 31 de marzo de 2023, archivo 09 expediente digital.

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

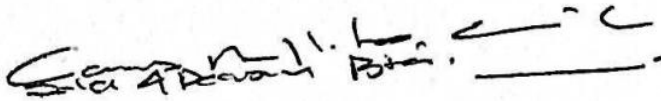
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

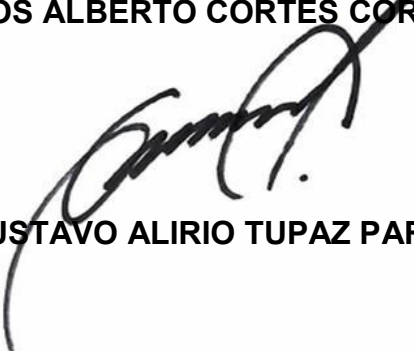
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 JOSÉ IGNACIO OROZCO CHAVARRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 05 2022 00416 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 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 Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 11 de agosto del 2023 (*Audio archivo 18, récord: 48:55*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor JOSÉ IGNACIO OROZCO CHAVARRO a través de PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de PROTECCIÓN S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de 4 SMLV.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese con el Superior, a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES S.A. apeló la sentencia, manifestando que se debe adicionar la sentencia de primer grado para condenar a las AFP a devolver el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración a su favor, teniendo en cuenta el criterio que se ha sostenido frente a este aspecto por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral (*Audio archivo 18, récord: 49:56¹*).

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 2, archivo 01 Expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Página 1 ibídem*), aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS administrado por PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. y en consecuencia se condene a dichas AFP a devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos, igualmente se ordene a Colpensiones aceptar los aportes y a incorporarlos en su historia laboral, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen, ordenando a SKANDIA S.A. (actual administradora) trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas juntos con los rendimientos, frutos e intereses con destino a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los aportes del demandante y proceder a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el

¹**APODERADA COLPENSIONES:** “Sí, su Señoría me permito interponer recurso de apelación, el cual sustento de la siguiente manera, solicitándole al honorable tribunal, modificar en el sentido de condenar a la AFP, al traslado, del porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, esto pues en atención a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL del 08/09/2008 radicado 31989 SL-17595 de 2017, SL-4189 de 2018, SL-1421 de 2019 radicado 56174.

En esto, pues reiteró la solicitud al Honorable Tribunal en modificar la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de que se concedan el pago de los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración a favor de mi representada, la Administradora colombiana de pensiones Colpensiones, gracias.”.

demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado 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 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 19 de mayo de 1960 (*Página 7, Archivo 02 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió en el año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de agosto del 2022 (*Páginas 13 y 14, Archivo 02 expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado

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

77.29³ semanas (*Historia laboral expedida por Colpensiones pág. 4 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, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

No obstante, es 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 **29 de junio de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1995** (*Páginas 36 y 37 archivo 7 expediente digital*) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

3



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 febrero/2023

ACTUALIZADO A: 09 febrero 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 19488940

Nombre: JOSE IGNACIO OROZCO CHAVARRO

Dirección: CARRERA 32 A # 4 A - 90 APTO 201

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 25/11/1962

Fecha Afiliación: 25/01/1988

Correo Electrónico: jiorozco7@gmail.com

Ubicación:

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
1004007036	INESCO LTDA	25/01/1988	16/05/1989	\$150.270	68,29	0,00	0,00	68,29
8014000967	SOCIEDAD SAER LRDA	31/08/1992	01/11/1992	\$123.210	9,00	0,00	0,00	9,00
900314129	CONSORCIO HL	01/11/2009	30/11/2009	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					77,29			

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

(…)

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

(…).

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras

de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

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

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

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

por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1995 cuando se afilió a PROTECCIÓN un asesor le indico las bondades de esa AFP, específicamente que cuando llegara a la edad de pensión o podía recibir su mesada pensional o podía reclamar todo el dinero ahorrado, por lo que decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

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

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 -PROTECCIÓN- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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 PROTECCIÓN S.A. (Página 36 Archivo 7 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le

⁶ Audiencia del 11 de agosto del 2023, récord 8:30

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 PROTECCIÓN 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 a la actora 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (29 de junio de 1995, efectivo el 1 de julio de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio 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.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 40, Archivo 8 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de

2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

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

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

«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente **porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz,** el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse, atendiendo la apelación de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en su favor, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- y también PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸.

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 por parte de esta Sala 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 del 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

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 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 señaló 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.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Página 28, archivo 4 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 en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 12 de julio del 2023, archivo 14 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

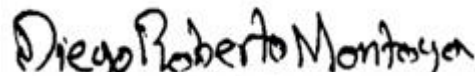
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- como también PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán retornar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

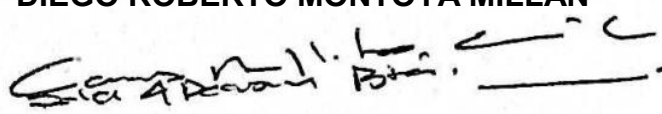
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

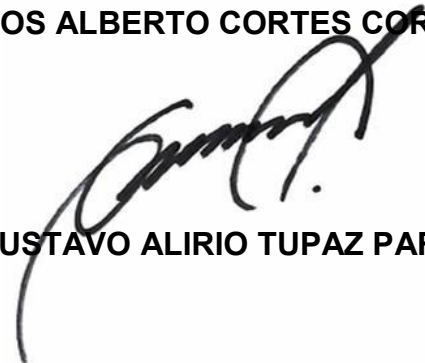
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 VERONICA RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la vinculada como litisconsorcio necesario DANNA FERNANDA CANTOR RODRÍGUEZ (RAD. 10 2020 00039 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado otorgado 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 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 **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de septiembre del 2023 (*Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 1:04:15*), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: SE CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, a reconocer y pagar la Pensión de sobrevivientes a favor de la señora VERONICA RODRIGUEZ, con ocasión del fallecimiento del señor MILTON FERNANDO CANTOR CANTOR, en su condición de compañera permanente, en un 50% a partir del 01 de diciembre del año 2008, mesada pensional que asciende a la suma de \$230.750, para el 01 de diciembre de 2008 suma que le corresponde como mesada pensional a la señora VERONICA RODRIGUEZ, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.*

***SEGUNDO: SE CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, a pagar a la demandante VERONICA RODRIGUEZ el retroactivo pensional causado entre el periodo del 08 de julio del año 2016 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina que calculado por este estrado judicial hasta el 31 de agosto del año 2023 haciende a la suma de \$43.487.633, retroactivo que deberá pagarse en 14 mesadas pensionales con los incrementos anuales correspondientes y en consecuencia, deberá pagarse sin*

perjuicio de las mesadas pensionales que se sigan causando hasta la efectiva inclusión en nómina de pensionados de la señora Verónica Rodríguez.

TERCERO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, a pagar a la demandante VERONICA RODRIGUEZ, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde la causación de cada mesada pensional hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO: SE DECLARA probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 08 de julio del año 2016, y en consecuencia, se absuelve a COLPENSIONES, del pago de estas mesadas pensionales, también se declara en este punto probada la inexistencia de la obligación frente a la solicitud de indexación elevada por la parte actora y absuelve a Colpensiones del pago de indexación de las mesadas pensionales correspondientes al retroactivo pensional causado.

QUINTO: Se autoriza a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional al que tiene derecho la señora Verónica Rodríguez, de la pensión de sobrevivientes a descontar los aportes en pensión causados a partir de las mesadas pensionales reconocidas, de conformidad a la parte motiva.

SEXTO: SE CONDENA en costas de esta instancia a COLPENSIONES a favor de la parte actora, y en consecuencia se establece que deben ser liquidadas las costas del proceso, por la secretaria del despacho, y aplicar como agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$4.000.000.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia, debe surtir el grado jurisdiccional de consulta, ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por las condenas impuestas a Colpensiones.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando se sirva revocar la sentencia en su totalidad y se absuelva a su representada de todas las condenas impuestas, señalando que la entidad ya le reconoció la prestación pensional a Danna Fernanda Cantor Rodríguez, por lo que no resulta procedente la condena del retroactivo impuesta ni los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 1:08:56¹)

¹ **APODERADA COLPENSIONES:** Me permito interponer el recurso de apelación, su Señoría le solicito de entrada y a los honorables Magistrados del Tribunal Superior, pese parcialmente apelar la sentencia, según lo manifestado por el Honorable Despacho de primera instancia, el juzgado 10 Laboral, en el acápite primero, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la parte actora, la señora Verónica Rodríguez, con el reconocimiento de esta misma, toda vez que personalizada esa relación que existe entre la menor, pues Danna Fernanda Cantor Rodríguez, identificada con tarjeta de identidad en su momento 1000789663, y el causante, Milton Fernando Cantor Cantor, a la luz de la ley 797 del año 2013 es procedente de que la pensión de sobreviviente, pues ya fue de manera reconocida en su totalidad a la persona anteriormente ya identificada.

En la acápite segundo su Señoría a pagar ese retroactivo causado, pues desde el 8 de Julio del año 2016 a ustedes, Honorables Magistrados hasta la fecha que sea incluida en la nómina de pensionados por el valor de 43'487.000 pesos y frente al acápite tercero, sobre pagar los intereses moratorios, según el artículo 141, pues la que tiene esa condición de resarcir, pues de las mesadas que se dejaron de percibir y pidiéndole a ustedes con el mayor respeto Honorables Magistrados, que se revoque esa decisión que se acaba de proferir por el honorable despacho de primera instancia. 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 VERONICA RODRIGUEZ, las pretensiones que relacionó en la subsanación de la demanda (Archivo 03 expediente digital, páginas 9 y 10), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 8 y 9 del mismo archivo, solicitando se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante Milton Fernando Cantor Cantor (q.e.p.d.) en el porcentaje que le corresponde, en consecuencia se condene al pago del retroactivo desde la fecha de la muerte del causante, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor en cuantía del salario mínimo y en un 50% pero a partir del 8 de julio del 2016 por efectos de la prescripción calculando un retroactivo al 31 de agosto del 2023 de \$43.487.633, igualmente se ordenó el pago de los intereses moratorios desde la causación de cada mesada pensional y condenó en costas a la demandada. Lo anterior, tras considerar que la demandante acreditó la convivencia con el afiliado al momento en los 5 años anteriores a su deceso, indicando que ello se encuentra probado con las declaraciones extra juicio aportadas al expediente.

Así las cosas, además de los argumentos del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones el problema jurídico en esta instancia, en virtud de la consulta que se surte en favor de la entidad llamada a juicio, se circunscribe en determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

- 1) Que el señor MILTON FERNANDO CANTOR CANTOR, falleció el **1 de diciembre del 2008** en, conforme se señala en el registro civil de defunción (pág. 9 Archivo 14 expediente digital)

- 2) El causante y la demandante procrearon una hija de nombre Danna Fernanda Cantor Rodríguez quien nació el 19 de junio del 2023 (registro civil nacimiento pág. 16 Archivo 01 expediente digital)
- 3) El ISS hoy COLPENSIONES a través de la Resolución No. 29750 del 11 de septiembre del 2012 negó la pensión de sobrevivientes a la accionante y le reconoció la prestación pensional a la menor Danna Fernanda Cantor Rodríguez en calidad de hija del asegurado en un 50% a partir del 1° de diciembre del 2008 sobre la base de un salario mínimo. (págs. 4 a 8 Archivo 01 expediente digital)

Así las cosas y para resolver el presente asunto, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (01 de diciembre del 2008) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Recordándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993 advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se

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 muerte²; (...)

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”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Igualmente, en la SL5270 del 3 de noviembre del 2021 Rad. 86941 también se señaló:

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo **mínimo** de convivencia, **toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia**, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Y en la sentencia SL1878-2022 Radicación No. 90562 del 16 de mayo del 2022 la misma corporación expuso:

“Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (...).

(...)

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de

lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(...)

*De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años, **mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte** y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*

En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado.”

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un **AFILIADO** se requiere demostrar la calidad de “cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte” (SL 5270-2021 y SL 1878-2022).

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora VERONICA RODRIGUEZ nació el 23 de diciembre de 1968 (*conforme se extrae de la copia de su cédula de ciudadanía –Archivo 01 pág. 3*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (01/012/2008) contaba con 39 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Ahora en cuanto a la calidad de compañera permanente y convivencia con el causante para el momento de su fallecimiento obran las siguientes documentales:

- Declaración extra proceso rendida por BLANCA DORA CANTOR NUÑEZ y TULIO FERNANDO CANTOR BERNAL el 27 de abril del 20009 ante la Notaria Segunda del Circulo de Soacha en donde señalan (Archivo 01 expediente digital pág.10):

implicación legal declaro(amos): QUE CONOCEMOS DE VISTA, TRATO Y COMUNICACIÓN A LA SEÑORA VERONICA RODRIGUEZ, IDENTIFICADA CON LA CEDULA DE CIUDADANIA NÚMERO 52.036.566 EXPEDIDA EN BOGOTÁ D.E. DESDE HACE VEINTE (20) AÑOS, QUE SABEMOS Y NOS CONSTA POR EL CONOCIMIENTO QUE TENEMOS DE ELLA QUE ES DE ESTADO CIVIL SOLTERA SIN UNION MARITAL DE HECHO, QUE CONVIVIO DE MANERA PERMANENTE E ININTERRUMPIDA DESDE EL AÑO DE 1996 HASTA EL DIA 01 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2008 EN UNION MARITAL DE HECHO CON EL SEÑOR MILTON FERNANDO CANTOR CANTOR, QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICO CON EL NÚMERO DE CEDULA 79.209.218 DE SOACHA, QUE SABEMOS Y NOS CONSTA QUE DE ESTA UNION EXISTE UNA (1) HIJA MENOR DE EDAD DE NOMBRE DANNA FERNANDA CANTOR RODRIGUEZ DE 06 AÑOS DE EDAD, QUE SABEMOS Y NOS CONSTA QUE LA MANUTENCIÓN DE ESTE HOGAR DEPENDIA ECONOMICAMENTE DEL SEÑOR MILTON FERNANDO CANTOR CANTOR, ASI MISMO MANIFESTAMOS QUE POR EL CONOCIMIENTO QUE TUVIMOS DE MILTON FERNANDO QUE EL NO TENIA MAS HIJOS NI RECONOCIDOS, NI POR RECONOCER, NI ADOPTIVOS QUE TENGAN IGUAL O MEJOR DERECHO A RECLAMAR PENSIONES. NOTARIA SEGUNDA DE SOACHA

- Declaración extra proceso rendida por la demandante VERONICA RODRIGUEZ el 27 de abril del 2009 ante la Notaria Segunda del Circulo de Soacha expresando (Archivo 01 expediente digital pág. 11):

962 de 2005. CUARTO – Bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de la implicación legal declaro(amos): QUE SOY DE ESTADO CIVIL SOLTERA Y CONVIVI EN UNION MARITAL DE HECHO DURANTE DOCE (12) AÑOS CON MILTON FERNANDO CANTOR CANTOR QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICO CON LA C.C.#79.209.218 DE SOACHA, CUND., EN UN PERIODO QUE COMPRENDE DEL AÑO 1996 HASTA EL DIA 01 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2008 FECHA DE SU FALLECIMIENTO QUE DE NUESTRA UNION EXISTE UNA (1) HIJA MENOR DE EDAD LLAMADA DANNA FERNANDA CANTOR RODRÍGUEZ DE SEIS (6) AÑOS DE EDAD. ADEMÁS MANIFIESTO QUE NO TENGO CONOCIMIENTO DE QUE MI DIFUNTO COMPAÑERO TUVIERA OTROS HIJOS LEGITIMOS, RECONOCIDOS NI POR RECONOCER NI ADOPTIVOS QUE TENGAN IGUALES O MAYORES DERECHOS PARA LA RECLAMACIÓN DE PENSION ANTE EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL. ESTA DECLARACION VA CON DESTINO A: AL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL - PENSIONES.

