

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HAYLEEN DEL CARMEN ALBORNOZ FERREIRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 12 2019 00130 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folio 326).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, mediante correos electrónicos del 22, 23 y 27 de octubre de los corrientes (folios 300 a 305, 306 a 316 y 317 a 325), respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida

por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de octubre de los corrientes (Cd folio 294, audio 2, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:02:17, acta de audiencia folios 295 a 296), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN Y PORVENIR de todas y de cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la señora HAYLEEN DEL CARMEN ALBORNOZ FERREIRA con base a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de ratificación del acto ineficaz sin pronunciamiento efectivo adicional dado por sustracción de materia conforme a la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: Sin COSTAS en la instancia

CUARTO: En caso de no ser apelada el presente fallo súrtase grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación aduciendo, la postura asumida por el juzgador de primer grado es contraria al criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido la oportunidad de resolver asuntos similares a los de la demandante, esto es, de afiliados que reportaron varios traslados entre fondos privados, para lo cual refiere a la sentencia SL2251 de 26 de mayo de 2020, en la que se reiteró que la voluntad no puede ser ratificada con la suscripción de formularios de afiliación a diferentes administradoras del RAIS pues en cada una de ellas, dice, se debe verificar el cumplimiento del deber de información y asesoría, además, se definió que la sanción por la afiliación desinformada no es otra sino la ineficacia del traslado conforme la sentencia SL4360 de 2019, esto es, se debe retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto nunca hubiera existido.

Refiere, el deber del juzgador es auscultar si se cumplió con el deber legal de información, no establecer cuántos traslados se dieron dentro del régimen de ahorro individual.

Aduce, en el caso de la demandante se pudo corroborar que no existe documento distinto al formulario de afiliación en el que se hubiere dejado constancia de la asesoría brindada al momento de traslado, que correspondiera a la explicación

suficiente sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS y no hay prueba, asevera, que en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 656 de 1994, a la demandante se le entregó el plan de pensiones, habiendo sido enfática la actora en señalar que los asesores se valieron de argumentos “*positivos y ventajosos*” para lograr su traslado.

En ese mismo sentido, enfatiza, no hay prueba en el plenario de que a la actora se le hubiera ilustrado sobre cómo se iba a financiar su pensión o cómo sería calculada, tampoco sobre la forma en que se manejarían sus recursos, la posibilidad de escoger entre diferentes portafolios de inversión, las modalidades de pensión, el capital requerido para pensionarse, entre otros, pese a que el juez encontró que la demandante tenía suficiente ilustración para trasladarse de régimen, advirtiendo, según el relato de la convocante se le mencionó que debía acumular 1150 semanas para pensionarse a cualquier edad, situación que no guarda correspondencia con la Ley.

Cuestiona, como puede establecerse que se le brindó una información objetiva, comparada y transparente cuando los mismos representantes confiesan que la información se le dio fue respecto a los beneficios y aspectos positivos del fondo privado y guardaron silencio respecto a las desventajas de ese régimen, como por ejemplo, que la pensión no se calcularía con base en el promedio salarial.

Insiste, no se puede ratificar la validez de un acto que desde su inicio es ineficaz, máxime cuando no es posible verificar que en las afiliaciones posteriores e suministró esa información completa, objetiva y comparada y menos aún superar con ello las falencias de información como lo sostuvo el juez de primer grado.

Con relación a los traslados horizontales, destaca las inconsistencias presentadas en las afiliaciones como los espacios en blanco, y la ausencia de firma en el formulario suscrito con Horizonte.

Asevera, los fondos están obligados incluso a desincentivar una afiliación que cause perjuicio al afiliado, lo cual aduce, ocurrió en el caso de la actora como se verifica de los cálculos pensionales en los que se evidencia la diferencia de las mesadas pensionales, que de haber sido conocidas antes hubieran servido para

que la demandante se abstuviera de trasladarse¹ (Cd folio 294, audio 2, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:04:07, acta de audiencia folios 295 a 296).

¹ “Gracias señor juez encontrándome dentro del término legal me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia que en esta instancia se profiere con el fin de que se revoque en su totalidad la misma y en su lugar se accedan a todas y cada una de las pretensiones de la demanda conforme a la fijación de litigio efectuada en esta vista pública, lo anterior con base en los siguientes argumentos:

El juez de instancia sustenta en la sentencia de primer grado basándose en la ratificación de la voluntad de la demandante por encontrar que efectuó varios traslados entre administradoras del RAIS e indica que en el precedente jurisprudencial de la Corte suprema de justicia citando sentencia 31989 y 31983 solamente se han debatido casos de personas que tuvieron un solo traslado entre administradoras del RAIS, lo anterior se encuentra contrario a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia porque reitero contrario a lo manifestado por el juez de instancia la corte suprema de justicia si ha tenido oportunidad de resolver asuntos similares al de la demandante es decir de afiliados que reportaron no uno sino varios traslados entre fondos privados para lo cual solcito se tenga en cuenta lo señalado por la corte suprema de justicia en sentencia SL 2251 del 26 de mayo del 2020 magistrado ponente Santander Rafael Brito Cuadrado en donde los demandados eran Porvenir, Old mutual y Colfondos, y la demandante estaba solicitando precisamente la nulidad y la ineficacia de su traslado, luego entonces esta demandante no solamente había tenido uno sino varios traslados entre administradoras de fondos y la Corte suprema de justicia en esta sentencia en particular, reitero del 26 de mayo del 2020 analizo nuevamente lo dispuesto por la sentencia SL 1688 del 2019 estableciéndose claramente que la voluntad no se puede ratificar por encontrándose firmados los formularios de distintas administradoras del RAIS sino que se deberá verificar en cada una de estas afiliaciones que estas encartadas, es decir que las demandadas acreditaron el cumplimiento de los deberes de información y de asesoría que para el momento histórico en que se realizaran pues la afiliación se diera en contra de ello y pues en este caso que la corte ya definió reitero nuevamente sanciona al Tribunal superior de Bogotá en el sentido de encontrar desatinados sus argumentos y casa la sentencia llegando a la conclusión que la sanción por la desinformación no es otra sino la ineficacia del traslado en sentido estricto, citando los argumentos de la sentencia SL 4360 del 2019 y concluye la corte que la consecuencia de estas sanción por la desinformación a estos afiliados es la de retrotraer la situación al estado en que se encontraban si el acto nunca hubiera existido, es decir se debe hacer la ficción que el traslado nunca ocurrió en términos de la corte “ Lo que conlleva por parte de las administradoras privadas” y lo digo de esta manera y de forma resaltada porque la corte en este caso señala es la pluralidad de administradoras de fondos de pensiones privadas vinculadas en ese proceso, no eran una eran tres y eso no fue objeto, digamos no fue un obstáculo por parte de la corte suprema de justicia para declarar la ineficacia porque precisamente el deber del operador judicial no es auscultar si hubo uno, dos, tres o diez traslados de régimen lo que tiene que auscultar el operador judicial es precisamente si se cumplieron esos deberes legales de información que bien señalaba y citaba textualmente el juez de instancia consagrados en el artículo 97 numeral primero del decreto 663 de 1993 y es que era muy claro que para las administradoras de fondos de pensiones no solamente debían delimitar su discurso frente a los aspectos buenos, positivos o ventajas que pudiera traer un traslado o una selección de régimen en el caso de que fuera su primera administradora, sino que también debieron advertir esas características particulares del fondo privado y esas desventajas o riesgos que pudieren llegar a tener al afiliarse al RAIS.

Al descender al caso de la señora Hayleen lo que se puede corroborar no solamente con la documental lograda sino también por las conclusiones dadas por los representantes legales donde confiesan que no existe otro documento diferente al formulario de afiliación, no existe un documento donde se haya dejado constancia que a la demandante le dieron la asesoría y la explicación suficiente sobre las características, condiciones ventajas y desventajas de afiliarse al régimen no existe prueba de ello pero si existen las confesiones de ellos en cuanto a que además del formulario de afiliación no se le suministraba nada más a esa afiliada, siendo que el decreto 656 de 1994 en su artículo 15 y siguientes establecía como requisito reitero desde el año 1994 que no solamente debían diligenciar y firmar un formulario de afiliación sino también entregar el plan de pensiones a ese futuro afiliado; Dónde está el plan de pensiones que le entregaron a la señora Hayleen? En ningún momento ni siquiera en su interrogatorio ella habla de que le hayan entregado un plan de pensiones, por el contrario lo único que ella indica es que las tres administradoras de pensiones demandadas se valieron de argumentos netamente positivos y ventajosos para mantener el convencimiento a ella de que se mantuviera afiliada al fondo privado de pensiones y en el caso de Protección para que se trasladara del RPM a Protección utilizaron argumentos solamente positivos la señora Hayleen fue reiterativa y tajante en manifestar que a ella nunca le hablaron de las condiciones particulares o las características de cómo se iba a financiar su pensión.

El apoderado de Protección indica que la demandante fue ilustrada sobre esto, pero de esto no hay prueba, no hay prueba de que a la demandante le hubieran ilustrado sobre cómo se iba financiar su pensión a través de qué manera iba ser calculada, mucho menos de cómo iban a ser manejados sus recursos tal es así el error que generaron en ella que desde el principio hasta el final de su afiliación le hicieron creer que el monto de su mesada pensional iba ir acorde a su promedio salarial ¿Dónde estaba la información clara precisa y completa que debían darle a la demandante de formas transparente? Para que ella conociera esas características particulares del RAIS.

El juez de instancia manifiesta que se encontró probado que la demandante tenía ese conocimiento, no entiendo esta apoderada judicial a través de qué medio de prueba los fondos demandados lograron comprobar que la demandante conocía o sabía las características particulares del RAIS cuando escasamente la demandante logro relatar que le fueron informados por ejemplo: Que debía cotizar 1150 semanas al fondo y pensionarse a cualquier edad eso es totalmente una incongruencia con la ley , realmente lo que le informo el fondo privado era errado si lo comparamos con la ley ¿Dónde está la información clara y suficiente? El aspecto que se puede pensionar antes de la edad puede ser cierto pero acaso le informaron a la demandante que debía lograr un capital X suficiente para una pensión de salario mínimo ¿A través de que medio le informaron eso? ¿O a través de medio lograron probar ante este despacho que esa información fue dada conocer a la demandante?

Ahora respecto a las ventajas el fondo privado protección indicaba a la demandante y le dijo que la pensión iba a ser mejor en efecto netamente ventajoso, también le informo que tenían una mayor solidez claramente es un aspecto beneficioso o positivo, le informó además que las filas que tenían que hacer o más la rapidez con la que iban poder tramitarle su pensión pues era mayor comparado con el modelo público de ese momento. Claramente son características y ventajas que si puede ofrecer el RAIS y ahí está apoderada no va hacer ningún reparo, el reparo que se debe hacer y que debe ser analizado de fondo por parte del Tribunal de Bogotá es precisamente sobre las otras características, es decir ¿le informaron a la demandante que su pensión iba a depender de una cuenta individual y de la volatilidad de un mercado financiero? ¿Le informaron a la demandante que podía escoger entre distintos portafolios de inversión? ¿Le informaron a la demandante que si optaba por una pensión anticipada debía lograr unos capitales X calculados por un actuario no por ella sino por un actuario que le pudiera determinar si su promedio salarial y si su capacidad de ahorro le iba dar para acceder precisamente a esa pensión anticipada? ¿Esas características le fueron informadas? ¿Le informaron por ejemplo las distintas modalidades de pensión que tiene el RAIS? Nada de esto se dijo en audiencia, nada de esto quedo confesado por la parte demandante en el interrogatorio de parte que le hicieron todo lo que logro los fondos privados a través de sus preguntas que la demandante confesara pues fue la realidad de los hechos y es que los fondos privados solamente se valieron de aspectos positivos de su administradora, más en ningún momento le hicieron ver los riesgos o las consecuencias de su decisión, y la sentencia que ya he hecho alusión y que inclusive cita el juez de instancia la SL 1688 pues ha sido bastante completa, no solamente en hacer el compendio de la jurisprudencia sobre ineficacia de traslado a traído la corte suprema de justicia, sino en manifestar cual debe ser ese deber del operador judicial y en esta sentencia SL1688 pues la corte suprema de justicia ha establecido “La transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro desde este punto de vista para la corte es claro que desde su fundación las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar una información objetiva comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales pues solo así sea posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado”.

Cómo se puede establecer que en el caso de la señora Hayleen le fue brindada una información objetiva, comparada y transparente cuando del relato del interrogatorio de parte de ella e inclusive de los mismos representantes legales de los fondos privados específicamente de Colfondos se confiesa que la única información que se le dio respecto de los beneficios y aspectos positivos del fondo privado, pero se guardó silencio y se omitió dar información respecto de las consecuencias, aspectos negativos, desventajas del fondo privado. Una de las desventajas que era importante y relevante que la demandante conociera una de las principales y es que su pensión no va a ser calculada conforme a su promedio salarial, un aspecto tan esencial del RAIS como no les pone en conocimiento a la demandante, como no le dice el fondo privado al momento de su traslado que su pensión ya no va a depender de su salario sino de un capital y de unos rendimientos, entonces ¿Dónde está la asesoría transparente, completa y comparada? La corte ha hablado de comparada porque precisamente en esta misma sentencia la jurisprudencia la corte suprema de justicia hace alusión sobre los posibles cálculos que podían hacer los fondos privados teniendo las herramientas para hacerlo, entonces la información comparada no era solamente decirle que el fondo publico era malo que estaba posible para que se liquidara como lo dijo la demandante, es decir sobredimensionaban lo bueno, parcializaban lo neutro y callaban lo malo, entonces estaban haciendo todo lo que la corte suprema de justicia ha castigado y ha criticado por parte del actuar diligente que debían demostrar los fondos privados, pero se premia a los fondos privados porque solamente se encuentran varios traslados entre administradoras.

No se puede ratificar una voluntad de un acto que desde el inicio es ineficaz y que inclusive no puede proferir efectos jurídicos posteriores cuando las afiliaciones del año 1996 del 1999 y del año 2001 en nada traen pruebas a este despacho de que efectivamente esa información completa, objetiva y comparada haya sido puesta en conocimiento de la demandante, tanto es así que la demandante relataba solamente que hasta hace tres o cuatro años obtuvo el conocimiento de lo podía ser su pensión en un uno y en otro régimen, o sea la comparación llego de forma tardía y ni siquiera por parte de estas administradoras de fondos de pensiones sino por un privado o un tercero particular, luego entonces no está acreditado el cumplimiento de los requisitos del deber de información y asesoría, el juez de instancia da por probado aspectos que no se probaron dentro del proceso y que seguramente el juez de instancia por su conocimiento profesional y por su experticia en la rama judicial tiene conocimiento de cómo funcionan cada uno de los regímenes claro que sí, pero él tiene ese conocimiento precisamente por su perfil profesional pero ese conocimiento no lo tenía la señora Hayleen y no está probado de que ella tuviera ese conocimiento específico del que si tiene por ejemplo un operador judicial que puede saber cómo lo dijo el juez de instancia que es un régimen de capitalización ¿Dónde quedo probado que a la demandante le informaron que esto era un régimen de capitalización? Además indica el juez de instancia de que las falencias de información quedan solucionadas o quedan aceptadas con el traslado entre administradoras del mismo régimen y pues ya la corte suprema de justicia como lo reitero desde el inicio de mi intervención pues ha resuelto que esa no es la condición, el hecho de que la persona se trasladó entre las administradoras del mismo régimen no es indicativo per sé que lo haya cumpliendo con los requisitos o cumpliendo con esa característica de la información que debía tener la demandante.

Para finalizar mi intervención quisiera manifestar que efectivamente el traslado de la demandante a estos fondos privados pues tienen bastantes inconsistencias que si bien es cierto la demandante no era xxx en ningún momento xxx a pensiones o de que ese RAIS, solamente con revisar estos formularios y la falta de pericia por parte del promotor comercial en el momento de incentivar la afiliación porque no se entiende como para suscribir un formulario de afiliación ni siquiera hacen el diligenciamiento de las casillas que son relevantes sobre todo para el momento de un traslado de régimen como lo puede ser en el formulario de protección que reposa a folio 168 donde no se diligencia el espacio de la administradora anterior de la demandante y señala el juez de instancia que esta actuación quedo aceptada por la parte demandante pero la pregunta es ¿ Quiénes son los que deben saber que casillas deben ir diligenciadas de forma completa? ¿la demandante? ¿O un promotor comercial que recibe supuestamente una capacitación para el diligenciamiento de estos formularios? Además porque la demandante claramente manifestó que ella reviso sus datos personales estuvieran correctos los cuales son correctos en el formulario de protección, pero en anda tendría que ver la intervención de la demandante frente a otras casillas que necesariamente debían ser indicadas o llenadas por el promotor de protección y no por la demandante y Además ¿Por qué en ese momento no se prueba si la firma del formulario de afiliación se hizo en ese momento? ¿O en otro momento? inclusive en el formulario que reposa a folio 286 suscrito con Horizonte pues lo que se echa de menos primero y lo más importante pues es la firma de la demandante y lo segundo es que en la casilla que establece la administradora anterior se diligencia que es ISS eso realmente si son indicios indicativos no de que la demandante haya sido informada y asesorada de forma objetiva y comparada de las implicaciones de su traslado, Por el contrario de quien estaba incentivando esa afiliación ni siquiera se tomó el trabajo o el tiempo de hacer una revisión de la situación de ese posible afiliado, entonces es contrario inclusive a las mismas políticas internas de estas compañías porque al preguntárseles en el interrogatorio de partes que se le formuló a los representantes legales ellos indicaban que si debían revisar esos antecedentes y que en ultimas se fijaban en la información que se les daba a los afiliados.

Ahora se pregunta esta apoderada ¿Realmente el deber de asesoría es transparente completo, suficiente y claro cuando las administradoras de pensiones ni siquiera se toman el trabajo de corroborar la información que el afiliado les está dando? Cuando ellos así el representante legal de Porvenir y Protección hayan dicho que no tenían conocimiento de esto pues realmente lo que señala la ley es que las administradora de fondos de pensiones desde su creación tienen accesos a todas las bases de información tanto como de historia laboral como de los bonos pensionales del ministerio de hacienda, entonces dejan de lado el deber de información y por el contrario simplemente lo que tienen como finalidad principal es lograr un afiliado más dejando como menor importancia pues la conveniencia o no de este traslado y que inclusive la misma corte suprema de justicia ha hecho alusión a que los mismos fondos deben inclusive desincentivar una afiliación que le pueda traer a una persona un perjuicio o una situación desfavorable como era el caso de la señora Hayleen y que con la documental que se allego un estudio actuarial comparativo efectuado por un profesional en la materia el cual no fue objeto de objeciones o prueba en contrario por parte de ninguna de las administradoras de fondos de pensiones pudiendo ellos allegar cálculos diferentes hechos por sus propios actuarios no lo hicieron, sin embargo la parte demandante si logra probar con ese estudio actuarial que efectivamente hubo un perjuicio a favor de ella hay una diferencia sustancial entre el RPM y el RAIS que seguramente si hubiera sido puesto en conocimiento de ella en el momento de su afiliación o en el momento de alguno de sus traslados horizontales pues naturalmente no hubiera tomado una decisión que la pudiese perjudicar.

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 HAYLEEN DEL CARMEN ALBORNOZ FERREIRA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 2 a 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 6), aspirando se declare principalmente la nulidad y en subsidio la ineficacia, del traslado de régimen realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación realizada a la AFP PROTECCIÓN S.A. por el incumplimiento de los deberes legales de información, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento. Consecuencialmente, se declare que las afiliaciones a COLFONDOS y PORVENIR están afectadas igualmente de nulidad y por tanto, que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En esa dirección, se condene a PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, a registrar en su sistema de información que la afiliación al régimen de ahorro individual hecha por la actora estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por el incumplimiento del deber legal de información, disponiendo a COLFONDOS, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos e interese a que haya lugar. Pide se condene a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones,** por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora y la condenó en costas. Lo anterior, por cuanto en criterio del juez, aunque pudo predicarse falta de información en el traslado de la demandante, el acto de afiliación quedó ratificado o convalidado con los traslados realizados dentro del régimen de ahorro individual, por lo tanto, su afiliación al RAIS gozaba de eficacia.

En ese orden de ideas dejo sustentado mi recurso de apelación y solicito que concedan cada una de las pretensiones.”

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 4 de noviembre de 1964 (folio 25), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado, inicialmente, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de diciembre de 2018 (folio 46 a y 47), a PORVENIR el 11 de diciembre de 2018 (folios 48 y 49) y a COLFONDOS el 14 de diciembre de ese mismo año (folio 50 y 51), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1993³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 298,86 semanas de servicio público (historia laboral para bono pensional, expedida por el Ministerio de Hacienda, -folio 244-) equivalentes a 5,8 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante, de acuerdo con lo referido por la actora al absolver el interrogatorio

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 Laboraba para el Municipio de Pamplona a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según se advierte de la Historia Laboral para bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda (folios 244).

de parte en el que manifestó que está vinculada a Unidad de Administrativa Especial de Atención Integral y Reparación a las Víctimas⁴, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la 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 18 de abril de 1995 (folios 168 y 170) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS

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

⁴ Cd folio 294, récord. 16:22.

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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte⁶ la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, ello sería solo si acumulaba un mínimo de 1150 semanas. Resaltó, se hizo mucho énfasis en que el seguro social podría ser liquidado por ser una empresa pública, que los trámites en el fondo privado eran más ágiles, que por ser privados tenían mayor solidez financiera y que podría retirar su dinero en efectivo, empero, según su propio dicho, nunca le dijeron cómo podía afectar el traslado en términos del monto de la pensión, pues desconocía que la mesada no se calculaba de manera proporcional al salario devengado pues eso nunca se lo dijeron y tampoco sabía de la existencia de una cuenta de ahorro individual a su nombre.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora, específicamente dada que su motivación para trasladarse fue siempre mejorar el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS.

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 PROTECCIÓN (folio 168), este no constituye en manera alguna, medio

⁶ Cd folio 294, récord 16:22.

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

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 175 a 177, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (18 de abril de 1995, folio 170), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación 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, y contrario a lo asentado por el juez de primer grado, incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 170) 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 a folios 170. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 232), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁷ (folio 165 vto,189, 227, 267 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente 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, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la

⁷ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones y PROTECCIÓN mediante auto del 26 de junio de 2019 (folio 199), por COLFONDOS en auto del 4 de septiembre de 2019 (folio 257) y por PORVENIR en proveído calendarado 24 de enero de 2020 (folio 293)

accionante, ordenando a la demandada COLFONDOS, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP Protección.

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

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por HAYLEEN DEL CARMEN ALBORNOZ FERREIRA el 18 de abril de 1995 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

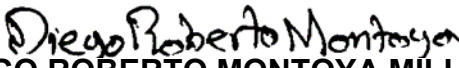
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A.**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP COLFONDOS**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAQUELINE PALOMINO CERVANTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. (RAD. 12 2019 00231 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 213).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones, Porvenir y la demandante (folios 209 a 212, 218 a 220, 222 y 223) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13

de octubre de 2020 (CD folio 202, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord: 27:55, acta folios 203 y 204), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización de la demandante JAQUELINE PALOMINO CERVANTES en su momento con AFP Colpatria, luego horizonte hoy Porvenir de fecha de 19 de noviembre de 1997 y la subsiguiente de 29 de agosto de 2007 con la AFP Skandia hoy Old mutual S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL-SKANDIA a la devolución de saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante JAQUELINE PALOMINO CERVANTES con destino a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones de autorizar el traslado de la señora JAQUELINE PALOMINO CERVANTES y a recibir el monto de aportes saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior atendiendo la condición de beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el haber causado su derecho el 13 de diciembre del año 2012.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás suplicas de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: DECLARAR no probada las excepciones formuladas por Old Mutual, Porvenir y Colpensiones de acuerdo con lo expuesto.

SEXTO: Sin condena en COSTAS en la instancia.

SEPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo sùrtase grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala laboral del Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, la representante judicial de COLPENSIONES, censura la conclusión del juez respecto a la insuficiencia de la información suministrada a la demandante, refiriendo el despacho no tuvo en cuenta el contenido del artículo 1508 del Código Civil dado que no se logró demostrar el error, la fuerza o el dolo en el momento del traslado del régimen, como tampoco lo dispuesto en el artículo 1509 en cuanto a que el error en derecho no vicia el consentimiento contractual tal como lo expresa esa normatividad civil. Pide se tenga en cuenta que la demandante está inmersa en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, de acuerdo al límite temporal en que se encuentra¹ (CD folio 202, récord: 30:25).

¹ “Su señoría estando dentro del trámite procesal pertinente de la diligencia Colpensiones se permite presentar recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir sobre todo por el numeral primero donde declara la ineficacia del traslado.

Porque el despacho no tuvo en cuenta lo contenido en el artículo 1508 del código civil dado que no se logró demostrar el error la fuerza o el dolo en el momento del traslado del régimen, Tampoco el despacho tuvo en cuenta el artículo 1509 que es el error en derecho no vicia el consentimiento contractual tal como lo expresa esta normatividad civil, adicional a eso pues el despacho también desconoce el artículo 13 del literal e de la ley 1000 de 1993 modificado por el artículo segundo de la ley 797 donde resulta que no es posible el

La parte demandante, interpone recurso de apelación frente a la decisión del Juzgado de no condenar al pago de la pensión a Colpensiones y al reconocimiento del régimen de transición, precisando dentro del proceso se encuentran las pruebas con las cuales se demuestra la condición del régimen de transición de la parte actora² (CD folio 202, récord: 30:25).

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 JACQUELINE PALOMINO CERVANTES, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 6, aspirando, se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a Old Mutual (actual administradora de régimen) realizar el traslado a Colpensiones de los aportes efectuados en el RAIS, y a ésta a registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde el 1° de diciembre de 1982, igualmente solicita se declare es beneficiaria del régimen de transición y por ende tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR**

traslado de acuerdo al límite temporal en que se encuentra la parte demandante, adicional a eso no se tuvo en cuenta el artículo 1750 del código civil.

Permito adicionar el recurso de apelación teniendo en cuenta que conforme a las sentencias de la Corte suprema de justicia SL 08 de septiembre 1831989 hay lugar de reintegrar la totalidad de todos los gastos incluidas las cuotas de administración para que el despacho conceda el recurso de apelación se sirva a revocar el fallo en el numeral primero y absuelva a Colpensiones de todos los cargos formulados, Gracias.”

² “Revisando nuevamente y debido acorde al audio, entendí que el numeral quinto no se condenó a Colpensiones al pago de la pensión; entonces interpongo recurso de apelación frente a ese numeral.

Honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá respetuosamente interpongo recurso de apelación frente al numeral quinto en el cual el juzgado no condena el pago de la pensión a Colpensiones y el reconocimiento del régimen de transición en el sentido que dentro del proceso y dentro de las pruebas aportadas si está demostrado la condición del régimen de transición de la parte actora mi apoderada y así mismo y teniendo en cuenta el precedente judicial y particularmente la sentencia SL 1947 de 2020 en al cual condena el pago y el reconocimiento de la mesada pensional teniendo en cuenta el régimen de transición una vez que se acredite el tiempo dentro de las pruebas aportadas al proceso, de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación.”

antes HORIZONTE – COLPATRIA ordenando a OLD MUTUAL SKANDIA S.A. como actual administradora de la demandante, la devolución de saldos, aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida, ordenando a Colpensiones recibirlos atendiendo la condición de beneficiaria del régimen de transición, tras considerar que la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA luego HORIZONTE) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado, en los términos ilustrados por la Corte Suprema de Justicia, particularmente en razón a que no se encontró evidencia que apuntara a demostrar que a la demandante se le informó sobre los beneficios del régimen de transición. En relación con la pretensión del reconocimiento pensional, adujo el juzgador de primer grado que si bien la accionante es acreedora a la misma desde el 13 de diciembre del 2012 por consolidar en tal data los requisitos de edad y semanas, no se puede dar su reconocimiento por cuanto no se acreditó el retiro del sistema general de pensiones.

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

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 21), la actora nació el 13 de diciembre de 1957, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994⁴, contaba con 36 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria

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

⁴ Laboraba en el Ministerio de Salud (folio 49)

del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 19 de noviembre de 1997 (fls. 43 y 196) y que para el 1° de abril de 1994 la actora contaba con 435,43 semanas (fls. 200) equivalentes a 8 años, 5 meses y 18 días de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, resulta procedente el estudio del traslado de

⁵ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

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

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

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

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

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

régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente en aras de resolver en primer lugar la apelación de la parte actora, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante (*conforme lo referido por la propia actora al absolver el interrogatorio de parte en el que manifestó que estuvo vinculada hasta el 31 de agosto del 2020 a la Rama Judicial como Juez 29 Penal de Ejecución de Penas de Bogotá*⁶), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia.

No obstante, advierte esta Sala que al haber ostentado la accionante la calidad de empleada pública, dada su vinculación a la Rama Judicial como Juez de la Republica, carece de jurisdicción y competencia para resolver la pretensión relacionada con el reconocimiento del derecho pensional, pues de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 104 del CPACA⁷ es la Jurisdicción Administrativa la encargada de resolver esa litis, no siendo de nuestro resorte

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

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.

⁶ Cd folio 202, audio1, récord: 12:53 a 13:09.