Frente a las declaraciones extra juicio desde ya se debe advertir la Sala tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta como lo hizo la Juez de primer grado, en primer lugar porque frente a la de la demandante sabido es que nadie puede fabricar su propia prueba y respecto de la rendida por BLANCA DORA CANTOR NUÑEZ y TULIO FERNANDO CANTOR BERNAL nada señalan sobre la convivencia de la pareja, además sus declaraciones no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues ni tan siquiera narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tiene sobre la relación de la señora VERONICA RODRIGUEZ y el causante MILTON FERNANDO CANTOR, y por ende nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia de la actora con el de cujus para el momento de su deceso -01/012/2008-, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio.

Por otro lado obra el interrogatorio de la accionante, en donde manifestó³ haber conocido al de cujus en el año 1995 e iniciar su convivencia pasado 1 año de noviazgo en un inmueble ubicado en Soacha hasta el 1 de diciembre del 2008 data del deceso del afiliado, refiriendo que era la beneficiaria en salud de su compañero y que tuvieron una hija que tenía 5 años cuando éste falleció. Dichos que como anteriormente se dijo, no pueden tenerse en cuenta por esta Corporación.

Por otro lado, se recibió la testimonial de la hija de la pareja DANNA FERNANDA CANTOR RODRIGUEZ ⁴ quien expresó no recordar nada sobre la convivencia de sus padres pues apenas tenía 5 años para la fecha del deceso de su progenitor, tan solo refirió que para esa época vivían en Soacha Cundinamarca.

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que contrario a lo afirmado en primera instancia no obra prueba en el plenario de *“la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte”* de la señora VERONICA RODRIGUEZ con el señor MILTON FERNANDO CANTOR CANTOR (q.e.p.d.), pues como ya se dijo no puedan tenerse en cuenta las manifestaciones de la parte actora y las declaraciones extra juicio allegadas resultan precarias para acreditar la convivencia en los términos expuesto, precisándose si bien, para el caso de autos donde el fallecido es un afiliado no se exige un mínimo de convivencia, sí se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común de la pareja para el momento del deceso del señor CANTOR CANTOR, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud de la procreación de una hija

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *«aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del*

³ Audio archivo 23, audiencia del 21 de septiembre del 2023 récord: 41:42

⁴ Audio archivo 23, audiencia del 21 de septiembre del 2023 récord: 58:10

amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado», precisando la misma Corporación que *«la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común»* **excluyendo de ésta «encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida»**, situación que ocurrió en autos pues a pesar de que la señora VERONICA RODRIGUEZ pudo haber acompañado al afiliado fallecido por algunos años no se probó una verdadera comunidad de vida para el momento de su muerte -01 de diciembre del 2008-.

De esta manera, en el presente asunto, no se encuentra demostrado el supuesto de hecho sobre el cual se fundan las pretensiones de la señora VERONICA RODRIGUEZ, destacándose 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 tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era tal parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado distintas conclusiones a las vertidas por la Juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia apelada y consultada.

SIN COSTAS en esta instancia, se REVOCAN las de primer grado y quedan a cargo de la parte actora.

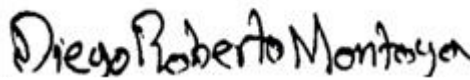
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

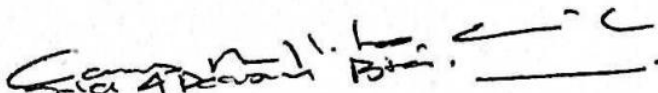
PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas y, en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante VERONICA RODRIGUEZ.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de la 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 MARIA ISABEL ROBLES DURAN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 11 2021 00524 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de noviembre de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 20, récord: 1:32:11*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado del régimen pensional efectuado el día seis (06) de octubre de 1994 por la señora MARIA ISABEL ROBLES DURAN, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración, y fondo de garantía de pensión mínima, entendidos estos gastos de administración como todos aquellos que se hayan realizado con el porcentaje descontado conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993 esto es comisiones de administración, pago de seguros previsionales, entre otros

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante MARIA ISABEL ROBLES DURAN al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de

los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por la demandante en el RAIS, como semanas validas en la historia laboral de COLPENSIONES.

CUARTO: *Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.*

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la sociedad AFP PORVENIR S.A, incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante, la suma de 2 SMLMV.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de **CONSULTA** ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007”.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Página 3 del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 y 4 ibídem), aspirando se declare nulo el traslado de régimen pensional realizado a la AFP PORVENIR en consecuencia se condene al traslado de los aportes efectuados y se condene a COLPENSIONES aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 6 de octubre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., se condenó a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendiendo los gastos de administración como las comisiones de administración, los porcentajes para el pago de primas de seguros de invalidez y de sobrevivientes, asimismo, ordenó a

COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además, a recibir entonces la devolución de los dineros ordenados y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES, y condenó en COSTAS a PORVENIR. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con 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 2002¹.

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de julio de 1966 (*Archivo 01 expediente digital* pág. 23), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 29 de enero de 2021 (*Páginas 53, 54, 60 y 61 archivo 01 del expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir 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, apenas había cotizado **411,71**² semanas

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

(Historia Laboral validad para bono pensional, archivo 10 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.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **6 de octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1994** (Páginas 34 y 35 Archivo 10 del 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.

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
2882	411.71	0	0.00	0	0.00	3096	442.29	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 2882		SEMANAS: 411.71		DIAS: 3096		SEMANAS: 442.29					
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 tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ 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, como lo argumenta Colpensiones, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

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

noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁵ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al lugar de su trabajo llegó el asesor de Porvenir quien le indicó que la mejor opción era trasladarse dado que el ISS se iba acabar, que en nada le iba afectara ya que todo seguiría igual, además indicó que su empleador le dijo que si firmaba el formulario el aumentarían el salario en \$50.000.

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.

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 34, Archivo 10 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

⁵ Audiencia 7 de noviembre del 2023, récord 23:50

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, 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el 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 (6 de octubre de 1994, efectivo el 1º de noviembre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades⁷, 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*

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

del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».**

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el ordinal **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PORVENIR S.A.** conforme a lo ordenado por el Juez *a quo* deberá **retornar todos los conceptos debidamente indexados** 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 adocrinó 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).

Asimismo, se adicionará la decisión de primer grado en aras de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por otro lado, conviene ahondar, 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.

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 COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (páginas 30 a 31, *Archivo 09 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

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 3 de septiembre de 2023 (*Archivo 14 expediente digital*).

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 la sentencia en el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

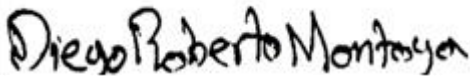
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado**, conforme a lo considerado.

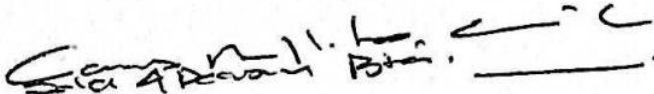
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 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 JAIME TORRES BARRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 11 2022 00037 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 COLFONDOS, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de noviembre de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 17, récord: 1:30:35*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el día diez (10) de abril de 2000 por el señor JAIME TORRES BARRERA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A. acaecida repito en el año 2000. Así como su posterior traslado entre administradoras realizado hacía la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, en el año 2001.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,, a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron en su momento descontados de la cotización y que fueron destinados a gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima es decir los descuentos del Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el fondo de garantía de pensión

mínima en los términos en los que se ha señalado en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante JAIME TORRES BARRERA al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, y además, a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído y a computar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas por este en el RAIS.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia, a las sociedades demandadas PROTECCION S.A. Y COLFONDOS S.A, incluyendo como agencias en derecho en esta instancia en favor del demandante la suma de 2 SMLMV, suma que deberá ser atendida de un SMLMV por cada una de las AFP, condenadas en costas.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007”.

Inconforme con la decisión, la enjuiciada COLFONDOS (Exp. Digital: audio archivo 17, récord: 1:33:38¹) la apeló señalando que no es viable concebir la entrega de

¹ **APODERADA DE COLFONDOS (1:33:38)** Gracias, señor juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recursos de apelación en contra de la sentencia preferida por su despacho en lo que tiene que ver a la condena contra Colfondos, toda vez que dentro del proceso que nos ocupa no se ha establecido la responsabilidad de la AFP, por ende, no es viable concebir la entrega de los gastos de administración. Además, el demandante no se vio afectado por el cobro de estos conceptos, dado que, si hubiera estado en el régimen de prima media, igual se hubiera causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.

Así pues, de acuerdo a la línea jurisprudencial del honorable Corte Suprema de Justicia, los gastos de administración son procedentes bajo los siguientes argumentos, primero, la ratio decidendi de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es proteger a los afiliados, pero debe anotarse en cualquiera de los 2 regímenes se cobra la Comisión del 3%, segundo y mencionado porcentaje, en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión, razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta el monto y la pensión del afiliado en el régimen de prima media y tercero, cuando la AFP devuelve los gastos de administración, los mismos no lleguen al afiliado, sino que ingresan al patrimonio de Colpensiones y, por tanto, no puede considerarse que dicho pago indemniza un supuesto perjuicio que sufrió el afiliado, razón por la cual un cambio de posición respecto a los gastos de administración en ningún caso afecta al afiliado y en esa medida no va en contra de la ratio decidendi.

De otro lado, en cuanto a las primas de seguro, la póliza previsional es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediario; en consecuencia, la AFP recauda las primas de seguro en nombre y (inaudible) de la aseguradora, y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. Por lo anterior, es improcedente que la AFP devuelva unos recursos que nunca recibió, desde la perspectiva de la aseguradora previsional, debe señalarse que se prestó efectivamente el servicio, es decir, por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, ella asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado y si los mismos se hubiesen materializado, lo hubiere correspondido el pago de la suma adicional, para financiar las correspondientes pensiones, es decir, se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado y cuyos efectos no puede retrotraer con consecuencia de la ineficacia. Así pues, asumir esta condena en los términos dispuestos por el despacho, es contrario a lo dispuesto en el principio constitucional previsto en el inciso 7 del artículo 48 de la Constitución nacional, pues se vulnera la sostenibilidad financiera del sistema.

Por lo anterior, solicito al Honorable Tribunal, tenga en cuenta que el actuar de la entidad que representó estuvo cobijada desde el inicio a fin por el principio constitucional de buena fe, pues el actuar de la entidad estuvo reglada por los parámetros legales dispuestos para ese entonces, motivo por el cual le solicito que mi

los gastos de administración, pues el demandante no se vio afectado por el cobro de estos conceptos, dado que, si hubiera estado en el régimen de prima media, igual se hubiera causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.

Expresa en cualquiera de los 2 regímenes se cobra la Comisión del 3%, y el mencionado porcentaje, en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión, razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta el monto y la pensión del afiliado en el régimen de prima media y tercero, precisando cuando la AFP devuelve los gastos de administración, los mismos no llegan al afiliado, sino que ingresan al patrimonio de Colpensiones y, por tanto, no puede considerarse que dicho pago indemniza un supuesto perjuicio que sufrió el afiliado, razón por la cual un cambio de posición respecto a los gastos de administración en ningún caso afecta al afiliado.

De otro lado, en cuanto a las primas de seguro, indica la póliza previsional es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediario; en consecuencia, la AFP recauda las primas de seguro y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. Por lo anterior, es improcedente que la AFP devuelva unos recursos que nunca recibió, pues desde la perspectiva de la aseguradora previsional, señal se prestó efectivamente el servicio, es decir, por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, ella asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado y si los mismos se hubiesen materializado, hubiere correspondido el pago de la suma adicional, para financiar las correspondientes pensiones, es decir, se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado y cuyos efectos no puede retrotraer con consecuencia de la ineficacia, considerando asumir esta condena en los términos dispuestos por el despacho, es contrario a lo dispuesto en el principio constitucional previsto en el inciso 7 del artículo 48 de la Constitución nacional, pues se vulnera la sostenibilidad financiera del sistema.

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

representada sea exonerada de cualquier condena en contra, como son las primas, gastos de administración y costas y agencias sin derecho. Muchas gracias.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Página 2, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 a 3 *ibídem*), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a Protección S.A. en consecuencia se condene a Colpensiones aceptar el regreso al RPM sin solución de continuidad, se ordene a Colfondos (entidad a la que se encuentra actualmente afiliado) que gire a Colpensiones todos los valores que correspondan a las cotizaciones efectuadas en dicho fondo y las que hubiere recibido de otras administradoras de fondos como Protección S.A., se condene en costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 10 de abril del 2000 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., se condenó a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendiendo los gastos de administración como las comisiones de administración, los porcentajes para el pago de primas de seguros de invalidez y de sobrevivientes, asimismo, ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además, a recibir entonces la devolución de los dineros ordenados y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES, y condenó en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con 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 2002².

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante donde se registra como fecha de nacimiento el 24 de mayo de 1962 (*Archivo 01 expediente digital pág. 14*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN y COLFONDOS el 16 de noviembre del 2021 y ante COLPENSIONES el 2 de diciembre del 2021 (*Páginas 56, 63 y 70, archivo 01 del expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **405.01**³ semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones pág. 1, archivo 07 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.

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

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
1002003742	ROBIN HOOD DEL CARIB	13/03/1985	10/07/1985	\$14.610	17,14	0,00	0,00	17,14
1008411842	ORG HOT G M H LT CAF	25/11/1985	31/12/1988	\$39.310	161,86	0,00	0,00	161,86
1008216115	HOLGUIN Y CIA SERV T	08/05/1987	04/05/1988	\$47.370	51,86	0,00	51,86	0,00
1008205568	SIEMENS SOCIEDAD ANO	01/06/1988	29/01/1990	\$149.849	86,86	0,00	30,57	56,29
1002802012	DIGA IMPRESORES LTDA	14/02/1990	02/01/1991	\$61.950	46,14	0,00	0,00	46,14
1006141931	COMERCIAL DEL ORIENT	14/03/1991	10/05/1991	\$99.630	8,29	0,00	0,00	8,29
1003505414	CODIMALLAS S.A.	21/08/1991	27/08/1992	\$234.720	53,29	0,00	0,00	53,29
1003505414	CODIMALLAS S.A.	12/01/1993	31/12/1994	\$450.000	102,71	0,00	0,00	102,71

No obstante lo anterior, 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 **10 de abril del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio del 2000** (*Páginas 45 y 50 Archivo 12 del expediente digital*) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN, 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 tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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 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, como lo argumenta Colpensiones, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el momento de la vinculación a la empresa a donde ingresó a laborar en el año 2000,

⁶ Audiencia 28 de noviembre de 2023, récord 21:52

el asesor de Protección le paso el formulario del fondo de pensiones privado y le dijo que firmara pues el ISS se iba acabar, a lo cual el accedió pues era indispensable para su vinculación laboral. El actor indica que para ese momento si bien había un asesor de la AFP no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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 PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen.

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 PROTECCIÓN (*Página 45, Archivo 12 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 PROTECCIÓN 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 -PROTECCION- 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las

operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(10 de abril del 2000, efectivo el 1º de junio del 2000)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para

retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. y de COLFONDOS S.A. (como actual administradora a la que se encuentra afiliado el demandante), 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. Igualmente se confirma la orden impuesta a las AFP de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades⁸, 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**».*

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el ordinal **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** conforme a lo ordenado por el Juez *a quo* deberá **retornar todos los conceptos debidamente indexados** 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

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

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).*

Asimismo, se adicionará la decisión de primer grado en aras de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Precisando a la recurrente COLFONDOS S.A., frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás emolumentos, 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 los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

Por otro lado, valga precisar en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, 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 COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 29 a 31, *Archivo 06 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.

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 29 de agosto de 2023 (*Archivo 9 expediente digital*).