⁷ **“ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.”

pronunciarnos al respecto, razones por las cuales no se dará estudio a ésta pretensión y en ese orden desde ya se anuncia la nulidad parcial de la sentencia de primer grado en cuanto a que señaló que el derecho pensional se causó desde el 13 de diciembre del 2012, en atención a lo dispuesto en los artículos 16 y 138 del C.G.P., pues se itera, dicho estudio no es posible realizarlo a través de éste ordinario, siendo la Jurisdicción administrativa quien debe definir tal aspecto.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la promotora del litigio a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 19 de noviembre de 1997 (folios 43, 112 y 196) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLPATRIA (hoy PORVENIR), el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la historia laboral válida para Bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de

la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos

quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…)

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de

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.

información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, destacando que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del juicio⁹, no se puede demostrar la información suministrada al momento del traslado, pues la actora se limitó en señalar que le indicaron que el ISS se acabaría, que en el RAIS tendría mayor rentabilidad y que su pensión sería mejor, sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

En la misma dirección no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a COLPATRIA (hoy PORVENIR) el 19 de noviembre de 1997 (fol. 43), ello no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, en cuanto, conforme se examinó en autos, a la señora JACQUELINE PALOMINO CERVANTES, desde luego, le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019¹⁰.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 193 y 194, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supele el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁹ Cd. fl. 202, record: 12:14

¹⁰ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (folio 111) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes Colpatria) omitió en el momento del traslado de régimen (19 de noviembre de 1997 fl. 43), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia y se dispuso por el Juez de primer grado.

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹¹ (fl. 76), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se declarará la nulidad parcial de la decisión de primer grado al tenor de lo previsto en los artículos 16 y 138 del C.G.P., en cuanto a la pretensión relacionada con el reconocimiento del derecho pensional, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la FALTA DE JURISDICCIÓN y COMPETENCIA para conocer de la pretensión relacionada por el reconocimiento pensional de la señora *JAQUELINE PALOMINO CERVANTES*, razón por la cual se **ANULA PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, frente a la expresión “*haber causado su derecho el 13 de diciembre del 2012*”.

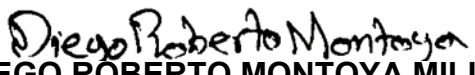
SEGUNDO: ORDENAR al Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, que una vez se encuentre en firme y ejecutoriada la presente decisión, **remita el expediente a la JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** en aplicación del artículo 104 numeral 4 del CPACA, conforme a las consideraciones expuestas.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 3 de octubre del 2019 (folio 137)

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BAUDELINO LARROTA LÓPEZ CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 12 2019 00601 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 21 de octubre de 2020, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de octubre de 2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 21:48, audio 2 CD folio 180 (2), acta folio 181), en la que se resolvió:

***“EN PRIMER LUGAR: ABSOLVER** al ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por el señor BAUDELINO LARROTA LÓPEZ, con base en lo anotado en la parte considerativa de la presente decisión.*

***EN SEGUNDO LUGAR: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose de cualquier otro tipo de estudio o análisis o estudio adicional.*

***EN TERCER LUGAR: SIN CONDENAS** en costas en la instancia.*

***EN CUARTO LUGAR:** En caso de no ser apelado el presente fallo sùrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.”*

Por solicitud de la parte pasiva, el juez adicionó la sentencia en el sentido de no imponer condena alguna por agencias en derecho¹.

Inconforme con la decisión con los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, la demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, solicitó se revoque la providencia únicamente en su numeral tercero en cuanto absolvió al demandante de las costas y agencias en derecho, pues en su sentir, en los términos del acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, estas deben ser impuestas a la parte vencida por lo menos en un salario mínimo² (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 23:20, audio 2 CD folio 180 (2), acta folio 181).

Por su parte, el demandante pide se revoque en su integridad la sentencia de primer grado y, en su lugar, se acojan todas las sùplicas de la demanda. En sustento de ello, refiere, mediante Acuerdo 024 de 2015 la demandada creó una planta de 1193 cargos a término indefinido, dentro de los cuales se encuentra el del actor, sin condicionarlo a concurso alguno o a la convención, la cual destaca, fue suscrita con posterioridad a tal acuerdo.

¹ *“22:31 APODERADA ACUEDUCTO: Sí su señoría, previo a pasar a la parte de los recursos me gustaría que se solicitara aclaración o adición en cuanto a que se dijo que no se condenaba en costas, pero no se hizo referencia a las agencias en derecho, me gustaría que se adicionara el fallo en ese sentido de si tampoco se condena en agencias en derecho a la parte demandante antes de ir a los recursos.*

23:00 JUEZ: Bueno, pues, ante todo, el Despacho no observa que hayan causadas agencias en derecho razón por la cual se abstiene el despacho de condenar en agencias en derecho.

Entonces, en ese sentido se adiciona que no hay concepto de costas y agencias en derecho.”

² *“Entonces teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo a las instrucciones dadas por mi representada manifiesto al Despacho que me encuentro conforme con el fallo en los puntos 1 y 2 que absuelven a mi representada la empresa de acueducto, y que declara probada la excepción de inexistencia del derecho, en cuanto al numeral tercero que decide no condenar en costas ni agencias en derecho, presento respetuosamente recurso de apelación solo con este punto, teniendo en cuenta que el acuerdo PSAA-1610554 del C.S de la J. establece que para estos casos se debe condenar a la parte demandante que es vencida por lo menos a un salario mínimo, entonces solicito que se revoque la decisión de no condenar en agencias en derecho a la parte demandada, perdón a la parte demandante y en su lugar se condene en costas en agencias en derecho por lo menos en un salario mínimo como lo establece el acuerdo aquí referenciado.*

En referencia con los otros puntos me encuentro conforme con el fallo su señoría muchísimas gracias.”

En tal sentido, y atendiendo lo previsto igualmente en el inciso segundo del artículo 57 de la Convención, considera, el contrato del convocante es a término indefinido.

De otro lado, estima, el régimen de transición al que se refiere el artículo 49 es aplicable sólo a personas nuevas y no a aquellos que ya se encontraban trabajando en la empresa, a quienes, dice, en virtud del artículo 57 convencional se entendían vinculados a término indefinido, lo anterior, ateniendo la literalidad del término “*ingreso*” de tal articulado. Manifiesta, no se dio aplicación al principio de favorabilidad.

Con relación al artículo 51 de la Convención, recuerda que este tenía vigencia solo hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha para la cual, asegura, no se había iniciado concurso alguno.

Por otra parte, alude, el precedente judicial se ha referido al artículo 58 que establece cuatro condiciones para vincular a trabajadores mediante contrato a término fijo, eventos en los que no se ubica el actor, destacando, fuera de esas circunstancias descritas en el artículo no es posible para la empresa contratar a sus empleados mediante esa modalidad.

Cuestiona las razones por las que la empresa insiste en someter a los trabajadores que venían vinculados, a un concurso, y no acata lo previsto en el Acuerdo 024³ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T.

³ “*Muy respetuosamente señor juez manifiesto que contra la anterior decisión interpongo recurso de apelación para ante la Sala Laboral del tribunal Superior de Bogotá, a fin de que sea revocada en su totalidad, y en su lugar, se acojan todas y cada una de las súplicas de la demanda. Sustento el recurso de apelación por ahora en las siguientes razones:*

El Acuerdo 24 del 20 de noviembre del año 2015 nació como lo dice en sus considerandos, de un marco de acuerdos entre las mesas de negociación con las organizaciones sindicales presentes en la empresa demandada y allí, en esa negociación, se acordó la creación de una planta de trabajadores a término indefinido, luego el contrato de los trabajadores allí señalados, entre los cuales se encuentra el demandante lo es a término indefinido, el artículo 1 de ese Acuerdo dice “crear en la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá una planta de 1.193 cargos de trabajadores oficiales a término indefinido”, allí no se habla de concurso alguno, esa autonomía es voluntad de la junta directiva de la EAAB crear esos 1193 cargos, no estaba condicionada a la convención, la convención fue firmada con posterioridad, por eso en mi alegato de conclusión manifesté y puse de presente que para el 20 de noviembre de 2015 el cargo del trabajador demandante era a término indefinido, y qué hizo la convención, en el artículo 57 inciso segundo dice muy clara y taxativamente: los trabajadores actualmente vinculados su contrato será a término indefinido, luego reitero, la convención solo hizo reiterar lo ya señalado en el acuerdo 27.

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 25:06, audio 2 CD folio 180 (2), acta folio 181).

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

CONSIDERACIONES

Pero veamos como el régimen de transición en el artículo 49 a que hace alusión la sentencia dice que para facilitar el ingreso, con contrato a término indefinido, esto es, para las personas nuevas, ingreso, no para los que ya estaban trabajando, esa palabra ingreso, no fue analizada en su real contexto y alcance, reitero, la norma convención dice “para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido” esto es para ingresar a la empresa con contrato a término indefinido, no para los que ya estaban porque para los que ya estaban el artículo 57 dice que los que ya están actualmente vinculados su contrato será a término indefinido.

Se dice que no se puede hacer, escindir el artículo 57, que no se puede tomar solo el inciso segundo sin tomar en cuenta el primero, en consecuencia, si el artículo 57 tiene 2 incisos, y uno habla de un concurso de méritos y el otro dice que los contratos son a término indefinido, porqué aplicar el inciso primero que le favorece (sic) al trabajador, y no aplicar el inciso segundo que lo favorece, el principio de favorabilidad no fue aplicado.

En segundo lugar, lo manifesté en mi alegato de conclusión, el artículo 51 de la Convención tiene vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2016, lo dice muy claramente, es una norma especial, específica y concreta, dice que irá hasta el 31 de diciembre de 2016, para el año 2016 la empresa no había abierto ningún concurso, no se había presentado la oportunidad de crear una planta definitiva, los trabajadores del régimen de transición son los nuevos, los que van a ingresar, no para los vinculados.

Ahora, hablando del artículo 58 del precedente judicial, si la Corte se ha pronunciado respecto del contenido del artículo 58 señalando que los trabajadores que estaban en esas 4 circunstancias su contrato era a término fijo, ese es el sentido de las sentencias al que se hace alusión como precedente judicial, pero no para los trabajadores que no están inmersos en ese artículo. La norma muy claramente dice que en ningún caso se podrán vincular trabajadores mediante contrato a término fijo que no obedezcan a las anteriores circunstancias, luego ahí la norma, que no fue analizada en la sentencia, le está demarcando un límite a la empresa para vincular trabajadores a término fijo, que son los 4 eventos allí señalados, que no los repito para no hacer extenso mi alegato, para no ponerme a transcribir toda la norma, pero la norma convencional trae cuatro eventos específicos concretos en los cuales puede contratar a término fijo, dentro de los cuales no se encuentra inmerso el trabajador demandante, por eso la norma dice más adelante, que no fue analizada ni valorada en la sentencia, que en ningún caso, es clara expresa y taxativa de prohibirle a la empresa que no puede contratar trabajadores a término fijo que no obedezcan a las anteriores circunstancias y el demandante no se encuentra inmerso en esas circunstancias, en esos eventos de contrato de trabajo a término fijo, su contrato con base en el acuerdo 24 que no está sometido a ningún concurso, es que la voluntad de la empresa fue la de vincular a los trabajadores sin ningún requisito, los trabajadores creados, los cargos creados por ese cargo, de 1193 lo fueron a término indefinido porque no darle aplicación a ese acuerdo, lo he manifestado y lo expuse en mi alegato, porqué la empresa no le da cumplimiento a ese acuerdo, por qué se sustrae ese acuerdo que beneficia a los trabajadores y porqué se apega a que debe participar en concurso, cuál es el objetivo, cuál es el fin de llevar los trabajadores a concurso cuando ya desde antes de la firma de la convención que lo fue, reitero, lo fue el 24 de noviembre de 2015 ya los trabajadores tenían contrato a término indefinido entre los cuales se encuentra el demandante, no es viable no es entendible que, la misma empresa, desconozca la orden impartida por la junta directiva de la empresa, del 20 de noviembre, del acuerdo, la sentencia no hace la alusión porqué razón no se preguntó, porqué razón la empresa no le da cumplimiento a ese acuerdo, y si por el contrario, aplica el régimen de transición cuando ese régimen de transición es para el ingreso con contrato a término indefinido.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación, por ahora, señor juez muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos del demandante BAUDELINO LARROTA LÓPEZ en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda (folios 98 y 99), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 99 a 103, solicitando se declare que los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva celebrada entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIOS DE COLOMBIA – SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la empresa para la fecha de la firma de dicha convención, son a término indefinido. En consecuencia, se declare que el contrato de trabajo celebrado con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. el 14 de enero de 2013, pactado a término fijo junto con sus adiciones, en la realidad y conforme lo pactado en la convención colectiva de trabajo es a término indefinido, debiendo la encartada insertar dicha modificación en el contrato. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras estimar, que la convención privilegió el acceso a los cargos previo agotamiento de concurso de méritos y estableció un régimen de transición por un término de cinco (5) años, contados a partir del 1 de diciembre de 2015, en el que se autorizaría la vinculación a término fijo de determinadas personas para darle la oportunidad de aplicar a estos, dentro de las cuales se encuentra el cargo del demandante.

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

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre las partes existe un contrato de trabajo vigente, el cual se ejecuta bajo la modalidad a término fijo, aspecto este que además de no haber sido objeto del debate en el asunto, fue

reconocido por la pasiva desde la contestación de la demanda, y en todo caso, se verifica, entre otras, de la certificación expedida el 22 de marzo de 2019 por el Director de Mejoramiento de Calidad de Vida (E) de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. (folio 16).

Tampoco se discute la afiliación realizada por el actor al sindicato SINTRAEMSDDES pues, aunque al plenario no se arrió constancia alguna de esta situación, se trató de un hecho excluido de debate por la aceptación de la encartada de dicha circunstancia (respuesta al hecho 25, folio 118).

Precisado lo anterior, se tiene que el demandante pretende se declare que su vinculación con la demandada lo es mediante un contrato de trabajo con vigencia indefinida, en virtud de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES, el 24 de noviembre de 2015.

Lo anterior, según el artículo 57 de la aludida convención en la que se consignó que los contratos que suscriba la demandada con sus trabajadores deben ser a término indefinido, aludiendo la parte actora a lo largo del proceso, además, resultan ineficaces las cláusulas contractuales y convencionales que pacten una modalidad de vinculación diferente o que vayan en contravía de las prerrogativas del trabajador y por ende deben ser inaplicadas.

Pues bien, para resolver es importante acudir al contenido de la disposición enunciada. Así, el artículo 57 (Capítulo VII Garantías Laborales) de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 (folio 54 y vto.), en su tenor literal preceptúa:

“Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.”

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales,

aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Parágrafo 1: *Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley*

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

Parágrafo 2: *La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (Artículo 78- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)” (Resaltado de la Sala)*

Por su parte, el artículo 58 de ese mismo cuerpo normativo (folio 54 vto.) dispone:

“ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: *La empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

Lo anterior, sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)

Una lectura desprevenida de dichas disposiciones, a juicio de la Sala, permiten inferir que la vinculación del personal a la empresa demandada debe hacerse, por regla general, mediante contrato de trabajo a término indefinido y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, siendo claro entonces que la convención no prohíbe la suscripción de contratos a término fijo, pudiendo la empresa acudir a esta modalidad cuando se trata de cubrir vacantes temporales, inferencia que es razonable, pues se desprende sin dificultad de su texto.

Adicionalmente, aunque a través de tal acuerdo la empresa se compromete vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos, en el inciso siguiente también garantiza claramente, los derechos de aquellos trabajadores que ya se encontraban vinculados, estableciendo que su contrato igualmente sería a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

En el caso de autos, tal como se desprende de la documental aportada, para la fecha de suscripción de la mencionada Convención Colectiva -24 de noviembre de 2015- el demandante tenía signado un contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 14 de enero de 2013 (folios 4-5 y 134-135) mismo que fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2015 (folios 6 a 10 y 136 a 142), que terminó por vencimiento del plazo (folio 141) en esta última fecha. Es importante precisar, la prórroga del contrato según se observa de los memorandos dirigidos al actor (folios 138 a 140) obedeció a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa.

Luego, entre las mismas partes se suscribe un nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año a partir del 2 de diciembre de 2015 (folios 11- 12 y 142-143) el cual se ha venido prorrogando (folios 13 a 15 y 144 a 146) y es el que actualmente ata a las partes en litigio.

Conforme lo anterior, aunque a la fecha de celebración de la Convención Colectiva 2015-2019, había un contrato vigente, lo cierto es que el mismo feneció el 30 de noviembre de 2015, conclusión que guarda correspondencia con lo anotado por el actor en el hecho 16 del libelo (folio 101) de donde se infiere la finalización de un vínculo y el nacimiento de otro.

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no advirtiendo dentro del petitum o la alzada que se pidiera la unidad contractual de dichos vínculos. En esa medida, inicialmente, no es posible deducir que se está ante un contrato a término indefinido, en los términos del artículo 57 de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, como pasa a explicarse.

En primer lugar, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 38 a 58 (47 vto., a 55), disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistémica o integral, de las que se destacan las siguientes:

“(…)

CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP: *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.*

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, **la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; **la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años** a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.**

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)

(...)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PESONAL

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada

tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)

Luego el artículo 53⁴ (folio 52) adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas (artículos 57 y 58 CCT), en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria

⁴ “**ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL.** Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así

Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria.

(...)”

de “*los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo*” para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 en la planta fija de la EAB mediante contratos de trabajo a término fijo, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020.

Así, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 “*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007*” (folios 90 a 97) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. “*una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores oficiales a término indefinido, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial*”, cuya contratación debía realizarse a través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, lo cierto es que, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

Considerando lo predicho y atendiendo las condiciones particulares de la vinculación del demandante, es claro que la misma se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la CCT, si se tiene en cuenta que fue en la convención donde se determinó que la planta transitoria, a la cual estaba vinculada (folio 4 a 5 y 16), vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato inicial. Ahora, aunque el convocante fue contratado nuevamente el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, el cual se encuentra vigente, para desempeñar el cargo de Tecnólogo en Obras Civiles Nivel 32 de la División Operación Comercial Zona 1 (folios 11 a 12) -que resulta ser la misma del contrato anterior -, lo cierto es que esta vinculación bajo la mentada modalidad estaba autorizada por el acuerdo colectivo, por ser su cargo perteneciente a la anterior planta provisional y creado de manera definitiva según el artículo primero del Acuerdo 024 de 2015 (folio 90) al que se hizo mención, cargo que

resulta ser propio de “la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social”, a las que se refiere el denominado régimen de transición y en virtud del cual, se insiste, se permite “transitoriamente” la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello, en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido, como de hecho así lo está haciendo el convocante del juicio (folio 178).

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

Ahora bien, aunque el recurrente aduce el desconocimiento del principio de favorabilidad -que figura en las cláusulas primera y séptima de la CCT⁵-, lo cierto es que para la Sala no existe conflicto alguno entre las normas de la convención a las que se ha hecho referencia y por el contrario, lo que las mismas denotan es que fueron las partes en el ejercicio de la libre autonomía las que concibieron la creación de un régimen de transición para la vinculación de personal, el cual está sometido a un término máximo que vence el 30 de

⁵ “**ARTÍCULO 1. RECONOCIMIENTO PREVALENTE DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA:** Las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los **derechos adquiridos** de los trabajadores de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no surtirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia, quedarán vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la Empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad (...)

ARTÍCULO 7. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: La EAB -ESP se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en convenciones colectivas y los más favorables que otorgue la ley. En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la más favorable para el trabajador (artículo 7- Convención 2012-2014) (Artículo acordado con anterioridad en la CCT 2004-2007)”

noviembre de 2020, plazo durante el cual la encartada deberá adelantar las gestiones pertinentes para la creación de los cargos y el agotamiento del concurso, permitiendo durante dicho interregno la contratación de trabajadores mediante contrato de trabajo a término fijo, siempre que cumplan ciertas condiciones.

De acuerdo con lo anterior, la presunta transgresión al principio de favorabilidad que se plantea en la alzada, en la aplicación de las normas convencionales, no tiene asidero.

Memórese, al Juzgador no le está dado efectuar interpretaciones cuando la norma deviene clara en su tenor literal, y ello es lo que aquí ocurre, menos aun cuando las mismas, se itera, son producto del acuerdo voluntades con los cuales no se estima vulneración de las prerrogativas del trabajador.

Lo expuesto resulta suficiente para confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

De esta manera, sin que haya lugar a mayores consideraciones, procede la confirmación de la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora. Las de primera instancia se revocarán y correrán a cargo igualmente del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora. Las de primera se revocan y corren a cargo igualmente del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO UPEGUI HURTADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– Y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ -ESP- (RAD. 14 2018 00018 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 126 y 127), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 13 de agosto de 2020 (CD folio 121, récord 26:36, acta a folio 122), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva reconocida al demandante incluyendo al efecto, los tiempos que este acreditó haber laborado en la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP S.A., utilizando al efecto, la fórmula contenida en el artículo tercero del Decreto 1730 de 2001. Además, se le ORDENA adelantar las acciones y procedimientos necesarios en ánimo de solicitar bono pensional.

SEGUNDO: Se le ORDENA a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ admitir de manera inmediata el bono pensional

contentivo de los servicios que le prestó el señor MARIO UPEGUI HURTADO sin cotización al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: *Se CONDENA en COSTAS de la acción a COLPENSIONES, en oportunidad se tasarán.*

CUARTO: *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES por cuanto que no enervaron la pretensión.”*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIRO UPEGUI HURTADO, las pretensiones relacionadas a folio 10 y 20, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 20 y 21, solicitando se declare que laboró para la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. entre el 13 de febrero de 1978 y el 17 de julio de 1991, con 132 días de interrupción. Además, que tiene derecho a que en la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión se incorporen y liquiden por parte de COLPENSIONES la totalidad de los periodos laborados por este en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P; que las demandadas se encuentran en la obligación legal de realizar los trámites internos necesarios para el traslado del bono pensional correspondiente al demandante de la EAAB a COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la indemnización sustitutiva concedida mediante Resolución GNR22559 del 22 de enero de 2016, teniendo en cuenta para ello los periodos laborados al servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así como los salarios promedio, debidamente indexados. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al actor, incluyendo al efecto los tiempos laborados por este en la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. S.A. utilizando al efecto la fórmula contenida en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, para lo cual debía la primera adelantar las acciones y procedimientos pertinentes para obtener el

bono pensional, disponiendo igualmente a la EMPRESA DE ACUEDUCTO que admita el bono pensional respectivo. Lo anterior, tras considerar que en los términos del artículo 2 del Decreto 1314 de 1994 había lugar al pago del bono pensional cuando se reconoce la indemnización sustitutiva, advirtiendo, dicho título no está previsto únicamente para el pago de pensiones de vejez sino en general, para el reconocimiento de las prestaciones a cargo del sistema, y como quiera que no se desconoció por la empresa de acueducto la existencia del vínculo con el demandante por el periodo reseñado en la demanda, había lugar a la reliquidación de la indemnización teniendo en cuenta los tiempos laborados y no cotizados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Pues bien, no es objeto de controversia en esta instancia que el demandante prestó sus servicios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado entre el 13 de febrero de 1978 y el 17 de julio de 1991, situación que fue excluida del litigio por cuanto no hubo oposición a tal declaración por parte de esa entidad al contestar la demanda (folio 78¹) y, en todo caso, se constata de la certificación de información laboral que milita a folio 17.

Tampoco se discute que al actor le fue reconocida indemnización sustitutiva por parte de Colpensiones mediante Resolución GNR 22559 del 22 de enero de 2016, en cuantía de \$13.229.445 (folios 2 y 3).

En esa medida, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el que se incluya el tiempo laborado, y no cotizado, al servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Considerando lo anterior, no es objeto de la litis determinar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993², reglamentada por el artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, para el demandante hacerse acreedor de la indemnización

¹ No hubo oposición a la pretensión 2.1.1, folio 78.

² “**Artículo 37:** Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas

sustitutiva, pues los mismos fueron encontrados satisfechos por la demandada COLPENSIONES en la Resolución GNR 22559 del 22 de enero de 2016 (folios 2 y 3) y por ello procedió a su reconocimiento, debiendo únicamente resolver la inconformidad del demandante frente a las semanas empleadas para liquidar la prestación.

Ahora bien, a efectos de desatar el problema jurídico planteado, resulta conveniente memorar, fue en razón a la implementación de los dos regímenes pensionales desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, que el sistema se vio en la imperiosa necesidad de establecer mecanismos que permitieran el traslado de los emolumentos cotizados o laborados en otras entidades, bajo la institución de bono pensional³.

Los bonos pensionales fueron definidos como instrumentos de deuda pública, los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 *“constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”*. Doctrinalmente, además, han sido concebidos como *“un valor a favor de un afiliado que se traslada a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual representa la deuda pensional causada desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales, legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación”*⁴

Por su parte, y frente a la naturaleza jurídica de los Bonos Pensionales, la Corte Constitucional en Sentencia C-611 de 1996, puntualizó:

“(…) con el instrumento financiero y contable de los bonos pensionales emitidos inicialmente por las entidades oficiales y posteriormente por todas las instituciones que participan en el régimen general de pensiones, dentro del sistema nacional de seguridad social, para permitir la migración de afiliados entre ellas, el legislador pretende asegurar la conformación de unidades de capital con proyecciones matemáticas de rentabilidad y contabilidad suficientemente sólidas para financiar la atención futura de las pensiones de los afiliados al régimen contributivo de seguridad social en pensiones; ciertamente, con este instrumento financiero y de capitalización

cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

³ Al punto puede consultarse la sentencia T968 de 2006.

⁴ Problemas Actuales de la Seguridad Social Bonos Pensionales, Fernando Castillo Cadena, Editorial Ibáñez, Universidad Javeriana.

de ingresos recibidos y captados con ocasión y en oportunidad de las cotizaciones periódicas de los afiliados o de los aportes y cotizaciones precedentes, pero proyectados contablemente hacia el futuro, no se recaudan ni se colocan nuevos recursos del público ahorrador o inversionista, pues se trata de la creación de instrumentos de crédito y de títulos representativos de unas obligaciones de contenido económico social, que presuponen la finalidad constitucional de mantener actualizada la capacidad de pago de la pensión, en términos del poder adquisitivo de la moneda ante los índices de precios al consumidor”.

Y referente a quienes tienen derecho a su emisión (artículo 115 de la Ley 100 de 1993), se dispuso:

- “a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;*
 - b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;*
 - c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;*
 - d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.*
- PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono”*

Agregando el artículo 119 de dicho cuerpo normativo que es necesario contar con un *“tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco años”.*

Ahora, conforme a la designación dada por el Decreto 1748 de 1995 en el artículo 17, los Bonos Pensionales Tipo B, se encuentran regulados por el Decreto Ley 1314 de 1994 y son aquellos que se emiten a favor del ISS (hoy Colpensiones) por cuenta de los servidores públicos que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, se trasladaron al régimen de prima media con prestación definida. En virtud de lo anterior, es claro que los Bonos Tipo B para las personas, representan un número de semanas válidas para la pensión y para el fondo común del ISS (hoy Colpensiones) se traducen a dinero empleado para financiar las pensiones que sean reconocidas.

Así, en esencia, la virtualidad de este tipo de bono pensional es completar los recursos requeridos para financiar las pensiones que son reconocidas a los servidores públicos, que antes de su vinculación al instituto de los seguros sociales, prestaron sus servicios al Estado, lo que, en estricta interpretación,

excluiría el financiamiento del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pues, se itera, su creación tiene como fin el pago de la prestación jubilatoria.

No obstante, del artículo 63 del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el artículo 22 del Decreto 1474 de 1998, modificado por el art. 26 Decreto Nacional 1513 de 1998, se infiere, procede también para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, así se estipuló en la norma referida que en su tenor literal señala:

“Cuando se cause una indemnización sustitutiva, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional se redimirá hasta por un monto que sumado al monto de las cotizaciones realizadas y no tomadas en cuenta para el cálculo del bono, permita pagar el valor de la indemnización sustitutiva establecida por dicho artículo. A dichas cotizaciones se les aplicará el rendimiento anual efectivo de las reservas del ISS, de acuerdo con el parágrafo 3º del artículo 24. En este caso, si el valor a pagar por razón del bono pensional es inferior al valor del mismo, esta diferencia se le reducirá proporcionalmente a todas las cuotas partes. Si el bono no es expedido oportunamente, el ISS podrá pagar la indemnización que corresponda al afiliado, tomando en cuenta únicamente las cotizaciones efectuadas al ISS. Posteriormente, el ISS comunicará a todas las entidades el valor a su cargo por concepto del bono, para que estas sumas sean pagadas directamente al beneficiario.”
(Negrilla y subrayas de la Sala).

Estos instrumentos, según lo reglado en el artículo 4º del Decreto Ley 1314 de 1994, serán emitidos *“por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado o por la Nación o entidad territorial, cuando la responsabilidad corresponda a una caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional o territorial respectivamente, antes de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales (...)”* Y podrán ser redimidos *“cuando el afiliado se pensione en el Instituto de Seguros Sociales por vejez o invalidez o cuando se cause la pensión de supervivencia, **y cuando haya lugar a la indemnización sustitutiva.**”* (Artículo 7 norma ejusdem)

Sobre este último aspecto, esto es, cuando haya lugar a la indemnización sustitutiva, la redención podrá hacerse de manera anticipada de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 5 del Decreto 1474 de 1994, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 16. REDENCION ANTICIPADA DE LOS BONOS. Habrá lugar a la redención anticipada de los bonos cuando se dé una de las siguientes circunstancias:

(...)