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLFONDOS, 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 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, 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 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.

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

R E S U E L V E

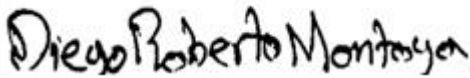
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado**, conforme a lo considerado.

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

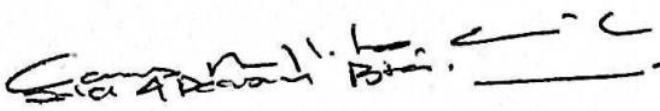
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

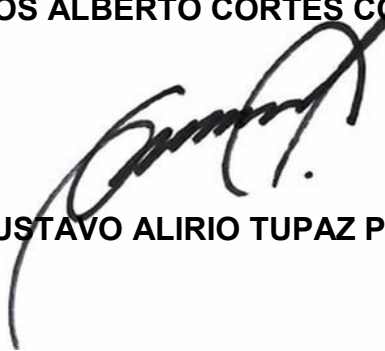
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO MARLENE DURÁN CAMACHO CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) Y VINCULADA COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO PROTECCIÓN S.A. (RAD. 13 2019 00739 02).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 interpuesto por el apoderado de la demandada SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (antes OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) contra la sentencia proferida por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de julio de 2023 (récord 25:09, archivo 13), en la que resolvió:

***“PRIMERO: CONDENAR** a la demandada SIERRACOL ENERGY ARAUCA (antes OCCIDENTAL DE COLOMBIA) a la constitución de un título pensional con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., previó al cálculo actuarial, que se ordena desde ya Protección lo haga, para efectos de que cubra los aportes del tiempo en que no cotizó la demandante MARLENE DURÁN CAMACHO por falta de afiliación por el periodo del 20 de marzo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1987, teniendo en cuenta el último salario devengado de \$403.600,00 mensuales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada.*

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada SIERRACOL ENERGY ARAUCA antes OCCIDENTAL DE COLOMBIA, fijándose como agencia en derecho en esta instancia en favor de la señora demandante la suma de \$1.200.000.”.

Inconforme con la decisión, la demandada SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra¹.

¹ **Recurso Parte Demandada, récord 25:35, archivo 13:** “Muchas gracias su señoría, por medio del presente me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de ser emitida por el honorable despacho y ello, su señoría, tiene asidero en los siguientes puntos. Y es que primero me reitero integralmente en los argumentos de la contestación de la demanda, esbozados también en los alegatos de conclusión y ahora señalados, con referencia a este recurso. Su Señoría ha encontrado que efectivamente no hacía parte del litigio la relación laboral, sus extremos laborales, si no que hacía parte del litigio, sí había lugar o no a la responsabilidad legal de mi representada Occidental Colombia LLC, hoy Sierra Col Energy Arauca LLC. En cuanto a la obligatoriedad de afiliación y cotización al sistema de pensiones respecto de la demandante. Como es claro que no estaba en discusión los extremos temporales, es decir, y como reiteradamente se indicó, el ordenamiento jurídico previsto en ese momento, salvo el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo no previa la posibilidad de que mi representada hiciera la afiliación al Sistema de Seguridad Social a través del ISS, así como tampoco previa la posibilidad de hacer las correspondientes cotizaciones.

Es un hecho de historia jurídica que ese llamamiento obligatorio realizado por el ISS sucedió hasta 1993. En 1993 también se prevé el sistema general de Seguridad Social a través de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 33 previó el instrumento jurídico con el cual hoy nos condena su señoría, que es el cálculo actuarial, es decir, estamos aplicando retroactivamente a una relación laboral, a un contrato laboral que no estaba vigente al 1° de abril de 1994 y tampoco a la expedición, incluso de la Ley 100, le estamos aplicando respecto de esa relación una previsión legal posterior. Y si bien es cierto que se hace alusión a principios de orden constitucional de la Constitución de 1991, lo que es cierto es que también digamos que se aplica retrospectivamente esta interpretación constitucional, siendo que el ordenamiento legal y la primacía legal en ese momento no previa la posibilidad de que mi representada hiciera la correspondiente afiliación ni los correspondientes pagos de aportes a seguridad social, por lo que ya hemos conversado en esta diligencia, la misma sólo fue llamada hasta 1993 y eminentemente de las relaciones laborales y los contratos laborales que se encontrarán vigentes para ese momento respecto de los riesgos de invalidez de ese mismo año. Razón por la cual la norma que en ese momento le era aplicable a mi representada para la cobertura, en particular de la vejez, era el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que preveía, por supuesto, un tiempo de servicio respecto de la empresa de 20 años con la misma compañía. Esa situación no se dio en este caso, sin embargo, pues se está haciendo una aplicación retroactiva y retrospectiva del artículo 33 y el cálculo actuarial.

Como lo digo, no es responsabilidad de la juzgadora, pero que en el ordenamiento jurídico y particularmente en la jurisprudencia de manera desacertada, se ha aplicado el cálculo actuarial, que es una sanción que prevé capital puesto en consideración de la expectativa de vida actualizado. Es decir, una suma altamente gravosa respecto de unas personas jurídicas que no tenían la obligación legal y constitucional porque estamos hablando del marco constitucional del 86, no era obligatorio ni hacer la afiliación, ni hacer las cotizaciones.

En ese orden de ideas, no se puede aplicar una condena a mi representada y hacerla responsable de algo de lo que legalmente no era responsable. Ahora bien, si en gracia de discusión hablásemos de una interpretación amplia del artículo 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, lo cierto es que esta norma también hablaba era de unos aportes que se daban de manera anticipada. Es decir, no procedería una aplicación retrospectiva ni retroactiva, tampoco del cálculo actuarial de una figura del título pensional de cálculo actuarial que está concebido en el artículo 33 de la Ley 100, sino que tendríamos que hablar de los aportes o las cotizaciones a seguridad social actualizados, porque es que se le está aplicando un castigo a mi representada cuando no tenía la validez, no tenía el ordenamiento legal para poder hacer esa afiliación y esas cotizaciones. Si en gracia a la discusión se considerase que hay lugar a una responsabilidad de mi representada que de ninguna manera lo estoy admitiendo, pero si en gracia a la discusión sería respecto de unas cotizaciones de aportes actualizadas y que aparte tienen que tener el carácter equitativo, como se ha mencionado en la contestación de la demanda, como se ha mencionado en los alegatos de conclusión y ahora se reitera de que tendrán que ser compartidos entre empleador y la trabajadora.

Se aparta la sociedad recurrente de la postura asumida por la juez de primer grado, señalando, el ordenamiento jurídico previsto en ese momento, salvo el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo no previa la posibilidad de hacer la afiliación y correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social a través del extinto ISS.

Argumentó, ese llamamiento obligatorio realizado por el ISS sucedió hasta el año 1993, al regularse el sistema general de Seguridad Social a través de la Ley 100 de 1993 y en su artículo 33 previó la figura del cálculo actuarial, aplicándose esta

Ahora esto con ocasión, todo esto que he dicho con ocasión de que entonces la aplicación del artículo 33, que está limitada digamos que aún incluso su posibilidad de retrospección que está prevista en la Ley 100 de 1993, está prevista desde los vínculos laborales que hubiesen estado vigentes al momento de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100, tendremos que irnos a las sentencias de aplicación erga omnes de la sentencia C 506 de 2001 y C 1024 del 2004 que declararon la accesibilidad de la mencionada norma y normas que son de obligatoria aplicación para el ordenamiento legal y respecto del otro argumento del que he hecho mención, y es que sí, eventualmente sí, en gracia a la discusión, hipotéticamente se considerase que hay lugar a una responsabilidad de mi representada con ocasión de esa interpretación del artículo 72 de la Ley 90 de 1946, que lo que refiere es al aporte previo y no a un cálculo actuarial o, una reserva actuarial, lo que tendrá que hacerse es seguir la línea jurisprudencial de las sentencias T 784 de 2010 y T 712 de 2011, que ordenaron, como ya se dijo a la administradora de pensiones, que liquide la suma actualizada de acuerdo con el salario devengado de la trabajadora en el periodo durante el cual laboro y que se transfiera ese valor actualizado. Sin embargo, hablando en particular del pago de cotizaciones actualizadas de manera compartida entre la empresa y el trabajador.

Eso ya nos cambia completamente el panorama y creo que merece la observación del Tribunal para que revoque integralmente la sentencia, absuelva mi representada de todas y cada una de las pretensiones y si considerase que hay lugar a una responsabilidad pensional en cabeza de mi representada, será con este ordenamiento legal al que he hecho referencia, y es que no debería ni aplicarse una sanción como lo que supone el cálculo actuarial en términos prácticos y materiales, no debería aplicarse retroactivamente o retrospectivamente cuando el ordenamiento legal no da para ello porque se estiraría el ordenamiento legal a un punto en el cual no tenía aplicación legal, ni siquiera el cálculo actuarial, sino que lo que debería, entonces, si en gracia de discusión se considerase, pues el pago de cotizaciones actualizadas de manera compartida, como lo hemos señalado.

Así las cosas, lo que debería aplicarse es darse demostrado todas las excepciones propuestas por mi representada, debe revocarse integralmente la sentencia que acaba de ser proferida, si se considera que llega a haber una responsabilidad pensional, tiene que ser en el sentido señalado y es decir, unas cotizaciones actualizadas que deben ser compartidas en un 75% en cabeza de la empleadora, 25% en cabeza de la trabajadora para aplicar una medida de justicia y de equidad en el en ese reconocimiento pensional, si es que hay lugar a ello y entender que el ordenamiento jurídico aplicable hacía imposible una afiliación y unas cotizaciones y por ende no aplicar una sanción como en este caso se está haciendo.

Así las cosas, su señoría, me reitero en todos y cada uno de los argumentos señalados en la contestación, en los alegatos de conclusión, pido que se absuelva a mi representada de todas las pretensiones de la demanda. Que no se aplique una previsión de cálculo actuarial, si se considera una obligación pensional en cabeza de ella, pues tendrá que ser de cotizaciones de aportes actualizada que deben tener el carácter compartido y compartido, me refiero a que haya una parte en cabeza de la trabajadora del 25% y un 75% en cabeza de la empleadora. Asimismo, apelo también la decisión de condenar en costas a mi representada justamente porque su posición jurídica ha sido una posición jurídica con ocasión del ordenamiento jurídico vigente al momento de la relación legal laboral que tuvo con la demandante y no por un mero capricho. Muchas gracias, su señoría”.

EXP. No. 13 2019 00739 02 MARLENE DURÁN CAMACHO CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) Y VINCULADA COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO PROTECCIÓN S.A.
última de manera retroactiva a una relación laboral que no estaba vigente al 1º de abril de 1994 y tampoco a la expedición de la Ley 100.

Insistió, en ese momento no se previa la posibilidad de hacer la correspondiente afiliación ni los correspondientes pagos de aportes a seguridad social, sólo fue hasta el año 1993 siendo aplicable a los contratos laborales que se encontrarán vigentes únicamente para dicho momento.

Para el caso concreto, arguyó, la norma que era aplicable consistía en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual prevé un tiempo de servicio respecto de la empresa de 20 años y dicha situación no se dio en este caso, sin embargo, se está haciendo una aplicación retroactiva y retrospectiva del artículo 33 de la ley ibidem, resultando desacertado aplicar la figura del cálculo actuarial, al tratarse de una sanción que prevé un capital puesto en consideración de la expectativa de vida actualizado, siendo una suma altamente gravosa respecto de las personas jurídicas que no tenían la obligación legal y constitucional de efectuar cotizaciones.

Agregó, si en gracia a la discusión se considera que hay lugar a una responsabilidad de la empresa enjuiciada, sería respecto de unas cotizaciones o aportes actualizados, los cuales tendrán que ser compartidos entre el empleador y la trabajadora, todo esto en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias C 506 de 2001 y C 1024 del 2004, por medio de las cuales se declaró la accesibilidad de la mencionada norma siendo de obligatoria aplicación para el ordenamiento legal.

Igualmente refutó, debe ordenarse el aporte previo y no el cálculo actuarial, con base en la línea jurisprudencial de las sentencias T 784 de 2010 y T 712 de 2011, que ordenaron a la administradora de pensiones liquidar la suma actualizada de acuerdo con el salario devengado de la trabajadora en el periodo durante el cual laboró, ordenando transferir ese valor actualizado de manera compartida entre la empresa y el trabajador.

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 **MARLENE DURÁN CAMACHO** las pretensiones relacionadas a página 45 del archivo 01 – subsanación-, las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados a páginas 44 a 45, *ibidem*; solicitando:

PRIMERO: Que se declare que entre **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC** y **MARLENE DURÁN CAMACHO** existió contrato de trabajo celebrado entre el 20 de marzo de 1984 y el 30 de noviembre de 1987.

SEGUNDO: Que se declare que de conformidad con la Ley 90 de 1946 y jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC** tiene la obligación de proveer los dineros para la pensión de **MARLENE DURÁN CAMACHO**.

TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC** a que transfiera al FONDO DE PENSIONES EL PORVENIR, el valor actualizado de las sumas correspondientes a los aportes de pensión de la señora **MARLENE DURÁN CAMACHO** causados entre el 20 de marzo de 1984 y el 30 de noviembre de 1987, para un salario de ese entonces de CUATROCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS PESOS (\$403.600), realizando la liquidación actuarial correspondiente, junto con los intereses a que haya lugar a la tasa máxima legal establecida.

Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó “a la demandada SIERRACOL ENERGY ARAUCA (antes OCCIDENTAL DE COLOMBIA) a la constitución de un título pensional con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., previó a la elaboración del cálculo actuarial, el cual deberá ser elaborado por Protección para efectos de cubrir los aportes del tiempo en que no cotizó la demandante MARLENE DURÁN CAMACHO por falta de afiliación por el periodo del 20 de marzo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1987, teniendo en cuenta el último salario devengado de \$403.600,00, se declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y se condenó en costas. Lo anterior tras considerar la *a quo*, en primer lugar, se acredita que la demandante laboró para la demandada desde el 20 de marzo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1987, devengando un último salario de \$403.600. Respecto a la procedencia del pago de los aportes pensionales causados en dicho interregno, expuso, el régimen jurídico instituido por la Ley 90 de 1946, creó una obligación para las empresas con sus trabajadores, consistente

en realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación, por tanto, la aquí demandada debía hacer las provisiones necesarias para que una vez el I.S.S. la llamara a cotizar por sus trabajadores, pagaran los respectivos aportes mediante el cálculo actuarial respectivo o título pensional en su caso, teniendo en cuenta que la trabajadora no puede verse afectada por una decisión de un tercero como lo es el I.S.S., no existiendo entonces norma que habilite a la enjuiciada a extraerse del pago de los aportes pensionales bajo la figura de cálculo actuarial.

Así pues, en primer lugar, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvertió la existencia de la relación laboral con la demandante, sino que mostró inconformidad frente a la condena al pago del cálculo actuarial dispuesto por la Juzgadora inicial.

Al efecto, nótese que en el hecho 1º – pág. 44. Archivo 01- de la subsanación de la demanda se indicó: *“La señora MARLENE DURAN CAMACHO estuvo vinculada mediante contrato laboral a término indefinido con OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC., empresa dedicada a la industria petrolera, desde el 20 de marzo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1987, fecha en la cual terminó la relación laboral, tal y como se acredita con la certificación laboral que se anexa a la presente demanda”*, fundamento fáctico que fue aceptado por la enjuiciada – página 74, ibidem-. A la par, esta situación se soporta con la certificación laboral que reposa a página 31, expedida en fecha 18 de agosto de 2017.

De esta manera, a efecto desatar la alzada, debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual no era obligatorio realizar la afiliación y por ende la cotización de aportes a pensión, por el hecho de que en el lugar donde se prestó el servicio por parte del trabajador no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, y por esa razón no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador, no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicho Instituto, en Sentencia SL 9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No.