2. Para bonos tipo B, el fallecimiento o la declaratoria de invalidez del beneficiario del bono como también **el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993**” (Negrilla y subrayas de la Sala)

Dicho bono pensional debe ser reclamado por la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante, según el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el art. 20 del Decreto 1513 de 1998, al determinar que “*corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención*”, el cual, a su vez, se emitirá para la entidad administradora de pensiones (COLPENSIONES o AFP), para que proceda a contribuir con la conformación del capital necesario para la financiación de la prestación respectiva.

De conformidad con la normatividad traída a colación, resulta procedente la emisión del bono pensional tipo B por el tiempo laborado por el demandante al servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, no cotizado al ISS hoy COLPENSIONES, a efectos de que se tenga en cuenta dicho periodo en el cálculo de la prestación indemnizatoria reclamada, por cuanto, en los términos que ha quedado visto, a la ex empleadora le corresponde efectuar el pago del bono pensional tipo b -en este caso- pues está destinado a financiar este tipo de prestaciones, siendo incluso causal de redención anticipada.

En este punto es importante precisar, el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001 dispuso:

ARTICULO 2°- Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales. (...)

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.”

Como puede verse de tal precepto, cuando se efectúan cotizaciones a diferentes administradoras del régimen de prima media, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debe efectuarse por cada una de ellas, de manera proporcional al tiempo cotizado; sin embargo, según los certificados de tiempos de servicios expedidos por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ para la emisión de bono pensional (folios 16 y 17) y la comunicación de 7 de diciembre de 2015 (folio 12), durante el tiempo que duró la vinculación del convocante con la EAAB no se realizaron aportes para pensión a ninguna caja o fondo administrador de pensiones, por lo que estos recursos son asumidos directamente por esa entidad y deben ser reconocidos y pagados mediante el bono pensional respectivo, no siendo dable por tanto, ante la ausencia de cotizaciones, que sea la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ la que asuma directamente la liquidación y pago de la indemnización sustitutiva pues claro está, no se trata de una caja o fondo administrador de pensiones y si bien, antes de la Ley 100 de 1993 tuvo a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de sus trabajadores lo cierto es que con la entrada en vigor del sistema general de pensiones dichos tiempos pueden tenerse como semanas efectivamente cotizadas a la entidad pensional a través del pago del bono pensional respectivo lo que traslada la competencia del pago de estas prestaciones al sistema pensional y la obliga a adelantar los trámites para la obtención del título.

Se itera, la ausencia de cotizaciones por el periodo en el que el actor laboró al servicio de la demandada EAAB no conlleva a desconocerlo a efectos de cuantificar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en tanto, como quedó ampliamente analizado, es obligación de quien fungió como empleador pagar el bono pensional correspondiente para que sea COLPENSIONES, en uso de sus atribuciones y como administradora del régimen de prima media a la que se encuentra afiliado el demandante, la que liquide y pague la prestación, y en este caso, la reliquide incluyendo dichos tiempos, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001⁵, el cual preceptúa para su cálculo se

⁵ *Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:*

tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100 y se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.⁶

Sería del caso entonces determinar el valor de la diferencia que por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debiera cancelar la demandada COLPENSIONES al actor, sin embargo, ello no resulta posible en primer lugar, por cuanto la certificación de salarios expedido por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ (folio 18) se encuentra incompleta⁷ y, en segundo, debido a que, previo a realizar los cálculos tendientes a reliquidar la indemnización, la administradora debe contar con el bono pensional acreditado para proceder conforme lo dispone el artículo 63 del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el artículo 22 del Decreto 1474 de 1998, modificado por el art. 26 Decreto Nacional 1513 de 1998⁸, anteriormente citado. En ese sentido, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se modificará el fallo de primer grado únicamente con el fin de supeditar la reliquidación de la

Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

(...)

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

⁶ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

⁷ Sólo está la página 2.

⁸ “Cuando se cause una indemnización sustitutiva, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, **el bono pensional se redimirá hasta** por un monto que sumado al monto de las cotizaciones realizadas y no tomadas en cuenta para el cálculo del bono, permita pagar el valor de la indemnización sustitutiva establecida por dicho artículo. A dichas cotizaciones se les aplicará el rendimiento anual efectivo de las reservas del ISS, de acuerdo con el párrafo 3° del artículo 24. En este caso, si el valor a pagar por razón del bono pensional es inferior al valor del mismo, esta diferencia se le reducirá proporcionalmente a todas las cuotas partes.”

indemnización sustitutiva a la obtención del bono pensional por parte de dicha administradora.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 48)⁹, se tiene que el derecho a la **reliquidación** se hizo exigible el 18 de febrero de 2016 (Cd folio 36, expediente administrativo), fecha en la cual se notificó la resolución GNR 22559 de 22 de enero de 2016, que reconoció la indemnización sustitutiva (fls. 2 y 3), presentado reclamación el 14 de abril siguiente (folio 4) con lo cual se suspendió tal fenómeno hasta que se resolvió de manera definitiva y desfavorable mediante Resolución VPB 3556 del 12 de septiembre de 2016 (fls. 10 y 11), notificada el 27 siguiente (Cd folio 36, expediente administrativo) acudiendo a la jurisdicción el 12 de enero de 2018 (folio 25), es decir sin que haya transcurrido el término trienal, por lo que no operó dicho fenómeno jurídico.

Agotada la competencia de instancia, surtido el grado jurisdiccional de consulta, se procede modificar parcialmente el numeral primero de la sentencia de primer grado para condicionar el reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva a la acreditación del bono pensional respectivo, en los términos antedichos.

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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, únicamente en el sentido de precisar que COLPENSIONES deberá reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del demandante, incluyendo los tiempos laborados al servicio de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.SP., **una vez** agotados los trámites

⁹ La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 13 de diciembre de 2018 (folio 93).

respectivos a efectos de obtener el pago del bono pensional a cargo de la EAAB y recibido el valor del mismo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIREYA ASTRID SANDOVAL SANCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 15 2019 00053 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL, en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico a folio 169 vto.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de la demandante y Colpensiones (fls. 241, 242 y 244 a 247), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por la demandante y PORVENIR, así como el

grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de septiembre de 2020 (CD folio 226, récord: 1:54:34, acta folios 235 y 236), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante MIREYA ASTRID SANDOVAL SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual el día 25 de octubre del año 1999 a través de la administradora Colmena hoy representado por Protección, igualmente de esta misma suerte corre el traslado horizontal a la administradora Porvenir y Ordenar entonces a esta administradora Porvenir donde eventualmente se encuentra afiliada la señora demandante traslade los recursos, sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora del régimen de prima media Colpensiones ; A esta que reciba estos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS de acuerdo a esta ineficacia y conforme a lo que expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada entonces se remitirá la presente diligencia ante el superior para que las revise en el Grado jurisdiccional de CONSULTA respecto a Colpensiones.

CUARTO: ABSOLVER a las partes demandadas de la indemnización de perjuicios y orden moral que invocaba la parte actora y frente a esta pretensión declarar las excepciones de cobro de lo no debido en esencia de la obligación conforme a lo que se expuso en la parte motiva.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpone recurso de apelación solamente en lo que tiene que ver con la no condena en costas, expresando las entidades demandadas fueron vencidas dentro del presente proceso en juicio, las pretensiones del introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones resulta procedente su condena pues así lo estipula el numeral primero del artículo 365 del CGP, señalando las entidades demandadas se opusieron activamente a la Litis, excepcionaron, respondieron la demanda a través de apoderado, interrogaron a la parte demandante, hubo una defensa importante y por ende considera debe concederse dicha pretensión (CD folio 226, record: 1:56:10)¹.

¹ “Gracias señor juez voy a interponer recurso de apelación, en este momento procesal entonces me permito interponer recurso en contra de la decisión solamente en lo que tiene que ver con la No condena en costas a las demandadas con base en los siguientes argumentos:

Debe tenerse en cuenta que las entidades demandadas fueron vencidas dentro del presente proceso en juicio , las pretensiones del introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones de dicha demanda debidamente controvertida por las demandadas ya que se opusieron en forma activa a las mismas siendo adicionalmente una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y la controversia surtida en esta instancia judiciales, estas deben ser reconocidas, pues así lo estipula el numeral primero del artículo 365 del CGP que textualmente estableció “Se condenara en costas a la parte

PORVENIR manifiesta no debe dejarse pasar de largo las disposiciones establecidas en la ley laboral que se encuentran vigentes, tales como la ordenada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en punto al régimen de transición, el cual expresa en este caso no se cumplió.

Por otro lado indica, el deber de información hoy exigido, después de haber sido creado el sistema de pensiones integral de Colombia en el año 1993 coloca unas exigencias que para ese entonces no se decían, precisando la información debida se consagra por la misma ley, donde se establecen cada una de las características del régimen pensional, advirtiendo las mismas no se pueden desconocer y por ende una persona que se traslada de régimen el año 1999, hace 21 años, alegando en el 2019 que fue engañada y que no se le dio la información correspondiente, viola todas las reglas del derecho civil, razón por la cual solicita se revoque la decisión (CD folio 226, record: 1:57:49)²

vencida en un juicio”. Adicionalmente debe recalcar que las entidades demandadas en este caso en particular se opusieron activamente a la Litis, excepcionaron, respondieron la demanda a través de apoderado, interrogaron a la parte demandante, entonces digamos que hubo una defensa importante por cuanto entonces considero señores Magistrados que debe concederse adicionalmente pues esta pretensión de condena en costas a las entidades demandadas. Así queda pues sentado mi recurso y la sustentación del mismo, muchas gracias señor juez.”

² “Gracias señor juez me permito apelar la decisión con el debido respeto a los argumentos sustentados en el día de hoy por lo siguiente:

No podemos dejar pasar de largo que las disposiciones establecidas en la ley laboral y en la ley de la seguridad social se encuentran vigentes, tales como la ordenada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 que exige que realmente las personas que al 01 de abril del año 1994, insisto en ese punto tuvieran 35 años la mujer o 40 el varón y/o 750 semanas mínimas cotizadas en este caso particular no se cumplió.

En segundo lugar el deber de información el cual se le exigen hoy al año 2020 después de haber sido creado el sistema de pensiones integral de Colombia en el año 1993 se le coloca unas exigencias que para ese entonces no se decían, ya decíamos que para el año 1993 bajo el estatuto financiero vigente al cual se ha hecho aquí remisión lo único que exigía es que esa información se consagrara a través de los respectivos formularios y traje a colación a manera de ejemplo lo que sucede cuando uno va a abrir una cuenta bancaria en el cual le informan y si uno no está de acuerdo llena un formulario, no queda más constancia, no quedan grabaciones, no quedan documentos que digan de que en qué consistía una cuenta bancaria y si me descontaba o no me descontaba porque fácilmente entonces hoy bajo esa tesis argumentativa que ha ido laborando la jurisprudencia de la sala laboral yo también podía impugnar de que precisamente un banco me engaño o que un ente financiero, cualquiera incluido los fondos de pensiones porque simplemente manifiesto hoy en día que nunca me dieron la información debida.

Es que la información debida se consagra por la misma ley, es decir las normas de derecho aplicables establecen cada una de las características del régimen pensional y esas no las podemos desconocer y cuando una persona se traslada o resuelve trasladarse de régimen el año 1999 hace ya exactamente 21 años, alegar ya en el 2019 que fue engañada, que no se le dio la información correspondiente, es decir viola todas las reglas del derecho civil que nos rige en estas materias contractuales que tampoco podemos pasar de largo o pasar de largo porque son las reglas del derecho común que se remiten y aplica e ilustran el derecho laboral y el derecho de la seguridad social porque no existen ninguna otras disposiciones y no podemos olvidar que nuestro derecho sigue siendo legislado, hoy en día se nos ha dado casi con establecer una especie de derecho consuetudinario no aceptado por nuestras reglas constitucionales es decir la jurisprudencia en el país es mecanismo auxiliar de acuerdo al mandato del artículo 230 de la constitución, es un auxiliar de la justicia, pero ante todo es la ley la que debe imperar por lo menos dentro de las escuelas nuevas del derecho al trabajo se antepone cualquier principio a una regla jurídica que está vigente y no ha sido derogada por manera tal que yo me remito a estos comentarios finales más los que se expusieron en los alegatos de conclusión al igual de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MIREYA ASTRID SANDOVAL SANCHEZ, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 5 a 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 7 a 10, aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad o en subsidio solicita la inexistencia del acto por medio del cual se trasladó y en consecuencia, se declare que siempre ha permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad, ordenando a Porvenir y a Protección la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora, como también el reconocimiento de perjuicios morales causados los cuales estima en 200 smmlv, junto con las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, sin que los traslados horizontales convaliden ese deber de información.

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

los de la contestación de la demanda para solicitarle al honorable tribunal superior de Bogotá que revoque la decisión condenatoria del despacho con el debido respeto y absuelva a mi representada de todas y cada una de estas pretensiones de la demanda, muchas gracias señor juez.”

pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 30 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 5 de octubre de 1962, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES el 4 de septiembre del 2018 (folios 52 a 54, 56 a 58 y 61 a 64), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 251.14 semanas de cotización (folio 152) equivalentes a 4 años, 10 meses y 18 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de octubre de 1999 (folio 196) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (así se admite en la Contestación fls. 188 a 195) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (fl. 134).

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

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”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no

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.

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colfondos, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que si no se trasladaba ponía en riesgo su pensión y aportes.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 196), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

⁵ Cd folio 197, récord 11:30 Audiencia virtual.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 161 y 162, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (25 de octubre de 1999, folio 196) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones folio 134) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR S.A. (folios 136 a 149), así como

la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (fl. 170), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, frente al punto de apelación de la promotor del litigio relacionado con la condena en costas, ha de recordarse el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1o del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a las AFP demandadas PROTECCIÓN y PORVENIR, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, revocándose en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que motivaron la alzada, se procede a revocar en lo atinente a la absolución de las costas, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 5 de diciembre de 2019 (fol. 218)

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


R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo apelado, para en su lugar **CONDENAR EN COSTAS** a la AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CEILY ROCIO COHEN RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2019 00339 01).

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de la demandada PORVENIR S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 1717 del 16 de octubre de 2019, conferida en la Notaría 65 del Círculo de Bogotá (folio 131 vto).

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 216 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de Porvenir, la demandante y Colpensiones (fls. 204 a 208, 210 y 212 a 215), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2020 (CD folio 197, récord: 1:05:50, acta folios 198 y 199), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por la demandante CEILY ROCIO COHEN RIVERA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora Colfondos el día 20 de marzo del año 1997 y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** al fondo Porvenir donde actualmente se encuentra afiliada traslade los recursos, sumas que obran en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media a través de la administradora Colpensiones y a esta que reactive la afiliación de la demandante, reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el sistema general de pensiones régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos sus efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, teniendo en cuenta esta declaratoria de ineficacia conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme se expuso en la parte motiva.*

***TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada remítase al superior para que se revise en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** respecto a Colpensiones dada su naturaleza jurídica, de acuerdo a lo previsto en el artículo 69 del Código procesal del trabajo.”*

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR manifiesta que no es procedente generar de manera automática una declaratoria de ineficacia de traslado por las simples singularidades que se manejan en cada caso en concreto sino que se debe mirar la situación particular de cada afiliado. Señala que la Ley 100 de 1993 en su artículo 112 establece que las personas que cumplan con los requisitos de ser afiliada al RAIS no podrán ser rechazadas por las entidades administradoras del mismo, razón por la cual Porvenir tenía la obligación de aceptar a la demandante en el régimen de pensión, precisando se atenta contra la ineficacia cuando se perciban actos contra la afiliación o el traslado del trabajador, es decir actos de dolo, lo cual asegura no quedó evidenciado, pues el traslado se generó de manera voluntaria siendo una persona totalmente capaz, por lo que considera que la demandante no puede aducir su falta de conocimiento por no haber recibido información, pues sabía que al momento del traslado con Porvenir era su obligación mantenerse conocedora del mismo.

Por otro lado expresa que la Ley 797 del 2003 en su artículo segundo tiene una prohibición legal para tramitar este traslado, y en ese orden para el año 2013 ya no era procedente que la demandante pudiera generarlo, razón por la cual tampoco por esa legislación se debe establecer que ella se vuelva a reincorporar al RPM.

Finalmente manifiesta, a la demandante si se le brindo una información la cual fue objetiva al momento de su vinculación con Porvenir S.A. y por tal razón solicita se revoque en su integridad la sentencia proferida por el despacho. (CD folio 197, record: 1:07:41)¹.

¹ “Muchísimas gracias su señoría, dada la oportunidad pertinente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho, ya que manifiesta el despacho que en este caso para el fenómeno de la ineficacia por falta de información. Yo quiero indicarles a los Honorables Magistrados que no es procedente generar de manera automática una declaratoria de ineficacia de traslado por el simple las singularidades que se maneje en cada caso en concreto y la situación particular de cada afiliado así lo advierte pues en este caso el salvamento de voto presentado por el Doctor Jorge Hinestroza Alemán en sentencia de tutela radicado 5912 del 13 de mayo del año en curso en el que al respecto indico “Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada por la demandante porque estimo necesario revisar en cada caso en particular con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado estos aspectos, y no se puede generalizar con el argumento de que sin importar si tiene o no un derecho consolidado o pues si va en este caso la violación del deber de información pues predica sobre la validez del acto jurídico considerado en sí mismo, razón por la cual se tiene que señalar y destacar que las particularidades de cada asunto se tienen que hacer de una manera minuciosa y estudiando cada solicitud de lo contrario se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador garantizo la libertad de elección del régimen pensional en cabeza pues previamente del legislador y pues las consecuencias jurídicas que esto conllevaran”.

Seguido a esto se quiere resaltar que la ley 100 del año 1993 en su artículo 112 establece que las personas que cumplan con los requisitos de ser afiliada al RAIS no podrán ser rechazadas por las entidades administradoras del mismo, razón por la cual señores magistrados nosotros teniendo la obligación de aceptar a la demandante al régimen de pensión en este caso Porvenir, seguido a ello se tiene que resaltar que continuamos con nuestra defensa de que no se quedó incoada dentro de este proceso ninguna ineficacia por lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 con este punto me detengo señores magistrados pues para resaltar que solamente se atenta contra la ineficacia cuando se impidan actos que alteren contra la afiliación o el traslado del trabajador, es decir actos de dolo y durante todo este proceso no quedó evidenciado ello, lo genero de manera voluntaria tanto así que pues quedo en notorio riesgo lo señalado en la verificación de la voluntad, ya que dice que lo hizo con voluntad pero por solidaridad a una persona, pero nunca tuvo un debido proceso pues en este caso por lo establecido en el decreto 2555 del 2010 de adecuada atención y cuidado al momento de una toma de decisión, y tenemos que señalar que es una persona totalmente capaz y por tal razón que emplee su falta de conocimiento por no haber recibido información, sabiendo que al momento del traslado con Porvenir era su obligación mantenerse concedora de este mismo.

Seguido a ello pues quiero manifestarle que lo establecido en la ley 797 del año 2003 en su artículo segundo tiene una prohibición legal para tramitar este traslado ya que para el año 2013 no era procedente que pudiera generarlo, razón por la cual tampoco se debe por esta legislación establecer que ella se vuelva a reincorporar al RPM.

En estos puntos quiero dejar señalado mi recurso, solicitándole al honorable tribunal en su sala laboral que analice las circunstancias particulares de este proceso que conducen a concluir con certeza que a la demandante si se le brindo una información la cual fue objetiva al momento de su vinculación con Porvenir S.A y por tal razón revoque en su integridad la sentencia proferida por el despacho, muchísimas gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CEILY ROCIO COHEN RIVERA, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 7, aspirando, se declare la ineficacia de la afiliación y traslado a Colfondos, en consecuencia se declare que Porvenir debe trasladar todos los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así mismo que Colpensiones active su afiliación y acepte y reciba todos los aportes del RAIS, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. . **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a PORVENIR, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

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

Así las cosas, a folio 22 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 5 de diciembre de 1963, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 6 de mayo del 2019 (folio 68), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 290.14 semanas de cotización (folio 225) equivalentes a 5 años, 7 meses y 21 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo refiere PORVENIR en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 20 de marzo de 1997 (folios 55 vto y 161) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (fl. 161).

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia*, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la

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

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

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

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

noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de

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

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

(…)

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

(…).

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la

menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colfondos, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que si no se trasladaba ponía en riesgo su pensión y aportes.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 55 vto), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 163 y 164, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁴ Cd folio 197, récord 11:30 Audiencia virtual.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (20 de marzo de 1997, folio 55 vto) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones folio 161) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR S.A. (folio 161), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁵ (fl. 97), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 15 de julio de 2020 (fol. 165)

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.


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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

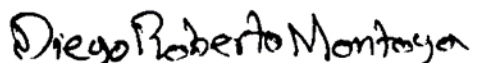
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO ENRIQUE RIAÑO GIL CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 20 2019 00201 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA NATALIA FEO PELÁEZ como apoderada sustituta de la UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por OMAR ANDRES VITERI DUARTE, como representante legal de la sociedad VITERI ABOGADOS S.A.S. (folio 135).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la UGPP y del demandante (fls. 133, 134 y 143), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la UGPP y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de noviembre de 2019 (Cd. fl. 109, record 39:54, acta a folios 110 y 111), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el JAIRO ENRIQUE RIAÑO GIL, y la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, existió una relación laboral en calidad de trabajador oficial, entre el 3 de octubre de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 21 años laborados interrumpidos.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, y por tanto, **CONDENAR** a la UGPP, para que reconozca al Señor JAIRO ENRIQUE RIAÑO GIL, la pensión de jubilación convencional dispuesta en el parágrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva del trabajo 1998-1999, a partir del 18 de octubre del 2015, en cuantía de \$5.330.306,45 junto con sus mesadas adicionales legales conforme a las consideraciones de la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR que la pensión de orden extralegal acá reconocida deberá ser compartida con la pensión de vejez concedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante resolución 369443 del 20 de noviembre de 2015, por tanto, condenar a la UGPP, al pago únicamente del mayor valor entre la pensión acá decretada y la reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES, a partir del 18 de octubre de 2015, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago.

CUARTO: COSTAS serán a cargo de la UGPP, tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 3 SMLMV.

QUINTO: De ser apelada o no la presente providencia, **REMÍTASE** al Tribunal Superior de Bogotá, para que la misma sea consultada en tanto la demandada en este caso es la NACIÓN, la UGPP, y la NACIÓN es garante de sí misma y del Sistema General de Pensiones.”

Contra lo decidido, el extremo demandado interpuso recurso de apelación señalando, el demandante no cumple con los requisitos que la Ley y la Convención colectiva exige para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional solicitada, toda vez que al entrar en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, el 29 de julio de 2005, dicha convención se encontraba sujeta a prorrogas automáticas sin que en ningún caso pudiera extenderse su vigencia después del 31 de julio de 2010 ya que aunque el actor contaba con más de 20 años de servicio a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, acreditó la edad mínima convencional el 31 de marzo de 2013, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010.

Por otro lado apela las costas, aduciendo no se encuentran probadas actuaciones dilatorias, de temeridad o de mala fe, por parte de la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en el artículo 365 del C.G.P. (Cd. fl. 111, record 42:32)¹.

¹ “Muchas gracias señor Juez, de la manera más respetuosa manifiesto que presento recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por su Honorable Despacho. Esto teniendo en cuenta que para la entidad, el demandante no cumple con los requisitos que la Ley y la convención colectiva exige para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional solicitada, toda vez que al entrar en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, el 29 de julio de 2005, dicha convención se encontraba sujeta a prorrogas automáticas sin que en ningún caso pudiera extenderse su vigencia después del 31 de julio de 2010, indicando

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 2, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folio 3, aspirando principalmente se declare que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por tiempo superior a 20 años, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional desde el 22 de marzo del 2013, indexando los salarios devengados en el último año de servicios, como también se indexe los valores reconocidos, se realicen los correspondientes aumentos de ley, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso; **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** pues se accedió al reconocimiento pensional convencional al cual tenía derecho desde el 22 de marzo del 2013 (fecha de cumplimiento de los 55 años de edad), no obstante dispuso su disfrute a partir del día 18 de octubre del año 2015 en cuantía de \$5.330.306,45, por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de la prescripción, disponiendo el juez *a quo* el pago de 14 mesadas al año y la indexación de las sumas reconocidas, así mismo señaló la existencia de la compartibilidad de la prestación con la reconocida por Colpensiones mediante Resolución 369443 del 20 de noviembre del 2015, todo lo anterior tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión restringida de jubilación, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad, por lo que dicha pensión Convencional no perdió vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005.

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,

que no habría regímenes exceptuados al Sistema General de Pensiones, a no ser que se hubieren cumplido todos los requisitos para acceder a ella, lo cual, en el presente caso no ocurrió, ya que aunque la accionante contaba con más de 20 años de servicio a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, hoy extinta, acreditó la edad mínima convencional el 31 de marzo de 2013, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010.

Igualmente apelo las costas puesto que no se encuentra probadas actuaciones dilatorias, de temeridad, o de mala fe, por parte de la entidad demandada, esto de conformidad con lo expuesto en el artículo 365 del CGP. Muchas gracias señor Juez.”

se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, preliminarmente es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral obrante a folio 49, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el demandante se vinculó, de manera interrumpida, a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. entre el 3 de octubre de 1977 y el 27 de junio de 1999.

En este orden de ideas, como quiera que el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional (ver fls. 4 y 5) y que al expediente fue aportada copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, fechado el 15 de abril de 1998 (fl. 38) el cual cuenta con constancia de depósito² (fl. 44 vto.), empezará la Sala por precisar que la disposición cuya aplicación reclama el demandante, es el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, aunado a que ésta se encuentra vigente desde el 1° de enero de 1998 (Art. 3 Convención Colectiva fl. 9 vto) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

Pues bien, dicho artículo convencional establece (fls. 18 vto y 19):

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

² Del 17 de abril de 1998.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se registrará de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se registrará por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se registrará por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, en cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo (fls. 9 vto y 10) es claro en expresar que se excluye de esos beneficios únicamente a los Directores de Departamento y a los Directores de Oficina del Grado 16 al Grado 50 y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de PROFESIONAL ESPECIALIZADO I GRADO 23, en la Gerencia Especial de Vivienda y Asuntos Sociales Externos (ver fl. 49), esto es, no se encuentra en los cargos exceptuados por la convención.

Ahora frente al reconocimiento pensional, aunque no quedó acreditada la forma en que finiquitó el vínculo del actor, esto es, si se retiró o fue retirado, tal situación es indiferente para efectos de la prestación que se estudia, pues el reconocimiento procede en uno u otro evento, siempre que concurren los demás presupuestos. En ese orden, resulta procedente para este caso dar aplicación al parágrafo 1º del artículo 41 Convencional, pues se encuentra acreditada la prestación de servicios por más de 20 años (del 3 de octubre de 1977 al 27 de junio de 1999³), que corresponden a 7715 días o **21 años, 5 meses y 5 días** (folio 49), circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala dan lugar a la causación de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el

³ Tuvo 78 días de interrupciones conforme se extrae de la certificación de folio 49.

cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, 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, en casos de similares características al presente como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244⁴ (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107⁵ (14/02/2018) y SL 526 Rad. 63158⁶ (14/02/2018), providencias que exponen el referido criterio.

⁴ “(...) teniendo claro que la actora para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de 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, ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 13 de diciembre de 2010, habrá de casarse la sentencia impugnada.”

⁵ “(...) el derecho a la pensión de jubilación que consagra, se causa con el retiro del trabajador, por voluntad propia o por decisión del empleador, siempre que para esa data haya laborado como mínimo 20 años, y que el cumplimiento de la edad de 55 y 50 años, según se trate de hombre o mujer, es una condición para su goce o disfrute, o sea, para su exigibilidad. Tal interpretación se acompasa con la que esta Corporación le ha dado a una norma legal cuyos términos, sustancialmente, coinciden con el precepto de esta stirpe que regula la llamada pensión restringida de jubilación por retiro voluntaria: El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y no hay razón alguna que justifique no hacer un predicamento diferente con referencia al parágrafo 1° convencional.

Por lo tanto, como en el proceso está demostrado, y no fue objeto de controversia en casación, que el demandante prestó sus servicios la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, y que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999, ello quiere decir, conforme a lo precisado, en primer lugar, que el derecho a la pensión de jubilación convencional se causó en la precitada fecha y, en segundo término, que no había lugar a negar el reconocimiento y pago de tal prestación, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto dispuso la pérdida de las prerrogativas a partir del 31 de julio de 2010, como lo concluyó el Tribunal; lo que implica, entonces, que el cargo prospera y, por ende, el fallo gravado habrá de casarse.

En ese sentido, ha señalado esta Corporación que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones, pactos, laudos y acuerdos, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor, tesis plenamente aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, la edad constituía únicamente un requisito para la exigibilidad de la pensión, luego entonces el derecho pensional se adquirió por parte del recurrente cuando habiendo laborado por más de 20 años en favor de la Caja Agraria fue retirado, lo que se dio antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005.”