EXP. No. 13 2019 00739 02 MARLENE DURÁN CAMACHO CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) Y VINCULADA COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO PROTECCIÓN S.A. 41475², fue reexaminado el tema considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos

² Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el periodo en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfaramente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

EXP. No. 13 2019 00739 02 MARLENE DURÁN CAMACHO CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) Y VINCULADA COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO PROTECCIÓN S.A.
efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho, al excluirse el periodo durante el cual

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal”.

EXP. No. 13 2019 00739 02 MARLENE DURÁN CAMACHO CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) Y VINCULADA COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO PROTECCIÓN S.A. prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el empleador debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

En el caso propuesto en la jurisprudencia traída a colación, si bien se trata de una situación de falta cobertura en algunas zonas geográficas, tal hipótesis, se equipará perfectamente al caso de las empresas petroleras para quienes surgió la obligación de afiliación de sus trabajadores al I.S.S., con posterioridad, ya que la consecuencia en ambos casos es la misma, precisamente, la falta de asunción de los riesgos de IVM por parte del I.S.S. Sobre el mismo aspecto también puede consultarse la sentencia SL 3892 del 2 de marzo del 2016.³.

³ “En lo que atañe a los **tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria**, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social.

(...)

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y

Y pese a que en dicho pronunciamiento se hace mención a la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003, en el literal c) del párrafo 1, que hace referencia a la vigencia del contrato de trabajo para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para el caso de autos, salvado el escollo relacionado con la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales para el sector petrolero en la época de vigencia del contrato de trabajo de la aquí demandante, a efecto de tener en cuenta dichos tiempos de servicios para su derecho pensional, bien podemos acudir al literal d)⁴ del mismo párrafo, -introducido al artículo 33 original por la reforma realizada en la Ley 797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada en donde se adujo que *"...si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho"*.

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en

tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador."

Parágrafo 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;*
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores cpie antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.*
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.*
- e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.*

EXP. No. 13 2019 00739 02 MARLENE DURÁN CAMACHO CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) Y VINCULADA COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO PROTECCIÓN S.A.

ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que:

"...infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma".

A más de lo anterior, debe tenerse en cuenta, la posición asumida por la Corte Constitucional y que puede leerse por ejemplo en la sentencia T-784 de 2010, en la cual concluyó:

"i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.

iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946-.

Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 adquirió carácter general la obligación por parte de los empleadores de afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, incluidos incluso aquellos patronos del sector privado que se dediquen a la industria del petróleo.

Sin embargo, resulta fundamental para la solución del caso en concreto resaltar que, si bien para las empresas de petróleos la obligación de afiliar sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición de la resolución 4250 de 1993, la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación surge con el artículo 72 de la ley 90 de 1946, plenamente aplicable a las empresas de petróleos.

En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el

Igualmente, sobre este tópico, en sentencia CSJ SL 3071-2023, se explicó:

“Así las cosas, para resolver tal cuestionamiento se recuerda que la intelección del art. 76 de la Ley 90 de 1946 y de los arts. 59 a 61 del Acuerdo 244 de 1966 aprobado por el art. 1 del Decreto 3041 del mismo año, está decantada pacíficamente por esta Corte a partir de la sentencia CSJ SL9856-2014, criterio hoy vigente que impone a los empleadores responder por el pago del cálculo actuarial correspondiente a periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuvieran la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS, por falta de cobertura territorial e incluso de llamamiento a afiliación. Así razonó esta Corporación en la providencia referida:

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, [...]

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

[...]

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

[...]

Este criterio fue reiterado, entre otras sentencias, en la CSJ SL220-2021, donde se dijo:

Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación, estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del Instituto de Seguros Sociales. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que esa entidad asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela al instituto en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores aun cuando no hubiera presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

Ahora, la inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se ordenó por primera vez a través del Acuerdo 224 de 1966 y, como bien lo cita la recurrente, para el sector petrolero comenzó a partir del 1.º de octubre de 1993, y con la vigencia de la Ley 100 de 1993, se instituyó la afiliación obligatoria para todos los trabajadores dependientes del país, entre otros. Por su parte, en los artículos 23 y 24 de dicha norma se establecieron sanciones y acciones de cobro cuando los empleadores no efectúen los aportes que les corresponde realizar en los términos de tal regulación.

Además, en el artículo 33 de la ley en comento se contempló la situación de aquellos trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no fueron afiliados al régimen de pensiones, para lo cual se instauró que, a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel debía asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones de la misma normativa y en sus decretos reglamentarios.

(...)

Además de lo anterior, la jurisprudencia ha destacado que sí existe fundamento de la obligación impuesta, no solo en la Ley 100 de 1993, sino desde la Ley 90 de 1946. En el fallo CSJ SL1551-2021, se indicó:

Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, (...), no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social. “ (negrilla y subrayado fuera del texto).

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la enjuiciada, en cuanto indica que para la fecha en que el ISS realizó el requerimiento de afiliar a los trabajadores, la demandante ya no se encontraba vinculada, como tampoco el hecho de actuar de buena fe, en tanto no existía disposición normativa alguna que la facultara para la realización de la afiliación de la demandante y el correspondiente pago de los aportes, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

En lo que hace a la inconformidad que se hizo consistir en relación con el pago del cálculo actuarial, teniendo en cuenta únicamente el porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar que la parte demandada no probó en autos que durante la vinculación laboral con la demandante le hiciera los descuentos correspondientes para tal fin, siendo el empleador el obligado a recaudarlos, como tampoco que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste, pues si bien el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto **no** significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo cual como se vio no se hizo por la demandada.

Entonces, no es viable pretender la distribución del cálculo actuarial e imponerle a la aquí actora el 25% de tal condena, máxime cuando, la disposición que rige el mencionado cálculo no previó la contribución del trabajador. Así se precisó en el fallo CSJ SL673-2021, en el que se dijo:

“La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional». (Negrilla de la Sala).

Por otra parte, para los efectos de este particular caso no tiene trascendencia la proporción con que tanto el empleador como el trabajador deban contribuir al sistema para la construcción de la pensión de este último, por cuanto en verdad el fundamento de la condena estriba en que para ese entonces - cuando no había cobertura del ISS - la pensión estaba a cargo del empleador, así que asumiendo por ese lapso el pago del cálculo actuarial, se libera de su obligación, recuérdese lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 aplicable también a las empresas petroleras.

Así las cosas, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la sociedad recurrente SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC), por cuanto es bajo la figura de cálculo actuarial que deben realizarse los aportes por los periodos del 20 de marzo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1987 **y no una actualización de las sumas debidas por concepto de aportes**, como se pretende, pese a que la intención de esta encartada no fue defraudar al sistema ni evadir la obligación que le asistía como empleadora.

Sobre este punto, recuérdese que los periodos en que no hubo afiliación NO pueden ser asimilados a aquellos en que, si hay afiliación, pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

Adviértase, en los periodos que se presenta mora patronal, pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación**, caso que se presenta en autos, el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁵, por ende, no tiene vocación de prosperidad los argumentos de la empresa enjuiciada.

⁵ 2. *Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.*

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por el gestor judicial de la enjuiciada SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC) en cuanto da a entender su actuar de buena fe, bajo la premisa que no existía disposición normativa alguna que la facultara para la realización de la afiliación de la demandante y el correspondiente pago de los aportes, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

En los términos que anteceden no hay lugar a acceder a la revocatoria deprecada, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio del recurso de apelación, procediendo la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC).

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

R E S U E L V E

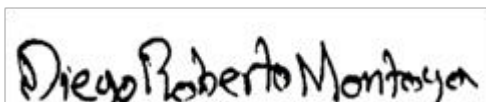
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

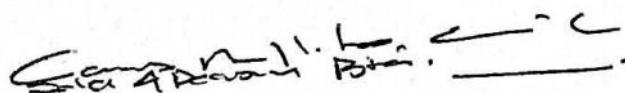
Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto).

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (ANTES OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC), conforme a lo expuesto.

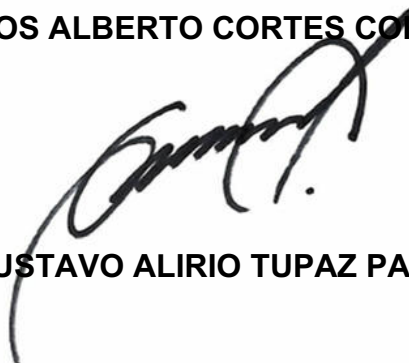
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

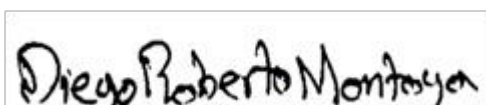


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.300.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERALDINE BEDOYA
GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.- (RAD. 14 2021 00134 0201).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

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 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 24 de marzo de 2022 (24Linkaudiencia, récord 30:28), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a Bancolombia S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante Geraldine Bedoya Graterol, atendiendo lo analizado en precedencia

SEGUNDO: Se CONDENA en costas de esta acción a la parte demandante. En la oportunidad se tasarán.

TERCERO: RELEVARSE este Juzgado del estudio de medios exceptivos propuestos por el Banco demandado en atención al carácter absolutorio del litigio.

CUARTO En el evento de no apelarse esta decisión debe consultarse, (inaudible), por el Tribunal de Bogotá - Sala Laboral y grado jurisdiccional de CONSULTA. “.

Inconforme con la decisión, la demandante la apeló¹, manifestando, no hay demostración por parte del banco en la reiteración de la conducta, pues existe una

¹ **Recurso Demandante (récord: 31:26, archivo 24):** “Gracias. Bueno, el fallo es concreto en el planteamiento y hace ver lo que corresponde a la labor de la trabajadora demandante es frío y así mismo plantear que esta labor que se ejerce, por la que le endilgan a la trabajadora el día de hoy era la labor organizada un momento de un día, hay, o sea, se recuerda que hay 26 días laborables los que esta es una parte de la labor.

No hay demostración por parte del banco de reiteración en la conducta de la trabajadora demandante, tenemos una venta que no es de la trabajadora demandante, la venta es de la gerente es de todas quien la obligación de velar por esa documentación es esa venta que es la gerente y la labor de la trabajadora se limitaba a, como ella no tenía la facultad en el sistema para inscribirla. es lógico que, la trabajadora tenga que hacerle caso y que entre otras cosas, porque a la gerente también tiene en su cabeza, no hacer cosas irregulares, si no tienen la tarea de vender, vender porque la meta señoría, es ventas en la oficina, por eso los califican, es la que más venda y era un producto nuevo, por eso se plantea allí que es un piloto, y hay que destacar esto, ilustrando así porque la trabajadora demandante (inaudible) en el 2016 y tiene, ahí está demostrado en el expediente varias felicitaciones, se ganó, viajes por su labor,. esta es una parte apenas de esa labor, y entonces vuelvo a ella, se venden las pólizas, el tomador que firma las pólizas es el gerente, lo que quedó pendiente porque aquí para (inaudible) el tomador, es el de prima, quedo pendiente fue los beneficiarios del seguro, no los tomadores, el que desembolsaba la plata, firmaba y pagaba, y autorizó, de ahí la certificación, esa es la parte de la venta porque el banco hoy plantea eso, pero es que ese es el objetivo de ellos, vender seguros, venda, venda, venda y la exigencia para las gerentes metas, metas de dinero.

La trabajadora, no se dedica solamente a clavarle esto, la trabajadora tiene una innumerable cantidad de funciones que cumple día a día, esta es una partecita porque ella también tiene que vender, porque ella también carga punto de ella, lo planteó su señoría en el día de hoy, no solamente los de ella, sino que si hay cajeros que también venden, también tiene que cargar los dentro de los cajeros, luego no es irregular. no es descabellado que de solo, en este ejemplo de 24 a 25 pólizas se había equivocado en dos, perfectamente humano, es perfectamente posible que se los haya cargado e incluso me atrevo a decir que es factible, que ni se haya dado cuenta, se dio cuenta cuando, con la investigación, su señoría plantea el día de hoy en el día de los descargos no planteó nada, pero es que en los descargos, unos descargos atropellados, llega usted cometiéndose tal cosa, vamos a hablar y vamos a hablar, es que es ya porque ahí está la prueba de que se le puso, de que se quiso que se le acompañara con abogado y con el presente sindicato y no permitieron la intervención de ellos, es más en la investigación, en el proyecto que estaba allí, que obra en el expediente, el desarrollo del proceso investigativo por parte Bancolombia, que lo hace de manera unilateral, que no permite la intervención del trabajador, no señala la certeza de que la trabajadora hubiera incurrido en alguna irregularidad, se plantea en la misma, posiblemente debe hacerse acreedor, averigüe con ella. Bueno, el averiguar es que la venta de la obligación y la custodia también de los documentos correspondía a la gerente a Jenny Rojas, porque ella es la que le cargaron la venta, porque ella es la que se ganó la comisión por dicha venta y así lo aceptó ella, era venta de la gerente, recoge y entrega en los (inaudible) está planteado que se entrega a la gerente, quien maneja la documentación quien tiene la obligación, yo pido el favor hey, me registran allí que tengo que mirar una vez, por favor pido el favor también de ir a recoger la misma, por favor, cuando tengas estoy seguro que lo entregaron, es la voz de la gerente, no, es la voz de la funcionaria, reiteró, no pueden plantear aquí que hace una práctica reiterada, es en una venta de muchas ventas, en una venta de un día, de entre muchas ventas de al mes, eso 26 días sale más o menos los que hay, en los que se venden y cada quien avisa en un solo mes, hubo dos errores para una (inaudible) a favor de ella y lo otro bueno en el teléfono existe prueba, de que haya existido una reclamación plena por parte de prisma, ni en cuanto a que no compro las pólizas ni en cuanto a que haya quedado irregularidades en ella o incluso que el prisma haya presentado alguna reclamación, la plata ingresó a Bancolombia, no hay prueba de que Bancolombia, haya perdido dinero alguno, por el contrario, resultó la totalidad del pago de las pólizas vendidas y tampoco hay aquí prueba de que Geraldine o la gerente. se hayan apropiado de lo que no le corresponde o que se hayan beneficiado porque aquí Bancolombia lo que me trae hoy al día de hoy no es la prueba de que Geraldine se apropió de 2, supuestamente de 2 códigos, pero no establecieron el proceso. ¿Cuánto fue esa apropiación? ¿Cuánto fue el dinero que ya se ganó?

Existe aquí confusión, así lo presentan a la hora de la toma de la firma de entre tomador y asegurado, así lo plantea hoy, las firmas del tomador que es prima están completas, faltaban las del beneficiario, las del asegurado. En el testimonio de la gerente (inaudible) con total calidad que la venta la efectuó ella y que no podía grabar por esa razón la entregaba las asesoras, como lo es aquí la demandante para su grabación y trámite de toma de firmas teniendo que si (inaudible) no estaba habilitado para dicho fin.

De igual manera, señaló que se trataba de un plan de venta cruzada nuevo, deja claro que el modelo se fue modificando sobre la marcha había errores y lo fueron modificando en la implementación, dentro del proceso también obra prueba de documentos suficientemente que el accionante, percibió varias felicitaciones (inaudible) entonces, yo considero sí, hubo una falla, sí está ahí faltaron, se equivocaron una toma de unas firmas, pero no es una falla reiterada, es en una sola venta, de muchas de miles que hizo la trabajadora demandante.

venta que no es de la demandante, ello fue de la gerente quién tiene la obligación de velar por la documentación de esa operación, limitándose la labor de la promotora de esta litis a vender porque la meta consiste en ventas en la oficina, por eso la calificaban, se trataba de la que más vendiera y era un producto nuevo, por eso se plantea que es “piloto”, y hay que destacar esto, porque la actora en el 2016 tuvo varias felicitaciones, ganó viajes por su labor, entonces, esa gestión fue una parte de la labor. Explicó, se venden las pólizas, el tomador que firma las pólizas es el cliente, lo que quedó pendiente fue los beneficiarios del seguro, no los tomadores, pues el que desembolsaba la plata, firmaba y pagaba firmó las pólizas, de ahí la certificación, esa es la parte de la venta porque el banco tiene como objetivo vender seguros y la exigencia para las gerentes son las metas en dinero.