⁶ “(...) preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1°, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se producirse cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

En efecto, la jurisprudencia vigente ha sostenido que es ineludible a la hora de establecerse los beneficiarios de las prebendas convencionales la existencia y vigencia de la relación laboral que a éstos legitima, de tal suerte que, de no acreditarse tales conceptos, no se abrirá paso el respectivo reclamo, tal discernimiento por

desprenderse del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que la convención colectiva de trabajo se celebra “para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” y, obviamente, los contratos de trabajo durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo son los que igualmente están vigentes, no los que no lo están o que nunca lo han estado. De esa suerte, cualquier beneficio convencional en favor de quien no está ligado por un contrato de trabajo con la empresa suscribiente de la correspondiente convención colectiva de trabajo debe estar expresamente previsto por los convencionistas, por constituir según lo visto una estipulación para otro, para un tercero, tal es el caso de las prebendas extendidas en favor de los hijos de los trabajadores, o de los ex trabajadores, o de los pensionados e, incluso, de terceros totalmente ajenos a las relaciones contractuales de la empresa pero por cuya actividad pueden verse afectados en alguno de sus intereses, verbi gracia, la comunidad circundante de la misma.

La vigencia de las relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la prestación, por eso, al lado de otros presupuestos, como por ejemplo el tiempo de servicio, el cumplimiento de la edad pensional durante su vigencia termina siendo consecuencia necesaria de su naturaleza temporal.

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

Nótese a ese respecto que la disposición convencional parte del presupuesto de que el trabajador ya ha cumplido la materialidad laboral que le da causa a la prestación pensional: el tiempo de servicios, pero considera la circunstancia que impide al trabajador acceder a la pensión conforme a la regla general, la del cumplimiento de la edad pensional en vigencia de la relación laboral, por tanto, toma tal circunstancia como condición necesaria para el reconocimiento del derecho, esto es, que ya no exista vinculación laboral, o por causa imputable a la empresa o por iniciativa del propio trabajador, para de allí señalar que el acceso a la prestación se producirá cuando cumpla la edad de cincuenta (50) años, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) si es hombre, lo que es tanto como decir que con el cumplimiento de las dos condiciones iniciales se tendrá el derecho, pero su goce o disfrute solo se producirá al cumplimiento de la última, la anotada edad.

Así, la edad considerada en la estipulación convencional fluye indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, por exigir ésta que tal ocurrencia se produzca cuando el ex trabajador ya no se encuentra amparado directamente por ella, resultando que, de una parte, éste hubiere perdido la condición de trabajador de la empresa; y de otra, que sea en un todo posible que ni siquiera la disposición convencional para ese nuevo momento mantenga vigencia en el marco de las relaciones contractuales de la misma empresa. De ese modo, en forma alguna puede concluirse que la dicha edad sea requisito de estructuración del derecho, sino apenas de su exigibilidad, de su goce o disfrute.

Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador.

Pero también entiende la Corte, en segundo término, que el aludido Parágrafo 1º previó el derecho pensional a favor de quienes habiendo sido trabajadores de la entidad le prestaron un tiempo de servicio mínimo de servicio pero no arribaron a cierta edad en su vigencia, porque, precisamente, a quienes les exigió tal condición pensional se refirió paladinamente al inicio del marco de las disposiciones pensional, se recuerda, de donde no ha lugar a concluir cosa distinta a que, para los primeros, los que perdieron la calidad de

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1998 (cuando acreditó 20 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor JAIRO ENRIQUE RIAÑO GIL en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en éste caso, el Acto Legislativo 01 de 2005, así ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, como 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

trabajadores activos, la edad no se tuvo como un requisito de estructuración del derecho --pues no lo podían cumplir en ese tiempo--, sino apenas de su disfrute.

De desatenderse tal razonamiento resultaría inane la consideración también expresa del derecho pensional en favor de los trabajadores activos, a quienes sí se les exigió como presupuesto pensional el cumplimiento de una determinada edad, cincuenta (50) o cincuenta y cinco (55) años según su género, y por supuesto la vigencia de su relación laboral, aparte del requisito material del derecho: la prestación de servicios durante un término mínimo de veinte (20) años.

Y en tercer lugar, es la única conclusión a la que se puede arribar si se observa que la disposición en su conjunto quiso amparar con el beneficio pensional de jubilación a todos los servidores de la empresa sobre un mismo rasero, el que para la Corte es el más obvio: la prestación de servicios por un término mínimo pero apreciable, en los casos menos exigentes dieciocho (18) años y en los más veinte (20) años. Para el personal activo las exigencias adicionales de vinculación y edad, y para los que aquí se estudia, las de desvinculación y el máximo del servicio. Siendo ello así, advierte la Corte una redacción armónica del texto convencional tendiente a no dejar por fuera a quienes habiendo cumplido el tiempo de servicios exigido, se encontraren en determinada edad, solicitaren el reconocimiento del derecho en un hito temporal que allí también se estableció --enero y marzo de 1992 y un (1) año posterior a la vigencia de la convención colectiva o del cumplimiento de la edad estando vinculados--, o ya no estuvieren al servicio de la entidad, últimos para los cuales la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho pensional.

Ahora bien, la concepción del derecho pensional de jubilación en términos como los analizados no resulta ara cada extraña a la normatividad del trabajo, menos a la legal, pues, a guisa de mero ejemplo, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se memora, estableció la pensión proporcional de jubilación por despido sin justa causa y aún por retiro voluntario, prestación respecto de la cual la jurisprudencia es pacífica en la consideración de que la edad no es más que un requisito de su exigibilidad, bastando para su estructuración un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación forzosa o libre del trabajador.

(...)

En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de 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 actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.

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 jurídico⁷.

⁷ 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 reformativo 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 reformativo 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 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 párrafo 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

Sobre este aspecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia SU 555 de 2014, en la que entre otros aspectos, 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 cumplieran los requisitos para esa misma época (...)*”.

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 alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que cumplió los 20 años de servicios el actor no contara con los 55 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 para aquellos trabajadores que se retiren del servicio **sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre**, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia del registro civil de nacimiento (fl. 48) y de la cédula de ciudadanía (fl. 57), el accionante cumplió la edad de 55 años el **22 de marzo de 2013**, 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 55 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala se remite al texto convencional el cual señala en el párrafo 3 del artículo 41 lo siguiente (fl. 19):

“La pensión se liquidara así:

Primer Factor Fijo: *Ultimo sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.

Los valores anteriores se **suman y dividen por doce (12)**, con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 49), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

Sueldo básico	\$1.592.227
Prima de antigüedad	\$525.435
Prima técnica	\$0
TOTAL FACTOR FIJO	<u>\$2.117.662</u>

SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES

Salario en especie	\$728.080
Auxilio de transporte	\$0
Incentivo de Localización	\$0
Gastos de representación	\$0
Prima Jun/1998	\$45.655
Prima Dic/1998	\$3.679.210
Prima Jun/1999	\$3.220.843
Prima Escolar/1999	\$1.091.811
Prima Vacaciones	\$2.423.839
Horas Extras	\$0
Dominicales o feriados	\$0
Viáticos	\$1.064.720
Sobrerremuneración	\$0
FACTOR FIJO VARIABLE	\$12.254.158
Promedio factor variable	<u>\$1.021.179,83</u>

TOTAL FACTOR FIJO + VARIABLE \$3.138.841,83

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2013 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la

Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470⁸ y 31222⁹, valor al cual se le aplica el porcentaje del 75% (fl. 19) establecido en la convención colectiva así:

⁸ *Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.*

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregona tanto del uno como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores.”

⁹ *“Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.*

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...

VH	IPC Final dic-12	IPC Inicial dic-98	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada a 2013
\$3.138.841,83	111,82	52,18	\$6.726.433,37	75%	\$5.044.825

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 1998 (data para la cual el actor acumuló 20 años de labores) 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 -22 de marzo de 2013- (cuando el demandante alcanzó los 55 años de edad fl. 57), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que se confirma en este aspecto la sentencia del *a quo*.

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compartibilidad de dicha pensión con la otorgada por la Administradora Colombiana de Pensiones mediante Resolución No. 369443 del 20 de noviembre del 2015 como se indica a folio 113, quedando así a cargo de la demandada solamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la aquí reconocida y la otorgada por COLPENSIONES, precisándose dado que se desconoce el valor de la mesada otorgada por la Administradora del Régimen de Prima Media, no se puede concretar el mayor valor adeudado por la UGPP.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por la accionada (fl. 66)¹⁰, debe señalarse en éste punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 22 de marzo de 2013 data en la que el actor cumplió los 55 años de edad (fl. 57); presentando reclamación el 18 de octubre de 2018 (fls. 45), la que fue resuelta mediante Resolución RPD 004121 del 12 de febrero del 2019 (folios 46 y 47), y acudiendo a la jurisdicción el 11 de marzo de 2019 (fl. 58), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 22 de marzo de 2013 y el 18 de octubre de 2015,

¹⁰ Por auto del 30 de agosto del 2019 se tuvo por contestada la demanda (fl. 107).

tal como así lo determinó el operador judicial de primer grado, procediendo la confirmación de la sentencia también en éste punto.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la mesada del actor para el año 2013 (fecha de status) ascendía a \$5.044.825 y para el año **2015** (fecha de disfrute) realizando los correspondientes incrementos¹¹ es de **\$5.268.176,35**, se modificara la decisión de primer grado por cuanto obtuvo una suma mayor (\$5.330.306,45), dado el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de la UGPP.

Por otro lado, en lo que hace a la condena al pago de indexación, debe advertirse se desconoce la fecha de la primera mesada reconocida por Colpensiones y su valor, razón por la cual únicamente en el supuesto de existir un mayor valor a cargo de la UGPP, la indexación resultaría 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 posibles diferencias de mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 18 de octubre del 2015, 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

11

VALOR MESADA			
Fecha final	Incremento %	Valor Incremento	Valor mesada calculada
2013	2,44%	\$ -	\$ 5.044.825,00
2014	1,94%	\$ 123.093,73	\$ 5.167.918,73
2015	3,66%	\$ 100.257,62	\$ 5.268.176,35

adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, pero solo en el evento en que hubieren diferencias de mesadas a cargo de la accionada como quiera que se desconoce el valor de la mesada de Colpensiones, como en líneas anteriores se indicó.

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 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.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor¹², 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.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el valor de la mesada pensional al año 2015, adicionándola en el punto anteriormente mencionado y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en el grado de jurisdicción. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

¹²Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

“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”

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

RESUELVE


PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como valor de mesada pensional para el año 2015 a favor del señor **JAIRO ENRIQUE RIAÑO GIL** la suma de **\$5.268.176,35**, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: 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, en caso existir un mayor valor a cargo de la accionada.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas, **precisándose la condena por indexación** solo será viable en el evento de existir diferencias de mesadas a cargo de la UGPP.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado de jurisdicción. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO MARTHA JANETH RINCÓN
PERILLA CONTRA SODEXO S.A. (RAD. 20 2019 00666 01).**

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre del 2020 (Audiencia virtual, record: 55:38), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARTHA JANETH RINCÓN PERILLA y la empresa SODEXO S.A.S., existió un contrato de trabajo a término fijo cuyos extremos lo fueron del 11 de mayo del 2016 hasta el 6 de marzo del 2017, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la empresa SODEXO S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARTHA JANETH RINCÓN PERILLA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, REMÍTASE al Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de consulta, lo anterior, teniendo en cuenta que la misma fue completamente adversa a los intereses de la trabajadora demandante.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación únicamente en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., manifestando constar en el plenario la elaboración de la respectiva liquidación para el mismo mes de marzo pero no se encuentra prueba de la cancelación o el pago de la misma, asegurando la COOPERATIVA FONDEXO a través de un escrito que fue radicado el 13 de noviembre del 2018 ante la empresa RURAL EXPRESS en nueve páginas, determina en su numeral tercero que la señora MARTHA JANETH RINCÓN PERILLA dejó de pagar el crédito 69058 desde el 30 de marzo de 2017, con lo cual expresa si bien SODEXO S.A.S. realizó la respectiva liquidación de prestaciones sociales a la terminación del contrato de la demandante no la canceló como ordena el Código Sustantivo del Trabajo.

Precisa, si bien estaba autorizado el descuento, este era para pagar esa obligación 69058 la cual no fue cancelada por la empresa SODEXO, por lo cual, fue requerida y reportada la demandante en las centrales de riesgo y requerida en su nuevo empleo para el pago de esa obligación.

Comenta que tan solo 2 años después, esto es, el 8 de agosto del 2019, la demandante tuvo que llevar un documento ordenado por SODEXO S.A.S., donde le informaban que ella tenía que pagar \$171.000 para que ellos pagarán \$576.000, pero enfatiza en que para la fecha de terminación del contrato no fue cancelada su liquidación, independientemente de que ella hubiese o no dado una autorización para el descuento de la deuda que tenía con la cooperativa, lo cual hace evidente la mala fe de la empresa pues solamente hasta el momento en que fue requerida la señora MARTHA JANETH RINCÓN como deudora de FONDEXO, la accionada realizó el pago.

Afirma que dentro del presente proceso solamente se demuestra que se hizo la liquidación pero no existe documento alguno que demuestre cuándo se canceló esa obligación ni cuándo se hizo el pago a la cooperativa o cuándo se le entregó ese dinero a la aquí accionante, advirtiendo existen sendos documentos que acreditan que el pago se realizó pasado el 8 de agosto de 2019 y no existe por parte de la empresa ningún documento que pruebe que se realizó el pago antes

de dicha fecha, solicitando se revoque la decisión en este punto como también la condena en costas y agencias en derecho. (Audiencia virtual, record: 57:32)¹

¹ “Gracias su señoría, solicito interponer recurso de apelación de acuerdo a lo determinado por el artículo 62-65 del código de procedimiento laboral, en cuanto tiene que ver con el pago de la indemnización determinada por el artículo 65, simplemente en ese punto, tanto del análisis de antecedentes como en la parte resolutive de su sentencia, con lo demás estoy de acuerdo. entonces, si su señoría lo permite, procederé a sustentar el recurso en lo que tiene que ver con esta parte del resuelve.

Toda vez que si bien, consta en el plenario la elaboración de la respectiva liquidación para el mismo mes de marzo, no se encuentra prueba de la cancelación o el pago de la misma, toda vez que, como también se puede verificar en el expediente, la empresa LA COOPERATIVA FONDEXO a través de un escrito que fue radicado el trece de noviembre del 2018 ante la empresa RURAL EXPRESS en nueve páginas, determina en su numeral tercero que la señora MARTHA JANETT RINCÓN PERILLA identificada con la cedula 39657775, dejó de pagar el crédito 79058 desde el 30 de marzo de 2017, por lo cual, sin lugar a dudas, su señoría, se puede verificar que si bien la empresa SODEXO S.A.S., realizó la respectiva liquidación de prestaciones sociales y de terminación del contrato de la señora MARTHA JANETT RINCON PERILLA, no la canceló como ordena el Código Sustantivo del Trabajo.