Agregó, la demandante no se dedica solamente a realizar esta labor, la trabajadora tenía una innumerable cantidad de funciones que cumplía día a día, tenía que vender, hay cajeros que también venden, luego no es irregular, no es descabellado que de 24 a 25 pólizas se equivocara en dos, es perfectamente humano y posible que se hayan cargado 2 pólizas a su propio código y no se haya dado cuenta, se dio cuenta con la investigación efectuada por el banco.

Narró, en los descargos la demandante fue atropellada, ella quiso que la acompañara un abogado y el sindicato y no se permitió la intervención de ellos, es más, en la investigación que obra en el expediente, el desarrollo del proceso investigativo lo hizo Bancolombia de manera unilateral, no permitió la intervención de la trabajadora, no da certeza de que la trabajadora hubiera incurrido en alguna irregularidad, la custodia también de los documentos correspondía a la gerente Jenny Rojas, porque ella es a la que le cargaron la venta, ella fue la que se ganó la comisión por dicha venta y así lo aceptó, era venta de la gerente, la gerente es quien maneja la documentación y quien tiene la obligación, por lo que no pueden plantear aquí una práctica reiterada, es en una venta de muchas, es una venta de un día.

Añadió, en el teléfono no existe prueba, de que haya existido una reclamación plena o incluso que hubiera presentado alguna reclamación, la plata ingresó a Bancolombia, no hay prueba de que el Banco haya perdido dinero alguno, por el contrario, resultó la totalidad del pago de las pólizas vendidas y tampoco hay prueba de que la actora o la gerente. se hayan apropiado de lo que no le corresponde o que se hayan beneficiado porque aquí Bancolombia no prueba que

Entonces, yo solicité al Honorable Tribunal, se sirva mirar todo lo que he planteado el día de hoy y revoque la sentencia primera instancia y en su lugar ordene el reintegro de la demandante. Muchas gracias señoría, muy amable”.

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
la demandante se apropió de 2 códigos, además, no se estableció en el proceso cuánto fue esa apropiación o el dinero que se ganó.

Existe aquí confusión, así lo presentan a la hora de la toma de la firma entre el tomador y el asegurado, las firmas del tomador están completas, faltaban las del beneficiario y las del asegurado. En el testimonio de la gerente con total claridad señala que la venta la efectuó ella y que no podía grabar por esa razón la entregaba a las asesoras, aunado a que la demandante para su grabación y trámite de toma de firmas no estaba habilitada.

De igual manera, señaló, se trataba de un plan de venta nuevo, el modelo se fue modificando sobre la marcha, había errores y fue mutando con la implementación, dentro del proceso obra prueba de los documentos que dan cuenta de las felicitaciones que recibió la demandante, entonces, si hubo una falla, se equivocó en la toma de las firmas, pero no es una falla reiterada, fue una sola venta, de muchas que hizo la trabajadora.

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 GERALDINE BEDOYA GRATEROL, las pretensiones relacionadas en la demanda (*expediente digital, archivo 08 – subsanación- páginas 8 y 9*), las cuales se soportaron en los supuestos fácticos descritos a páginas 4 a 8, *ibidem*, encaminadas a que se declare:

1. Que mi poderdante prestó sus servicios personales a la entidad demandada, bajo la regulación de un contrato de trabajo a término indefinido, durante el periodo comprendido entre el 16 de junio del año 2016 y el 28 de febrero de 2020, desempeñando como últimas funciones las de ASESOR INTEGRAL II tiempo completo.
2. Que mi poderdante es asociada del SINDICATO DE TRABAJADORES DE ENTIDADES FINANCIERAS "SINTRAENFI".
3. Que el Sindicato "SINTRAENFI" al cual se encuentra afiliada la demandante, presentó un PLIEGO DE PETICIONES a BANCOLOMBIA S.A., en el mes de octubre de 2016 y el cual a la fecha de presentación de la demanda no ha sido resuelto en su totalidad.
4. Que la trabajadora demandante es beneficiaria del FUERO CIRCUNSTANCIAL, consagrado en el Artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965.
5. Que la trabajadora demandante fue despedida sin justa causa previamente comprobada el 28 de febrero de 2020.
6. Que la terminación unilateral del contrato de la trabajadora demandante es nula y no produce efectos por ser violatoria del FUERO CIRCUNSTANCIAL, consagrado en el Artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965.
7. Que de conformidad con la declaración anterior, se condene a la entidad demandada, al reintegro de la trabajadora

demandante **GERALDINE BEDOYA GRATEROL**, sin solución de continuidad, al cargo de ASESOR INTEGRAL II, o a otro de igual o superior jerarquía, a partir de la fecha de su injusto despido (28 de febrero de 2020).

8. De conformidad con lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a la trabajadora demandante los salarios, primas, cesantías, intereses a las cesantías, cotizaciones al régimen de seguridad social y demás prestaciones sociales, legales y extralegales correspondientes a todo el tiempo que transcurra desde su ineficaz despido y hasta la reincorporación efectiva al mismo o a similar cargo, junto con las respectivas alzas a que haya lugar.
9. De conformidad con lo anterior, se condene a la entidad demandada a pagar a la trabajadora demandante el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, prima de vacaciones y demás prestaciones convencionales correspondientes a todo el tiempo que transcurra desde su ineficaz despido y hasta la reincorporación efectiva al mismo o a similar cargo, junto con las respectivas alzas.
10. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante los periodos de vacaciones a que haya lugar y que se cumplan desde su ineficaz despido y hasta que se produzca su reintegro a igual o superior cargo que ocupaba al momento del despido.
11. Que se condene a la entidad demandada a pagar todas las sumas antes mencionadas debidamente indexadas a fin de que su pago sea total;
12. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho.
13. Que se condene a la entidad demandada en todo lo ultra y extrapetita que resulte probado en el proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la demandante. **Lo anterior tras considerar la a quo**, no existe discusión entre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, ejecutando la actora el cargo de Asesor integral II, así como no se discute la calidad de afiliada al Sindicato de Trabajadores de Entidades Financieras “SINTRAENFI”, siendo despedida de manera unilateral por parte de la demandada el 28 de febrero de 2020. Así mismo, es un hecho aceptado por las partes que, la Organización Sindical -SINTRAENFI- el 31 de octubre de 2016- radicó pliego de peticiones, encontrándose entonces al momento del despido de la actora vigente el conflicto colectivo.

Puntualmente, la *a quo* manifestó, la actora no cumplió con los procedimientos previstos para *–grabar las pólizas–*, pues constituyó las mismas cuando los clientes no estaban en la oficina, omitiéndose la firma y huella de los beneficiarios, posteriormente, procedió a entregar las pólizas a la Gerente del banco, existiendo malas prácticas por parte de la demandante pese a tratarse de un plan piloto, no pudiéndose constatar en el proceso si el contrato de seguro estaba o no suscrito, como lo soporta la actora, ni cómo fue el trámite de colocación en el sistema, pues quedó acreditado que no se garantizó la confiabilidad de la información conforme a los parámetros dispuestos por el banco.

Frente a la custodia de las pólizas, narró, la demandante no explicó con certeza cuál fue el procedimiento que llevó a cabo para cumplir con esta obligación, aun

más cuando fue quién recogió las 24 pólizas, incurriendo en malas prácticas en la venta de 2 productos con el fin de lograr el pago de comisiones, resaltó, no existe firma en las pólizas y solo se registró la venta de las pólizas, siendo, además, pagadas las primas en su totalidad. En sentir de la juzgadora, se demostró que la actora incurrió en las conductas endilgadas por BANCOLOMBIA S.A. ya que desatendió los procedimientos previstos por el empleador dando paso al finiquito contractual pese a encontrarse vigente el conflicto colectivo.

Con el fin de resolver el problema jurídico sometido a consideración de la Sala, se recuerda, mediante esta demanda la promotora de la litis pretende se declare que al momento de su despido gozaba de fuero circunstancial, atendiendo que, para ese momento, la organización sindical -Sindicato de Trabajadores de Entidades Financieras "SINTRAENFI"-, había presentado pliego de peticiones a la sociedad BANCOLOMBIA S.A.

En primer lugar, es absolutamente claro para la Sala, que el mínimo requisito que debe cumplir, quien pretenda el mentado amparo foral, consiste precisamente en ostentar la calidad de trabajador de la sociedad ante la cual se presentó el pliego de peticiones y que se encuentra en conflicto colectivo, aspecto éste sobre el cual no existe controversia, en la medida que la enjuiciada BANCOLOMBIA S.A. al dar respuesta al hecho 4 de la demanda admitió. *"La demandante empezó a prestar sus servicios a BANCOLOMBIA S.A. el día 16 de junio del año dos mil dieciséis (2016), en el Cargo de Cajera medio tiempo en la oficina Quirigua de la ciudad de Bogotá D.C."*. Igualmente, al dar respuesta a los hechos 7, 9, 11 y 12, aceptó el último cargo desempeñado, salario básico y auxilios, aunado a los desprendibles de pago, liquidación final y contrato de trabajo aportados, de los cuales se extrae que la actora ejecutó el cargo de ASISTENTE INTEGRAL II, devengando un salario \$2.743.295 desde el 15 de junio de 2016 al 1º de marzo de 2020 -páginas 212 a 264 y 269 del archivo 11-, siendo claro que la existencia de un contrato de trabajo no está en discusión y, por tanto, la señora GERALDINE BEDOYA GRATEROL, ostentaba la calidad de trabajadora.

Aunado a ello, se destaca, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo a través de la misiva de fecha 28 de febrero de 2020 que obra a páginas 1 a 4 del archivo 01 del plenario.

Por otra parte, en autos se encuentra acreditada la existencia de la organización sindical Sindicato de Trabajadores de Entidades Financieras "SINTRAENFI", así como la existencia de un conflicto colectivo invocado por la referida Organización Sindical y la empresa BANCOLOMBIA S.A., pues con las documentales aportadas

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
al plenario se extrae que se presentó pliego de peticiones a la entidad bancaria el 31 de octubre de 2016 -páginas 29 a 66, archivo 01-, iniciando así el conflicto colectivo.

En este mismo sentido, la señora GERALDINE BEDOYA GRATEROL se encontraba afiliada al Sindicato de Trabajadores de Entidades Financieras “SINTRAENFI”, desde el 24 de febrero de 2020, tal como lo certificó la organización en los siguientes términos (página 06, archivo 01):



**“SINTRAENFI”
HACE CONSTAR QUE:**

De acuerdo con nuestros registros de la secretaria, la señora **GERALDINE BEDOYA GRATEROL**, identificada con cédula de ciudadanía No. **1.018.486.001**, hizo parte del Sindicato en las fechas comprendidas desde el día 24 de febrero 2020 hasta febrero 28 de 2020.

Esta constancia se expide a solicitud del interesado el día 20 del mes de enero de 2021.

Atentamente,

DANEY VEGA RODRIGUEZ
SECRETARIA

Lo anterior conduce a esta Sala a concluir, en efecto, al momento de producirse el despido de la demandante, la sociedad BANCOLOMBIA S.A. se encontraba en pleno proceso de negociación colectiva con el sindicato de Trabajadores de Entidades Financieras “SINTRAENFI”, iniciando la misma el 31 de octubre de 2016, información que se extrae de la sentencia aportada (SL 3491- 2019) (páginas 82 a 134, archivo 01).

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pretensiones de la parte actora derivan de la declaración dirigida a que la demandante para la fecha del despido se encontraba cobijada por el amparo de fuero circunstancial, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 que reza:

“ARTICULO 25. Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

En ese mismo sentido, el Decreto Único Reglamentario 1072 del 2015 en su artículo 2.2.2.1.9 recopiló lo establecido en el Decreto 2351 de 1965 y en el Decreto 1373 de 1966 consagrando: “La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.” (Subrayado fuera de texto)

Al tenor de la disposición normativa en cita, el llamado fuero circunstancial constituye una protección laboral a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, para que no se les despidan sin justa causa comprobada, a partir del momento en que se inicia el conflicto colectivo con la respectiva presentación del pliego de peticiones, garantía de la cual gozan trabajadores sindicalizados o no sindicalizados como lo dispone el inciso 3º del artículo 36 del Decreto 1469², la cual se extiende desde la iniciación del conflicto, durante toda la negociación colectiva, hasta la solución del mismo, momento hasta el que rige la prohibición de despedir, siendo ineficaz el despido que ocurra en ese lapso.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se ha pronunciado, señalando que el fuero circunstancial **subsiste mientras duren las etapas del conflicto colectivo**, siendo lógico concluir que no solo cubre a los trabajadores que estuvieran afiliados al Sindicato al momento de presentarse el pliego de peticiones ante el empleador sino con posterioridad, situación que ocurrió en esta litis ya que la señora GERALDINE BEDOYA GRATEROL se afilió el 28 de febrero de 2020 a la Organización Sindical “SINTRAENFI” y el pliego se presentó el 31 de octubre de 2016, conforme se constata en la certificación de fecha 20 de enero de 2021 – página 6, archivo 03-.

Para mayor ilustración, la Sala se remite al contenido de la providencia SL 415-2021, que en su parte pertinente enseñó:

*“El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 contempla una garantía especial para el derecho a la negociación colectiva, en el sentido que los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones **no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego de peticiones y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto colectivo.***

(...).

² “La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”

*En tal dirección, la Corte ha establecido que el fuero circunstancial surge con la **sola presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical interesada y comprende todas las etapas del conflicto colectivo hasta su resolución definitiva** (CSJ SL4142-2019). En la providencia anteriormente citada, la Sala explicó:*

Pues bien, conviene recordar que el diferendo colectivo nace con la presentación del pliego de peticiones al empleador, bien sea por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, hecho que trae consigo una serie de obligaciones para los actores de la relación laboral. De un lado, para el empleador, la de dar inicio a la etapa de arreglo directo y recibir a los representantes del sindicato o grupo de trabajadores en los plazos estipulados en el artículo 433 del Estatuto Laboral; por el otro, para estos últimos, la de realizar todas las gestiones administrativas –artículo 433, numeral 2.º ibidem- y judiciales que estén a su alcance con el fin de promover el inicio de las conversaciones de arreglo directo e impulsar el proceso de negociación.

Sentado lo anterior, procede esta Corporación a verificar si la demandada transgredió lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, esto es, si la terminación del contrato de trabajo se encuentra amparada en una justa causa dado que el fuero circunstancial protege solo el despido sin justa causa.

En ese orden, ha de precisarse, que la relación laboral existente entre las partes finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la misiva, obrante a páginas 1 a 4 del archivo 01, razón por la cual, procede la Sala a la valoración del acervo probatorio a efectos de determinar si las motivaciones indicadas por la traída a juicio en la comunicación en comento configuran o no justa causa para el despido.

Ahondando en el tema, mediante comunicación de fecha 28 de febrero de 2020, señaló la enjuiciada - archivo 01-:

Señora:
GERALDINE BEDOYA GRATEROL
Asesor Integral II
Sucursal Plaza Imperial Suba
Ciudad

Respetada señora Bedoya:

Por medio de la presente le informamos que el Banco ha decidido dar por terminado en forma unilateral y con justa causa a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito con usted, con fundamento en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto L. 2351 de 1965, literal a) numeral 6), en concordancia este último con los artículos 55 y 58 numerales 1) y 5) del mismo texto normativo; en conjunto con los artículos 55 literales d), e), h), i); artículo 60 numerales 1º, 5º, 10º y 11º y artículo 67, literales c) y d) del Reglamento Interno de Trabajo.

Los hechos en los que se fundamenta la decisión adoptada por el Banco fueron conocidos recientemente y son los siguientes:

Usted, en el ejercicio de sus funciones como Asesor Integral II incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratada como quiera que no observó rigurosamente el Reglamento Interno de Trabajo, la circular de malas prácticas comerciales, así como el proceso establecido para abrir productos de Bancaseguros.

En efecto, la Gerencia de Servicios de Investigaciones Especiales entregó un informe fechado 19 de febrero de 2020, en el cual se logró evidenciar que usted, con fecha 27 de junio de 2019 y prestando sus servicios en la sucursal Quingua, grabó 24 pólizas de Bancaseguros de acuerdo con una información consignada en un archivo de formato Excel, archivo que enlista nombres, apellidos, fechas de nacimiento, cédulas, teléfonos y beneficiarios de las pólizas de seguro, una vez usted grabó las pólizas generó las "caratulas" (documento que le queda al cliente y al Banco como constancia del contrato celebrado entre las partes) de las mismas en archivos PDF, estas caratulas no cuentan con firmas ni huellas del tomador y/o del asegurado, en este orden de ideas se evidencia que estas pólizas fueron grabadas por usted en el sistema antes de ser firmadas por los clientes (esto sería normal si fuera una venta de seguro en sucursal, pues con el cliente en frente el comercial grabaría los datos, imprimiría la póliza "caratula" y de manera inmediata procedería con la toma de las firmas y huellas, sin embargo, quedo claro que los clientes no se encontraban en la oficina para el momento en que usted grabó las pólizas), lo anterior va en contravía del proceso "abrir productos Bancaseguros" el cual enuncia que la firma del cliente debe existir como aceptación del contrato del seguro, con su firma el cliente declara que antes de la contratación conoció y aceptó las condiciones del mismo y las consecuencias de no declarar sinceramente el estado del riesgo, así

mismo, el proceso "abrir productos banca seguros" indica que el asegurado debe leer y expresar claramente que su estado de salud es normal y que no ha sufrido las enfermedades descritas en esta declaración, además que no practica ni ejerce actividades peligrosas ni de alto riesgo; esta declaración queda aceptada con la firma y la huella del asegurado, lo cual no se hizo de su parte en estas 24 pólizas que grabó. También es importante tener en cuenta que en caso de que el cliente manifieste tener alguna de las enfermedades o circunstancias allí descritas, no es posible venderle el seguro, tema que tampoco se validó pues los asegurados no firmaron las pólizas como tampoco pusieron huellas en las mismas, usted tan solo las grabó con los datos que reposaban en un archivo Excel.

Lo anterior toma mayor relevancia teniendo en cuenta que, de acuerdo con el registro fílmico de la sucursal, existe la certeza que los clientes no se encontraban de manera presencial en la oficina para la toma de las firmas posterior a que usted imprimiera las carátulas, lo cual va en contravía del proceso establecido mencionado "abrir productos banca seguros" el cual indica que la fecha de inicio de la vigencia del seguro es la fecha de expedición de la póliza, para este caso, 27 de junio de 2019, fecha en la cual las pólizas no tenían firmas ni huellas de los asegurados, por tanto en caso de que hubiese ocurrido un siniestro la compañía aseguradora no hubiese respondido por los valores asegurados y el Banco hubiese tenido que incurrir en pérdidas económicas para responder a los beneficiarios; a continuación, se relacionan las pólizas:

DOCUMENTO DEL CLIENTE	NUMERO DEL PRODUCTO
9736815	101350636
11429949	101350642
19297666	101350627
23454281	101350650
52049887	101350638
52361675	101350643
52434575	101350635
53040200	101350648
72281711	101350646
79951497	101350647
80185217	101350629
86051257	101350649
92522914	101350625
1010237270	101350644
1013598757	101350632
1013679786	101350640
1014217490	101350628
1016028008	101350645
1022380322	101350637
1022429648	101350630

	
1054709237	101350655
1057591995	101350651
1094925607	101350634
1012378343	101350633

De igual manera, estas 24 pólizas grabadas por usted, con la información del archivo Excel, a la fecha no reposan en nuestro archivo documental y tampoco en el de seguros Sura, lo cual quiere decir que las pólizas fueron grabadas en el sistema, pero las mismas nunca llegaron a la custodia respectiva y se desconoce su paradero a la fecha.

Las pólizas enlistadas fueron grabadas por usted con un código de ventas de otro comercial, sin embargo, hay dos pólizas de seguro (101350633 y 101350634) que están grabadas con su código de vendedor #42742, de acuerdo con esto es posible manifestar, y usted misma lo hizo saber en sus declaraciones del debido proceso, que usted no fue el vendedor de estas 24 pólizas, ya que la venta la realizó otro comercial de la sucursal quien le entregó a usted la información en el archivo Excel para grabarlas, por esto queda claro que usted no realizó estas ventas y con su actuar usted fue partícipe de una mala práctica en la gestión comercial, de acuerdo a lo establecido en la circular 0869-1556 "Circular de Malas Prácticas Comerciales" la cual establece como conductas prohibidas:

- "Grabar un producto con código de referido cuando realmente no se atendió al cliente o no se tuvo contacto directo con él".

De igual manera como consideración en esta circular se establece:

- "Quien atendió el cliente e hizo la gestión comercial es quién debe quedar en la grabación del producto y será a este comercial a quién le cuente la venta".

Lo anteriormente mencionado pone en un grave riesgo a nuestra organización, y más al tratarse de pólizas de seguro de vida, pues en caso de presentarse alguna reclamación por siniestro no contamos con la información requerida, ya que hay pólizas físicas que no se encuentran en custodia, por tanto se desconoce su paradero, esto nos coloca en un riesgo importante pues la compañía aseguradora no responderá a reclamaciones en estas condiciones y será el Banco quien deba asumir la responsabilidad ante cualquier eventualidad; riesgo que se puede materializar por la falta de cuidado y debida gestión con la que usted grabó estas pólizas.

De igual manera, lo anterior va en contravía de los valores corporativos de la Institución los cuales son claros al manifestar que la actividad comercial y de ventas se debe efectuar dentro de los más altos criterios éticos y que cualquier comportamiento que contrarie los valores y principios que rigen la actividad del Grupo Bancolombia dará lugar a decisiones administrativas, en este orden de ideas también se establece en la circular de malas prácticas comerciales como conductas prohibidas para los integrantes de las fuerzas de ventas y Equipo de Servicio del Grupo Bancolombia, entre otras, las siguientes:

• Guardar las pólizas de seguros diligenciadas por los clientes con cualquier propósito. Toda póliza que el cliente firme debe ser ingresada en los aplicativos autorizados de manera inmediata.

Finalmente, la circular de malas prácticas comerciales recuerda la importancia de que los logros del Grupo Bancolombia se alcancen en absoluta sintonía con los valores institucionales, mediante prácticas sanas que favorezcan el buen servicio a los clientes y la seguridad e integridad en las operaciones de la entidad, tal como se pretende con los planes de gestión comercial.

Con la finalidad de garantizarle su debido proceso y así asegurar su derecho a la defensa, usted fue citada a una reunión en virtud del Artículo 26 de la Convención Colectiva 2017-2020, para el día 26 de febrero del 2020 a la hora de las 09:00 a.m, en este espacio usted estuvo acompañada por representantes del sindicato, en dicha reunión Usted no supo dar explicación satisfactoria para los hechos endilgados y reconoció haber grabado las pólizas y posterior haberlas entregado a un tercero (no colaborador del Banco) para que este recolectara las firmas y huellas de los asegurados, cuando este trámite es responsabilidad absoluta del comercial del Banco.

Faltas como las enunciadas, individualmente consideradas y en su conjunto, no responden a la confianza que la Institución depositó en usted al designarla en su cargo como Asesor Integral II y a la experiencia que usted ha adquirido en el mismo, e implican un grave incumplimiento de las normas, reglamentos y procedimientos a su cargo, razón por la cual su permanencia en el Banco se hace incompatible.

Todas estas faltas están consagradas como graves en la Ley, en el Reglamento Interno de Trabajo, en los códigos y políticas internas, y en consecuencia dan lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, razón por la cual se procede en este sentido.

Agradecemos hacer entrega de los elementos de trabajo asignados, y del carné que la identifica como empleada de esta Entidad. Oportunamente estarán a su disposición en la Gerencia de Relacionamento Humano Bogotá las prestaciones sociales que le corresponden y demás acreencias laborales.

A fin de verificar lo anterior, se analizan los medios probatorios recaudados, resaltando, la demandada indicó que la trabajadora incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratada como quiera que no observó rigurosamente el Reglamento Interno de Trabajo y la Circular de Malas Prácticas Comerciales, así como el proceso establecido para abrir productos de Bancaseguros.

Igualmente, constata esta Sala de Decisión, se llevó a cabo una diligencia de descargos en fecha 26 de febrero de 2020, bajo el código caso 3219 en cumplimiento a lo previsto en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, en los siguientes términos (paginas 271 a 277, archivo 11):

Objetivo de la diligencia
Conocer las explicaciones del empleado Geraldine Bedoya Graterol sobre los siguientes hechos los cuales fueron
Invertidos según el informe de investigación # 3219, fechado 19 de febrero del año 2020 y realizado por la Sección
de Investigaciones Especiales:

El informe de investigación mencionado permite evidenciar que con fecha 27 de junio de 2019 usted remitió un
correo a la Gerencia de la sucursal Quirigua, donde usted prestaba sus servicios para ese entonces, en este correo
usted escribió lo siguiente:

"Jefe, 24 pólizas grabadas con tu código, queda pendiente una que el sistema no me dejo porque en el apellido
aparece un signo desde la vinculación del cliente, y otro el cliente no tiene beneficiario. Te adjunto las pólizas y el
Excel".

Se realizó validación del tema encontrando que estas 24 pólizas efectivamente fueron grabadas por usted de
acuerdo con la información consignada en un archivo Excell, una vez grabadas usted generó las pólizas "caratulas"
en archivos PDF, estas caratulas no cuentan con firmas ni huellas del tomador y/o del asegurado, en este orden de
ideas se evidencia que fueron grabadas antes de ser firmadas por el cliente como constancia de su autorización, de
igual manera existe la certeza que los clientes no se encontraban de manera presencial en la oficina, a continuación
relacionan las pólizas:

DOC_CLIENTE	NOMBRE_CLIENTE	NRO_PRODUCTO
9736815	FABIAN ANDRES GARCIA VALENCIA	101350636
11429949	JOSE WILLIAM MONROY AREVALO	101350642
19297666	ALVARO IGNACIO GOMEZ CALDERON	101350627
23454281	ROSA IDALIT CORSO TELLEZ	101350650
52049887	JANETH EMILSEN ANDRADE OVALLE	101350638
52361675	JOHANA ANDREA SALGADO ALVAREZ	101350643
52434575	DIANA SABINA CAMACHO ROMERO	101350635
53040200	NATALIA NAVARRETE JIMENEZ	101350648

72281711	LEONARDO RAFAEL ROMERO PLAZA	101350646
79951497	LUIS ALEJANDRO SANCHEZ GUTIERREZ	101350647
80185217	CARLOS ALFONSO VELASQUEZ ESCUDERO	101350629
86051257	OSCAR FABIAN BARRETO CHITIVA	101350649
92522914	ABEL FRANCISCO ROJAS HERNANDEZ	101350625
1010237270	JUAN GUILLERMO RODRIGUEZ SUAREZ	101350644
1013598757	DANIEL RICARDO MEJIA ALMANZA	101350632
1013679786	JESUS DAVID PINILLA CA#ON	101350640
1014217490	ANYELI GUTIERREZ VALENCIA	101350628
1016028008	LEIDY KATHERINE BARAJAS IMBACHI	101350645
1022380322	JAIVER ERNESTO RUIZ MESA	101350637
1022429648	CLAUDIA ALEJANDRA HERNANDEZ GOMEZ	101350630
1054709237	YULY SORAIDA DAZA RAMIREZ	101350655
1057591995	SONIA ROCIO RINCON BARRERA	101350651
1094925607	DIANA CAROLINA OJEDA ROJAS	101350634
1012378343	DEICY KATERIN BELLO BERNAL	101350633

Las pólizas arriba enlistadas, y las cuales fueron grabadas por usted, no reposan en nuestro archivo documental, tampoco en el de la compañía de seguros Sura, lo cual quiere decir que las pólizas fueron grabadas sin firmas en el sistema y adicionalmente las mismas nunca llegaron a la custodia respectiva, por tanto a la fecha se desconoce su paradero; de igual manera las dos últimas pólizas relacionadas 101350633 y 101350634 están grabadas con su código de vendedor # 42742 siendo claro que usted no tuvo contacto con estos clientes.

PREGUNTAS QUE DEBE RESPONDER EL COLABORADOR:

PREGUNTA # 1: ¿grabó usted, desde el usuario a usted asignado las 24 pólizas relacionadas en la citación al debido proceso?

Respuesta: Claro, como reposa en el correo si las grabe, no voy a decir que no teniendo la evidencia, se grabaron por el correo enviado según la instrucción de la Gerente que tenía en ese momento, no las grabó ella porque ella no tenía acceso a la nube de seguros.

PREGUNTA # 2: ¿Cuál fue el proceso que usted como Asesor llevó a cabo para la grabación de pólizas a esta empresa?

Respuesta: el proceso que realicé es el siguiente, es un cliente gerenciado, se hace la negociación de tasa con el gerente, al ser un cliente del Gerente ella solicitó a la empresa un Excel donde estuvieran todos los datos a grabar, en ese momento estábamos en un plan piloto de la nube (esa nube era un desastre y aun a la fecha tiene fallas), donde se grababan estas pólizas, no recibimos capacitación para esta grabación, nos enviaron unos correos para este piloto pero no nos dieron capacitación. La Gerente me remitió el correo con el Excel y yo grabe las pólizas. El producto era nuevo, estas pólizas debían grabarse por Bizagi pero me hubieran llegado muchas inconsistencias y como no se podían generar esas inconsistencias, porque la instrucción desde el 1 de abril era que utilizáramos la nube de acuerdo con el plan piloto, así lo hice (se anexa la instrucción que llegó del plan piloto). La Gerente no las podía grabar y por eso yo las grabé según instrucción de ella.

PREGUNTA # 3: ¿con que soporte contaba usted para realizar la grabación de estas pólizas en el sistema? ¿tenía las pólizas preimpresas?

Respuesta: Como soporte tenía el correo que nos remitía la gerencia, no se podían tener pólizas preimpresas porque no se podía hacer porque había que grabarlas por la nube. (Se le pone de presente la prueba del correo entre la Asesora y la Gerente donde la Asesora informa que ya grabó las pólizas, en este correo se encuentra el archivo Excel que contenía los datos de las pólizas, la asesora menciona que ya lo tiene, lo buscó y lo encontró en sus correos).

PREGUNTA # 4: ¿tuvo en su mano las pólizas preimpresas y debidamente diligenciadas o atendió a los clientes en su estación de trabajo?

Respuesta: Preimpresas no pueden estar porque las que son preimpresas no tienen un consecutivo y como no lo tienen no se pueden grabar por la nube, se debía hacer por el proceso que el Banco había establecido desde el 1 de abril, no atendí a los clientes en la oficina pues son un consorcio y son Gerenciados, ese cliente lo atendió la Gerente, ella mandó a imprimir las pólizas, yo las recogí y se las entregué, ella tomó la firma del representante como tomador de las pólizas; el representante no puede sacar 24 personas hasta la oficina por eso se le entregaron las pólizas al representante legal y él tomó las firmas.

PREGUNTA # 5: El informe de seguridad permitió evidenciar que una vez usted grabó las pólizas generó las "carátulas" en archivos PDF, estas carátulas no cuentan con firmas ni huellas del tomador y/o del asegurado ¿Usted tomó las firmas de dichas pólizas? ¿Cómo lo hizo? ¿Cuándo lo hizo? (se le pone de presente las 24 pólizas en PDF, el colaborador manifiesta que ya las tiene, pues tiene el correo).

Respuesta: Yo no las imprimí abajo porque no había impresora, por eso se las remití a la Gerente, ella las imprimió y el representante legal de la empresa Prispma estaba ahí en la oficina de la Gerencia, el firmó en el campo de tomador, el representante y luego se llevó porque no podía sacar a sus 24 empleados, luego me dijeron que ya debía recoger las pólizas firmadas en la empresa de Prispma, así lo hice y el Director de la empresa me las entregó

en mi mano debidamente diligenciadas, yo lo que hice fue mirar que todas tuvieran las firmas y huellas, esto fue de un día para otro y todos en la oficina, incluido el Director de Servicio, tenían conocimiento del tema de que iba a salir a recoger las pólizas ya firmadas en la empresa por instrucción de la Gerente.

PREGUNTA 6#: ¿Te pareció normal que ese proceso se hiciera así?

Yo no puedo cuestionar a mi jefe y su actuar, le corresponde al Gerente, pues es él quien está atendiendo al cliente, no puedo manifestar si está bien o mal porque el que hizo el negocio fue el Gerente.

PREGUNTA # 7: ¿Conoce el proceso establecido para venta de productos Bancaseguros? Menciónelo y sea específica en los requisitos para grabar una póliza en el sistema.

Respuesta: Si lo conozco, no tengo la capacitación que debe ser, pero lo he leído. Para estas pólizas en particular el proceso de la nube es el siguiente: se ingresan los datos del tomador y asegurado al aplicativo, se tiene que generar el archivo PDF y es mejor guardarlo para luego imprimirlo, pues en la nube era usual que se saliera del sistema, y no se podía volver a recuperar la póliza en ese momento, ahora sí, pero en ese momento no se podía.

PREGUNTA # 8: Tiene conocimiento si los asegurados de estas pólizas tienen conocimiento que poseen este producto por ser trabajadores de la empresa Prispma?

Respuesta: Yo te puedo decir que sí, pero si el Banco está afirmando que llamaron y los clientes dijeron que no conocían, ahí sí debo saber cuáles son los clientes porque, aunque yo no tome las firmas, ellos tenían conocimiento según el convenio que hizo la Gerente con la empresa, esto era para el personal administrativo de la empresa.

PREGUNTA # 9: ¿Atendió usted a los clientes titulares de las pólizas # 101350633 y 101350634? ¿les vendió usted pólizas de Bancaseguros a estos clientes? ¿Cuál fue el proceso de venta?

Respuesta: Lo que paso con esas pólizas es que por error de digitación no quedó el código del Gerente sino quedaron con mi código de ventas, pero no las grabé con el objetivo de que me contaran en mi clasificación, fue por un error de digitación, fue una acción mecánica al grabar siempre productos con mi código de ventas.

PREGUNTA # 9: De acuerdo con los resultados del informe estas pólizas que usted grabó no reposan en nuestro archivo documental y tampoco en el de la compañía de seguros Sura, lo cual quiere decir que las pólizas fueron grabadas pero las mismas nunca llegaron a la custodia respectiva, por tanto, a la fecha se desconoce su paradero. ¿Tiene conocimiento de donde se encuentran estas pólizas físicas?

Respuesta: Lo que he dicho desde el principio, esas pólizas se enviaron a la custodia respectiva por correo interno de acuerdo con el proceso establecido, al área encargada, no tengo conocimiento del paradero, pero reitero que fueron enviadas por mí en la bolsa de Sura y el cliente del consorcio tiene copia de las pólizas en la carpeta de cada uno de sus empleados (tal como lo manifiesta en la carta anexa que remitió la empresa).

En agosto de 2019 se realizó auditoría a la sucursal y no hubo ninguna inconsistencia.

PREGUNTA # 10: ¿Mencioné porque dichas pólizas no han llegado a la custodia respectiva?

Respuesta: No tengo conocimiento, pero reitero que fueron enviadas por mí en la correspondencia interna del Banco.

artículo 26 que citan para la compañera no se establece un procedimiento a seguir por parte de Bancolombia, no conocemos quien va a dar la sanción si llegara a existir, es decir no conocemos el juez, violentando el principio de inmediación, el cual consiste en que el que recauda las pruebas es quien va a fallar y en este caso desconocemos quien tomará la decisión en el caso de Geraldine lo cual nos parece impropio según el principio constitucional.

Carlos Alonso Medina: Solicitamos como organización sindical que representa en esta citación a la compañera Geraldine Bedoya Graterol las respectivas reclamaciones y el proceso de investigación con el cual el Banco se basa haciendo la citación a este debido proceso, la investigación # 3219, petición que se le realiza directamente a los representantes de Bancolombia encargados de realizar este proceso como Gerente de la sucursal Plaza Imperial el señor Jose Ignacio Quintero Gutierrez y a Patricia del Pilar Rubiano Rodríguez Analista de gestión humana para que nos puedan exhibir el informe de seguridad en su totalidad, las cuales son negadas en este momento, y queda en evidencia que nos restringen plenamente el derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la constitución política nacional, adicional a lo establecido en nuestro laudo arbitral con relación al proceso disciplinario sobre la exhibición de pruebas y demás documentos sobre los hechos objetos a investigación.

De la misma forma, en esta misma citación, nos han informado, por parte de la Gerencia de gestión humana que la Gerente Yenny Paola Rojas quien desempeñaba su cargo hasta el día 23 de enero de 2020 por cuanto fue despedida por denuncia de línea ética en temas comerciales, quien en el tiempo de las grabaciones de las pólizas fue la encargada de dar las instrucciones al área comercial en especial a este caso que hace referencia a la compañera Geraldine Bedoya sobre la grabación de esta serie de pólizas salud MAS siguiendo la venta responsable que ella realizó a la empresa Prispma por medio del representante legal de dicha empresa quien las adquirió para un grupo de trabajadores de su compañía donde eran debitadas de la cuenta corriente de dicha empresa, siguiendo los parámetros establecidos e instrucciones al acuerdo comercial que se llegó entre el Banco y la compañía, no se evidencia en estos momentos que se hubiera causado un solo, pérdida o afectación alguna a alguno de estos titulares de las pólizas, toda vez que el mismo cliente da fe que el proceso se llevó cabalmente y que al día se encuentran activas las pólizas y los pagos realizados al Banco o a la aseguradora, siempre en los términos de buena fe.

El día 25 de febrero del 2020 enviamos comunicación por correo electrónico al señor Gerente de la sucursal Plaza Imperial Jose Ignacio Quintero Gutierrez con referencia "respuesta comunicación-asunto citación reunión debido proceso a Geraldine Bedoya Graterol" donde solicitamos entre otros apartes el respeto y cumplimiento a los preceptos constitucionales y normativos que acogen a la trabajadora con respecto al derecho de defensa, en la misma solicitamos aplazarla con el fin de tener las pruebas e información necesaria para atender esta citación la cual a la fecha no hemos tenido respuesta y nos vemos obligados por fuerza mayor a hacer presencia sin tener las mínimas garantías para representar a la compañera Geraldine Bedoya Asesora Integral II de Bancolombia.

De la misma forma, en esta misma diligencia, se ha evidenciado las falencias grandes dentro de los procesos que corresponden a este proceso por parte de Bancolombia donde no existe supuestamente un control o una alerta sobre las pólizas grabadas que en físico no están llegando a las áreas que controlan dichos documentos, de manera que también se evidenció, mediante documentos que allegó la compañera Geraldine de las fallas en

De la anterior diligencia se extrae, la actora fue citada a rendir explicaciones por los hallazgos evidenciados en la investigación que realizó la demandada el 27 de junio de 2019, señalándose que la trabajadora remitió 24 pólizas que fueron grabadas por ésta, de acuerdo con la información consignada en Excel y que fue remitida al correo de la Gerencia de la sucursal Quirigua. Igualmente, alegó la demandada, la trabajadora grabó las pólizas **antes de ser firmadas** por el cliente como constancia de su autorización, existiendo certeza que los clientes no se encontraban de manera presencial en las instalaciones de la sucursal, relacionándose 24 registros, los cuales no cuentan con soporte documental ni en la Compañía de Seguros SURA, desconociéndose su paradero y custodia, adicionalmente, las pólizas con números 101350533 y 101350634 estaban grabadas con el código del vendedor 42742, el cual pertenecía a la propia actora.

Ante estas afirmaciones la actora en compañía del vicepresidente del Sindicato “SINTRAENFI”, señor Carlos Alonso Medina Ramírez, hizo uso de su derecho de defensa y contradicción y asistió a la diligencia de descargos, manifestando que, sí grabó las pólizas cuestionadas desde la nube antes de la firma, siendo un plan piloto y que por tanto no habían recibido capacitación para dicho procedimiento, no obstante, aseguró sí recibieron correos donde les informaban cómo se debía llevar a cabo el proceso. Puntualmente admitió que no estaban los clientes - beneficiarios de la póliza en la oficina al tratarse de una empresa que le entregaba a los trabajadores este beneficio, beneficiándose entonces a 24 colaboradores, los cuales no podían salir al tiempo de la empresa, por lo que solo se entregaron las pólizas y el representante legal, quien era el tomador firmó. Aseveró que ella misma recogió las firmas y huellas – carátulas- en la empresa cliente.

Ahora bien, frente a las pruebas recaudadas por la juzgadora de primer grado– archivos 16 y 20 del expediente digital-, se extrae:

En el Interrogatorio de parte la demandante expuso (récord 15:00, archivo 16): *“los productos son del plan salud que era una plan piloto, solo había pre impresas, el cliente las firmaba y se pasaban, cuando habían pólizas que no se podía grabar yo le dije que eso no se podía hacer, sabía que se podía grabar las pólizas es grabar es poner en el sistema, se le informaba al banco cuáles eran los errores del proceso, yo grabé las pólizas sin el cliente, lo que pasa es que la póliza era nueva y era de la fuerza de venta de la Gerente, ellos no grababan las pólizas, yo le dije que me enviara un correo y por eso me citaron a descargos, yo conocía los clientes y sabía que era referenciados y ella no lo podía hacer porque no tenía acceso, yo le dije que me enviara el correo porque yo sabía que eso no podía*

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
hacerlo, yo grabé dos pólizas con mi código, sí, el código es personal e intransferible, si conocí a los clientes que grabé de forma personal, yo no les indique a los clientes de forma personal los datos, ellos no firmaron las pólizas, es cierto, eso fue negociación de la gerente, yo fui la que recogí las firmas, yo fui y tomé las firmas, yo fui personalmente, yo conocía el procedimiento de Bancaseguros, es cierto que hay un Código de Ética, eso era negociación de la gerente y dentro de esas negociaciones fue el representante legal quien la tomó, en este caso no había que denunciar nada, grabé las pólizas porque eran nuevas, el proceso era diferente, esa póliza no tenía la firma, primero tenía que grabarse, las dos últimas quedaron por error grabadas fue un error y una falla humana no fue por bonificar, yo no informé porque no me di cuenta, yo tuve auditoria en agosto y salió perfecta”.

El representante legal de la demandada, advirtió récord 04:58, archivo 16:

“Ella era Asistente Integral II, el horario es de oficina, por lo general es de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m., el salario promedio era básico más variable y se incrementaba como \$2.500.000 mensual, ella percibía unos auxilios, se cobraron unos créditos que se debía, eso se cobró, es cierto que no existió una pérdida económica pero si hubo un riesgo, a la fecha se ha presentado siniestros, no hay reporte de siniestros, ella sabía que no era permitido, si fue una orden ella estaba en la obligación de seguir los procesos para grabar las pólizas, no existe reporte que haya sido una orden, existe la póliza pero no la caratula donde está la firma del tomador, ella dice que las envió pero no aparece la carátula donde está la firma, entiendo que se gestionó una empresa como beneficio para sus empleados pero cada trabajador es un tomador, por eso era indispensable tener al tomador al frente para saber si tiene patología o preexistencias, hay que verificar esos riesgos, nunca nos capacitaron, nos decían que toca venderla, la fuera de ventas la hace el jefe, ella era la que vendía pero no nos dieron capacitación, tocaba firmar antes la póliza, el tomador era la empresa y el beneficiario es el empleado, no había restricción alguna, si el cliente lo informaba podía tener restricciones médicas, el pago se debitaba de la cuenta de la empresa, débito automático, mensualmente se descontaba la plata”.

Por su parte, los testigos recepcionados, relataron:

JENNY PAOLA ROJAS, récord 40:56, archivo 16: *“Laboré desde el 16 de julio de 2011 hasta el 22 de enero de 2020, estuve como Gerente de sucursal de Centro Suba, conozco a la demandante, trabajamos juntas en Quirigua, eso fue como en el 2019, yo estuve en el lugar de los hechos, yo estuve ahí, yo tuve un proceso en contra de Bancolombia, Prisma era una empresa constructora, el*

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.

banco tenía una normas de venta cruzada que consiste en la venta de varios productos, así se hizo con el representante legal de la empresa, ellos tenían más productos con el banco y por eso se hacía reducción de tasa, la empresa le regalaba unos cubrimientos específicos, él adquirió 30 pólizas a las asesoras comerciales porque el sistema no estaba habilitado para grabar las pólizas era una plan piloto, eran pólizas manuales y las entregaban a los asesores, las cámaras del banco fue a firmar las póliza, el tomador fue el representante legal, los beneficiarios fueron los empleados de él, yo entregue las pólizas a los asesores, yo hago la negociación y ya, esa verificación siempre se hacía porque estábamos un maratón, eso hay unos consecutivos, este tema no estaba claro, era un plan piloto, era manual, se llevaba un cuadro en Excel, eran manual y en la parte superior estaba en consecutivo, se verificaba en sistema y mi oficina fue escogida para eso, los asesores tomaban la firma o cuando yo iba a veces hacia todo, antes de grabar la póliza se tomaba la firma, la nueva se grabó sin firma, fueron como 10 o 12 pólizas, antes de ser grabadas las pólizas debían estar firmadas, se debe tener la información, no necesariamente se deben firmar, en este caso se llevaron las pólizas para la firma, yo o conocí a los beneficiarios porque el asesor debía completar el proceso yo no podía ir como gerente de puesto en puesto, yo explicaba beneficios al representante legal y le decía qué cubría el manual, era una doble verificación que se hacía, con el beneficiario Geraldine lo hacía, enviaban correos electrónicos y siempre solicitaba capacitaciones, el sistema tenía muchos errores, el banco usufructuó de todos los pagos que le descontaban al cliente, en el momento de la custodia no sé qué pasó, esa no es mi responsabilidad, la otra función al hacen los asesores, ellos debían notificar si llegaron o no las pólizas, a mi no me llagó ningún email”.

NATALI RAMIREZ ANGULO, récord 1:08:17, archivo 16: “Tengo una demanda en contra de Bancolombia por despido injustificado, sobre la venta de las pólizas de salud, como asesores unos clientes llegaban a Bancolombia y ellos tomaban el producto, hay venta desde caja en esta caso, nos refirieron las pólizas para poder referir al cliente, nos dan el contacto, el cliente va y le tomamos la información, depende, son pólizas en las que nos indicaron que venían de una empresa, las de Geraldine recuerdo que era con el representante legal Alberth, Yenni Paola fue la gerente quien contactó a la empresa, las personas llegan al banco, la venta era de Yenni Paola, paga el representante legal, en este caso fue la venta de Jenni Paola, los beneficiarios fueron los de la empresa, la gerente no tenía código, ella pidió el código para que le quedara la venta pero no se lo dieron, cada uno debería tener un código, por la venta hay un plan de producto, habían convenciones, es como un ranking, era un plan piloto y a través de esa herramienta funcionaba la póliza, ella decía que eso iba a perjudicar al Banco

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
porque uno no podía grabar la póliza, en ese momento el Banco estaba en plan piloto, se enviaba el plan a la palomera y se remite una copia para SURA o Bancolombia, la palomera es donde se pone todo el movimiento del día, es como la parte interna del banco, es físico, después de grabar las pólizas uno las pone en la tula y se van, hoy día funciona igual, sigue tal cual, nosotras fuimos a tomar la firma de los beneficiarios, nos pagaban extras para ir a las empresas a tomar las firma, eran pólizas pre impresas, autorizaba la empresa, nosotras fuimos a al Calera a las firmas, las pólizas se grababan sin la firma del beneficiario, la cobertura de la póliza era automáticamente apenas se grababa”.

CARLOS ALONSO MEDINA, récord 1:31:22, archivo 16: “Soy asesor integral II, llevo 26 años, en ese cargo 14 años, en el 2019 estaba en Codabas, conozco a la demandante, sé sobre el caso de la compañera, estuve pendiente del caso, el día 24 de febrero de 2020 recibimos una comunicación al Sindicato sobre la citación al debido proceso de Bancolombia, fue por el proceso de grabaciones de pólizas, el día 25 de febrero de 2020 le enviamos una comunicación a Bancolombia para aplazar la diligencia, negándose la solicitud y el 26 de febrero la asistimos en Plaza imperial con Jorge Eliecer Quiroga, en el acta quedó consignado los hechos, el Banco nos negó el derecho de las pruebas sobre las faltas pero no hubo ninguna falta grave, porque citaron al trabajador en menos de 48 horas, ella se afilió el 24 de febrero de 2020, yo estoy en permiso sindical, para esas fechas el Banco estaba en un plan piloto, eso se soportó en un correo electrónico, eso se entregó a la gerente y por eso ella llegó a la empresa, no he vendido esa póliza, como soy dirigente sindical y asesoro trabajadores por eso sé, yo no he vendido eso, la mecánica es similar y el banco lo maneja, son procesos similares, he estado en permiso sindical, no he vendido esa póliza, toda la parte comercial tiene un código, los gerentes tiene un código, yo tengo permiso sindical por días son continuos desde el 2010, son permisos por días”.

DIEGO ANDRÉS RAMÍREZ NAVARRETE, récord 03:18, archivo 20: “Trabajo en Bancolombia y soy Gerente de zona, tengo al cargo occidente, en la época de los hechos estaba en noroccidente como Quirigua o plaza imperial, yo como gerente de zona en el 2019 en septiembre a través de una alerta que es la línea ética un correo electrónico el Banco se enteró de una situación, se recibió la alerta anónima y se generó una investigación por malas prácticas de productos banca seguros, por eso se hizo la investigación y se identificó un mal proceso frente a pólizas que no estaban firmadas, una póliza es un contrato y lo importante es el beneficiario de la póliza y debe leer, y para eso se firma aceptado las condiciones del Banco, días después se puede hacer un riesgo de reclamación, se encontraron 24 pólizas que no estaban suscritas y terminó en proceso de desvinculación, el

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
procedimiento está regulado en el procedimiento de Bancaseguros, donde se indica que el tomador debe indicar el estado de salud y si práctica deportes de alto riesgo no se le otorga la póliza la venta de Bancaseguros son habituales, se brinda capacitaciones a través de Sura, Bancaseguros se vende hace más de 20 años que llevo en el banco, hay varios tipos de seguros, se llaman Salud Más, la metodología de venta se da siempre indagando sobre el estado de salud del beneficiario, siempre se pregunta eso es un procedimiento que se debe leer y firmar para que el contrato sea firmado y constituido, hay una materialización de malas prácticas, se abre un proceso de venta para que una persona grabe la póliza a nombre de otra persona, eso es mala práctica, en este caso hubo una venta de seguros y el contrato no tenía la firma de quien se iba a beneficiar, las pólizas identificadas se hicieron bajo un código de un tercero, es decir, la demandante recibió y se benefició, lo sé porque en el 2019 era gerente de la zona noroccidente, cuando se genera la alerta el banco realiza la investigación, en la venta de seguros al póliza debe tener 2 firmas y se plasma el contrato y comienza a regir la póliza, sin la firma se genera un riesgo de reclamación porque el banco no tiene forma de cómo hacer frente a pre existencias, eso conlleva a pagar pólizas la función por distintos montos, la función de las custodias de las pólizas permiten guardar la firma y la información de los términos de la póliza, entre los reportes existe que 14 pólizas no están firmadas y 34 no existen en el registro físico del banco, existieron malas prácticas de cada comercial, si lo hizo la gerente ella debió haber validado si estaban grabando las pólizas, cada comercial debe verificar el cumplimiento de los requisitos, al parecer la gerente hizo la venta en una empresa y las pasó a Geraldine, las ventas de salud más comenzó hace muchos años fue como 2018 o 2019, el haber grabado las pólizas es una mala práctica, además de grabar pólizas que ella no vendió, esos son malas prácticas, el banco tiene establecido una coreografía de trabajo y puede ser de 2 horas de información semanal para que los trabajadores se capaciten, la póliza tiene al final un espacio para las firmas, en estos casos no estaban esas firmas en la última hoja, en el informe de seguridad esta estipulada la cifra, hay un informe de 14 pólizas pero el total está en el informe, el pago de las pólizas se hace de manera periódica”.

Por último, **JOSÉ IGNACIO QUINTERO, récord 47:13, archivo 20:** “Soy Gerente de oficina Suba y Bulevar Niza, son 2 oficinas, ene I 2019 era Gerente de Plaza Imperial, Geraldine era una comercial, ella venía de Quirigua donde fueron los hechos pero fue trasladada, cuando hicieron los descargos supe qué pasó, los asesores hacen una venta y deben informar qué es lo que el cliente esta comprando, si acepta la póliza se firma, el comercial diligencia los datos y siempre se firma por el asegurado o beneficiario, el plan comercial es que el asesor graba

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
las pólizas. A su nombre, la vigencia comienza desde el momento en que se graba en el sistema, hay comienzo todo, se vencieron los descargos y ahí sé que pasó, esas pólizas no llegaron al banco, yo siempre resalte lo buena comercial, cuando estuvo conmigo no obtuvo reconocimiento, pero era buena comercial, la venta se hace por medio de los comerciales el cliente firma y se remite la póliza al área pertinente, las pólizas no llegaron al banco, esa fue la información, si no llegan los documentos la aseguradora no paga la póliza por falta de custodia, si eso no llega es porque el comercial no hizo el trámite que era”.

De las pruebas recaudadas y valoradas en conjunto, se puede extraer que Bancolombia S.A. dio apertura a una línea denominada Plan Salud, consistente en la venta de contratos de seguros que cubrían riesgos en la salud, siendo preciso verificar aspectos puntuales del tomador - cliente con el fin de cubrir las eventuales contingencias, entonces, se trataba de un plan piloto.

En este caso se reprocha a la demandante el hecho de haber -grabado las 24 pólizas sin que contara con la respectiva huella y firma de cada uno de los beneficiarios, situación que ella misma admitió en el interrogatorio de parte –no estaba permitida, al manifestar archivo 16: **“yo le dije a mi jefe - Gerente que me enviara el correo porque yo sabía que eso no podía hacerlo, yo grabé dos pólizas con mi código, sí, el código es personal e intransferible, yo conocía el procedimiento de Bancaseguros”**, siendo entonces de pleno conocimiento que estaba prohibido grabar las pólizas sin la firma y huella.

Por su parte, la demandada reiteró a través de su representante legal que la actora estaba en la obligación de seguir los procesos para grabar las pólizas, situación que corroboraron los testigos **JENNY PAOLA ROJAS, NATALIA RAMIREZ ANGULO, CARLOS ALONSO MEDINA y DIEGO ANDRÉS RAMÍREZ NAVARRETE**, quienes advirtieron que los asesores tomaban la firma antes de grabar la póliza.

Pues bien, las anteriores declaraciones brindan total credibilidad al despacho por cuanto los señores **JENNY PAOLA ROJAS, NATALIA RAMIREZ ANGULO, CARLOS ALONSO MEDINA y DIEGO ANDRÉS RAMÍREZ NAVARRETE** fueron testigos directos para la época de los hechos sobre el procedimiento e implementación del plan salud en el Banco – piloto- al fungir como Gerentes, exceptuando a Natalia Ramírez Angulo, quien se desempeñó como ASISTENTE INTEGRAL II, no obstante, todos estos deponentes conocieron de manera amplia los procedimientos e implicaciones de no cumplir con la firma de las pólizas o las carátulas.

Al punto, los señores **CARLOS ALONSO MEDINA** y **DIEGO ANDRÉS RAMÍREZ NAVARRETE** expusieron que, al no estar suscrito cada contrato no se pudo constatar sobre las condiciones de salud de cada beneficiario o asegurado, lo que afecta a la empresa a futuro ya que es necesario conocer las contraindicaciones ante eventuales reclamaciones. Puntualmente, manifestaron que la actora en efecto no cumplió con este procedimiento, siendo de pleno conocimiento el mismo, pues todos los comerciales conocían que no se puede grabar una póliza sin estar debidamente firmada con rúbrica y huella del asegurado o beneficiario.

Visto lo que antecede, para la Sala, quedó acreditado en el plenario que la demandante grabó 24 pólizas de Bancaseguros de acuerdo con una información consignada en un archivo de formato Excel, archivo que enlista nombres, apellidos, fechas de nacimiento, cédulas, teléfonos y beneficiarios de las pólizas de seguro, así mismo una vez la demandante grabó las pólizas generó las "caratulas" (documento que le queda al cliente y al Banco como constancia del contrato celebrado), pólizas que NO fueron suscritas porque los clientes no estaban en la oficina, pues así fue admitido por la actora al absolver interrogatorio de parte, como ya se dijo, actuar que va contravía del proceso implementado por la demandada con la finalidad de - abrir productos Bancaseguros-, el cual de manera expresa prevé que la firma del cliente debe existir como aceptación del contrato del seguro, declarando con la rúbrica que acepta y conoce las condiciones, por ende, al no cerciorarse la actora de las condiciones de cada beneficiario o asegurado puso en riesgo a la entidad financiera aún más cuando conocía de antemano que no podía grabar una póliza sin la respectiva firma y aun así procedió frente a 24 pólizas, contrariándose con ello al afirmar en los descargos que ella misma fue por las pólizas ya que estaban firmadas y con huella, sin embargo, nada dijo frente a quién se las entregó, incurriendo en malas prácticas comerciales.

Nótese, aunque se trató de un proceso piloto, la demandada remitió información a las sucursales que participarían en el mismo, consistente en el Manual Operativo y acompañamiento seguros – archivo 23-, situación que admitió la demandante al indicar que recibieron email sobre este tema, pero no capacitaciones.

En esta medida, específicamente la accionada hizo alusión de forma concreta a los hechos constitutivos de justa causa. Sobre este punto, es pertinente indicar que la Sala de Casación laboral, desde vieja data ha adocinado que el empleador debe cumplir con expresar los hechos en que se funda el despido, los cuales no pueden ser variados o modificados con posterioridad, pero sin que, le

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
sea exigible indicar con precisión en qué causal específica encuadran tales hechos (CSJ SL 16298-2017, CSJ SL 3313-2019).

Así las cosas, se destaca, acreditada la realización de tales conductas, considera esta Sala de Decisión que las mismas en efecto constituyen una **falta grave**, pues la ex trabajadora incumplió el procedimiento establecido para la venta de pólizas, por cuanto en el interrogatorio de parte, reconoció tener dentro de sus funciones que debía cerciorarse que cada póliza estuviera firmada y como ya se indicó anteriormente, se encuentran demostrados los yerros cometidos por parte de la accionante así no hayan sido continuos, los cuales acreditan que la promotora de este litigio desatendió los procedimientos para la venta de pólizas, sin que pueda justificar sus faltas aduciendo que procedió de tal forma en cumplimiento a una orden de la gerente de la sucursal, además, insiste esta Sala, no tiene asidero fáctico el hecho de indicar que se retiraron las pólizas en la empresa y las 24 pólizas no aparezcan en gestión documental, pues si la actora se cercioró en un principio de las firmas y huellas sobrepuestas a los contratos debió acreditarlo en este proceso, tal como lo concluyó la juzgadora *a quo*.

Resáltese, la señora GERALDINE BEDOYA GRATEROL conocía que el procedimiento que le fue solicitado por la gerente del Banco no estaba acorde a los lineamientos y procedimientos de la enjuiciada y aun así, optó por realizar dicha conducta frente a las 24 pólizas, es más, la actora se justifica en el hecho de haberle exigido un correo a su ex jefe con dicha instrucción para soportar dicha orden, empero, ninguna prueba se arrimó al respecto (interrogatorio de parte, récord 15:10, archivo 16: “... **los productos son del plan salud que era una plan piloto, solo había pre impresas, el cliente las firmaba y se pasaban, cuando habían pólizas que no se podía grabar yo le dije que eso no se podía hacer, sabía que se podía grabar las pólizas es grabar es poner en el sistema, se le informaba al banco cuáles eran los errores del proceso, yo grabé las pólizas sin el cliente, lo que pasa es que la póliza era nueva y era de la fuerza de venta de la Gerente, ellos no grababan las pólizas, yo le dije que me enviara un correo y por eso me citaron a descargos**”).

Bajo ese panorama, encuentra la Sala que Bancolombia S.A. se encontraba habilitada para despedir a la actora con justa causa, pese al fuero circunstancial que le asistía a la señora GERALDINE BEDOYA, pues tal como se anunció al inicio de esta providencia mientras dure el conflicto colectivo el empleador no puede despedir a los trabajadores aforados, **salvo la existencia de una justa causa**, último evento que aconteció en esta relación contractual, pues como ya se concluyó, la demandante incumplió con las obligaciones que le asistían como

EXP. 14 2021 00134 01 GERALDINE BEDOYA GRATEROL CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
trabajadora de Bancolombia S.A. por malas prácticas comerciales, acto completamente reprochable, generándose un grave incumplimiento de sus obligaciones especiales conforme a lo previsto en el No. 1º del artículo 58 del C.S.T. en cuanto no cumplió y acató las instrucciones y procedimientos impartidos y conocidos por ella, como ésta misma lo confesó, pues no se cercioró que cada póliza estuviera previamente firmada. Adicionalmente, su actuar puso en peligro o en riesgo de manera grave la seguridad de la entidad bancaria por cuanto las pólizas aludidas no aparecieron en físico, lo que eventualmente conduciría a que el Banco tuviera que responder por alguna contingencia que se derivara de esas pólizas.

Finalmente, en cuanto a la vulneración al debido proceso que le asiste a la demandante por cuanto le fue impedido el acompañamiento de un Abogado y un integrante del Sindicato al rendir descargos, se advierte, no tiene fundamento fáctico este argumento, ya que, en la misma acta de explicaciones aportada por la demandada, se relacionó al Vicepresidente de la Organización Sindical como asistente, así como compareció el apoderado aquí recurrente, no siendo de recibo que se argumente un – atropello-, cuando la actora contó con el acompañamiento que a mutuo propio eligió como trabajadora disciplinada.

En los términos que anteceden se agota la competencia de la Sala, por el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandante, procediendo a confirmar la sentencia proferida por la *a quo*.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

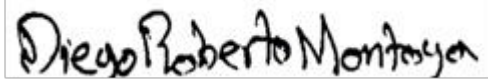
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

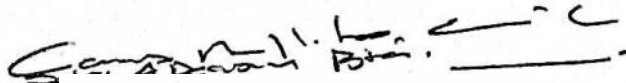
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

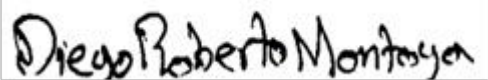


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 MILLÁN