La respectiva liquidación, vuelvo y repito, fue elaborada pero jamás fue pagada como lo prueban los documentos enviados por la COOPERATIVA FONDEXO que fue para la cual se autorizó el descuento, y que posteriormente, en el mes de noviembre del 2018, requirió a RURAL EXPRESS, nuevo patrono de la señora MARTHA JANETH RINCÓN, que hiciera un descuento de su nómina para el pago de la obligación número 69058, la cual dejó de pagarse el desde el 30 de marzo del 2017 su señoría, lo cual infiere lógicamente que la empresa no canceló la liquidación como ordena la ley porque si bien estaba autorizado el descuento, el descuento era para pagar esa obligación, y esa obligación número 69058 no fue cancelada por la empresa SODEXO, por lo cual, fue requerida y reportada mi cliente en las centrales de riesgo y requerida en su nuevo empleo para el pago de esa obligación su señoría.

De la misma manera, aquí está evidenciado que no fue tachado de falso ni mucho menos, ninguno de estos documentos por la parte pasiva el día 8 de agosto de 2019 su señoría, dos años después, tuvo la señora MARTHA JANETH RINCÓN PERILLA la obligación de llevar un documento ordenado por la empresa SODEXO S.A.S., a través de artulugios informándole que ella tenía que pagar \$171.000 para que ellos pagarán \$576.000, pero hasta después del 8 de agosto de 2019. Dichos documentos no fueron debatidos ni rebatidos por la parte pasiva, por el contrario, se puede deprecar su autenticidad y su procedencia, estos documentos no fueron tenidos en cuenta en el momento, si bien la señora MARTHA a través del interrogatorio de parte confiesa que ella no fue despedida sin justa causa, está, que le pagaron sus emolumentos como primas, vacaciones, está perfecto, pero la pregunta del apoderado judicial fue si al momento le debían algo de su liquidación, no le preguntó si le pagaron la liquidación en tiempo, a lo cual mi cliente obviamente contestó que para esta fecha, ella considera que ya le pagaron, claro, después del 8 de agosto del 2019, pero, para la fecha de terminación del contrato como determina la ley, no fue cancelado su liquidación, independientemente de que ella hubiese o no dado una autorización para el descuento de la deuda que tenía con la cooperativa.

De allí se puede deprecar la mala fe de la empresa que, solamente hasta el momento que fue requerida la señora MARTHA JANETT RINCÓN como deudora de FONDEXO, ellos realizaron el pago, más de 1 año después de haber sido requerida la señora MARTHA, después de tener que hacer varias diligencias ante la empresa SODEXO para que estos la atendieran y pagaran su liquidación, como era debido. ¿Con qué documento demuestra la empresa el pago de la liquidación? Con ninguno, solamente demuestra que la hicieron, pero no existe documento alguno que demuestra cuándo se canceló esa obligación, cuándo se hizo el pago a la cooperativa o cuándo se le entregó ese a la aquí accionante.

De allí sus señoría, que solicito en segunda instancia ante el Honorable Tribunal de Bogotá, se revoque la sentencia en este punto, y por el contrario, se conceda la pretensión incoada por este mismo hecho y de acuerdo a lo determinado por el artículo 65 modificado por la ley 789 de 2002, en cuanto se trata a la indemnización por falta de pago de la liquidación, como le informo a su señoría, existen dos sendos documentos que el pago se realizó pasado el 8 de agosto de 2019 y no existe por parte de la empresa ningún documento que pruebe que se realizó el pago antes de dicha fecha, solamente existe liquidación. Por eso, su señoría, de esa manera dejo sustentado el recurso de apelación, solamente en lo que trata de este punto y en el punto que se revoque en cuanto a la condena en costas y agencias en derecho a mi prohijada en tener razón en las reclamaciones que está adelantando. 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, señora MARTHA JANETH RINCON PERILLA, en este ordinario, las pretensiones de folios 5 a 7 del expediente digital las que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 4 a 5 del mismo archivo, solicitando se condene a la demandada a pagar el valor correspondiente de la sanción por no pago de la liquidación, la indemnización por terminación del contrato de trabajo, vacaciones, aportes a seguridad social, cesantías, intereses a las cesantías y primas legales, todas estas para el periodo del 11 de mayo del 2016 al 6 de marzo del 2017, derechos *ultra y extra petita*, costas del proceso incluyendo agencias en derecho e indexación de las sumas adeudadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas, tras considerar el *a quo* que las cesantías, intereses, primas de servicio y vacaciones del 2016 y 2017 fueron debidamente reconocidas a la actora, precisando que la suma obtenida en la liquidación de prestaciones efectuada en marzo del 2017, fue transferida al crédito de libranza adquirido por la accionante con el fondo de empleados de SODEXO razón por la cual no se generó un saldo a su favor y por ende deuda alguna ni por prestaciones ni por concepto de indemnización moratoria, refiriendo no existir mala fe por parte de la accionada, ya que la propia demandante autorizó los descuentos por libranza de su salario como también de la liquidación de prestaciones, igualmente absolvió de la indemnización por terminación del contrato de trabajo pues señaló estar acreditada la justa causa, la cual por demás fue aceptada por la actora en los descargos y en el interrogatorio de parte absuelto.

Pues bien, previo a abordar el estudio de fondo de la controversia planteada, ha de señalarse, no es objeto de debate en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes aquí en contienda, desarrollado del 11 de mayo del 2016 al 6 de marzo del 2017, pues además de haber sido declarado por el Juez *a quo* se puede corroborar con la documental de folios 51, 52 (contrato de trabajo) y 53 a 55 (carta de terminación), la cual no fue tachada ni desconocida por la demandada.

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), el problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar la procedencia de la condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., atendiendo los argumentos de la alzada, 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*).

De tal manera, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.**, sea lo primero indicar, los argumentos expuestos en el recurso de apelación no fueron objeto de debate probatorio y frente a los cuales la demandada SODEXO S.A. no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción, circunstancias que no podrán ser examinadas por esta Corporación, no sólo porque con ello se sorprendería a la sociedad accionada, vulnerando sus derechos a la defensa y debido proceso, sino además porque ello iría en contravía del principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, y que no podrá condenarse al extremo demandado (SODEXO S.A.) por un objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta, que es precisamente lo sugerido por el apoderado de la actora en su recurso, al intentar variar los supuestos que sirvieron como fundamento de la pretensión de la indemnización moratoria.

Se indica lo anterior, por cuanto una lectura acuciosa del escrito demandatorio, permite establecer, sin lugar a equívocos, que los hechos y las pretensiones estuvieron encaminadas únicamente a ordenar el pago de la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones, sin que se hiciera referencia a la posible tardanza que tuvo la accionada en el pago del crédito adquirido por la actora con FONDEXO, el cual estaba autorizado descontar por libranza. Nótese que si bien el recurrente afirma que existen pruebas con las que se puede determinar que SODEXO S.A. no canceló el crédito a FONDEXO, las mismas no se encuentran aportadas en el plenario, tampoco lo narrado en la alzada fue expuesto en los hechos de la demanda ni se mencionó siquiera en el acápite de fundamentos y razones de derecho.

En tal sentido, como se dijo al inicio, no puede ahora la Sala adentrarse al estudio de un asunto que no hizo parte de la discusión planteada por el convocante del juicio, en tanto debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidas por los interesados, advirtiendo, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate.

Ahora y solo en gracia de la discusión, se tiene que revisada la liquidación de prestaciones de la actora obrante a folio 56 del expediente digital, si bien le fue reconocida a la accionante la suma de \$180.598 por cesantías e intereses y \$652.064 por hora extra diurna, recargo dominical, prima legal y vacaciones, para un total de **\$832.662,** lo cierto es que también se le efectuaron sobre dicha liquidación unas deducciones por concepto de sueldo, préstamo, aporte a salud y aporte a pensión, **deducciones que no están siendo discutidas en esta instancia** y que en total sumaron **\$864.487,** esto es, una cifra superior a la cual tenía derecho por concepto de acreencias laborales adeudadas y en ese orden no existe saldo a favor de la demandante que hubiese tenido que ser cancelado por la accionada, por lo que la mora aquí alegada no se causó, en atención a que como ya se dijo no había una suma alguna a reconocer a la promotora del litigio.

Advirtiéndose las situaciones relacionadas con el hecho de que la demandada no canceló a FONDEXO la suma descontada por concepto de “*préstamo*”, no pueden ser analizadas en esta instancia por lo anteriormente considerado y en todo caso se itera la moratoria en este especial asunto no se causó pues no había lugar a pagar suma alguna de dinero a la accionante, aunando a que ésta sanción solo se genera por el no pago de salarios y prestaciones sociales y no por la falta de pago de créditos o deudas de los trabajadores.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

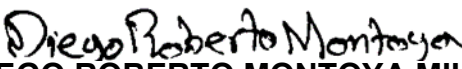
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

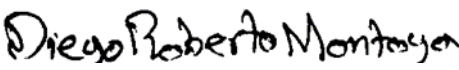
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RUTH GLADYS MORAN ROSERO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP (RAD. 21 2019 00599 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 124 a 127 y 128 a 133), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de agosto de 2020 (Cd. folio 119, récord 34:30, acta a folio 120), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas frente a la entidad demandada y la falta de título de causa propuesta por la pasiva.*

***SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones incoadas por la señora RUTH GLADYS MORAN ROSERO EN contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.*

***TERCERO: CONDENAR** en costas a la señora RUTH GLADYS MORAN ROSERO y a favor de la parte demandada la UGPP se deberá incluir la suma de \$500.000 pesos por concepto de agencias en derecho.*

***CUARTO: CONSÚLTESE** con el superior esta decisión por ser adversa a los intereses de la demandante en caso de que no sea apelada la sentencia.”*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, pues en su sentir, los testimonios recibidos y el interrogatorio de parte absuelto por la demandante dan certeza de la real convivencia que esta tuvo con el causante por 26 años, entre enero de 1990 y el 1 de diciembre de 2016 cuando falleció el señor Campo Elías, lapso durante el cual, asegura, compartieron techo, lecho y mesa en el barrio Zamorano de Palmira, en la casa del hermano del *de cujus*.

Refiere, conforme las declaraciones que reposan en el expediente, la demandante no era ajena para el sector, incluso, el señor Jorge, hermano del causante, indicó que con ella se había suscrito una declaración en su momento, por lo que no era una persona extraña, ni una amiga, sino que existió una relación pública entre Ruth y Campo Elías.

Sostiene, la demandante en su interrogatorio dijo la verdad y no se extralimitó a referir situaciones que no eran ciertas, y si bien su versión no es coincidente con el momento del cambio de labores del causante, ello no controvierte la realidad de la convivencia que ellos tuvieron.

Con relación a las testigos, considera, la señora Nubia en ningún momento dijo algo contradictorio a lo dicho por la demandante y, por el contrario, en su sentir, ratificó su versión, pues es una persona que desde hace muchos años vive en el barrio Zamorano, por lo que debe dársele credibilidad, y aunque la actora no pudo estar en el entierro del pensionado fallecido se aclaró esa situación.

En síntesis, estima, existen elementos suficientes dentro del plenario para reconocer la prestación y revocar la sentencia, conforme lo considerado por la Corte Suprema de Justicia¹ (Cd. folio 119, récord 35:09, acta a folio 120)

¹ “Gracias su señoría si en este momento si me permito presentar un recurso de apelación ante el honorable Tribunal superior de Bogotá manifestándole pues que no me encuentro conforme aquí con lo decidido por el despacho en sus consideraciones dado que con el interrogatorio de parte rendido aquí por la señora Gladys Moran y tanto los testigos escuchados en estrados pues si dieron certeza de esa real convivencia que tuvo mi representada con el causante Campo Elías que fue por un lapso de veintiséis años, tomando como extremos de esta convivencia Enero del año 1990 hasta el 01 de Diciembre del 2016, pues como fue indicado por la demandante la relación comenzó aproximadamente, una relación amorosa por decirlo así en el 1983 y solo hasta el año de 1990 decidieron hacer vida marital, donde compartieron techo, lecho y mesa en el barrio Zamorano de Palmira en la casa del hermano del causante el señor Jorge.

En este sentido pues controvierto si la situación, nótese que dentro de las declaraciones que reposan ahí en el expediente la señora Gladys no era ajena para ese sector, para los vecinos en el momento en el que le hicieron la investigación y para el señor Jorge el hermano del señor Campo Elías, el mismo indicio que la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante RUTH GLADYS MORAN ROSERO, las pretensiones que relacionó en la demanda a folios 5 y 6, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 3 a 5, solicitando se declare que en calidad de compañera supérstite del causante CAMPO ELIAS NARVAEZ LOPEZ, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de diciembre de 2016. En consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer y pagar la aludida

señora Ruth había suscrito con él una declaración en su momento, una declaración extra juicio por lo tanto no estamos hablando de una persona extraña, ni de una amiga, sino se pudo tomar que en realidad fue una relación pública y que fue tomada o que se llevó en el transcurso de los años como la señora Ruth y el señor Campo Elías lo quisieron llevar.

En este caso también la señora Ruth al momento de rendir su declaración ella dijo la verdad conforme a lo que reposa allí, en ningún momento se extralimitó en decir situaciones que ella era beneficiaria del causante ni nada, sino que dijo que ella era la que cotizaba y que en su momento el causante era el que le colaboraba para que ella hiciera esas cotizaciones a seguridad social y cubrir ese riesgo.

También me permito indicar que coincidió dentro de lo que reposa fue dicho por la señora juez al momento de la señora Ruth rendir la declaración ella dijo exactamente que el señor pues que no recordaba muy bien la fecha pero que él había dejado de trabajar con Caminos Vecinales y que después se dedicó cuando ella ya estuvo viviendo con él, después se dedicó a sus labores de construcción me parece que coincide en el tema que de pronto uno a veces no tenga fechas exactas no coincida con el año o con el momento que supongamos el causante haya iniciado o haya cambiado sus labores, pues no contradice o no controvierte en realidad la convivencia que ellos tuvieron.

También me parece que las testigos uno en este tipo de procesos pues llama a las personas que puedan darle certeza sobre esa convivencia y que conocieron como tal el núcleo familiar que conformo el causante con la demandante la señora, Nubia me parece que en ningún momento ella dijo algo contrario a lo de la causante más bien ratifico y es una persona que vive desde hace años dentro del barrio de Palmira el barrio Zamorano, entonces por lo tanto me parece que se le debe dar la credibilidad a estas declaraciones por cuestiones como fue indicada por la demandante, por situaciones ajenas del causante acá Campo Elías era el que sostenía ese hogar y le colaboraba a ella para trasladarse a la ciudad de Bogotá donde lo hacía una o dos veces al año, no pudo estar presente ahí en el entierro se aclaró, se especificó y se dijo la verdad dentro de su declaración entonces por lo tanto me parece que si hay elementos para que se reconozca o se revoque acá la sentencia y se pueda acceder al derecho pensional a favor de acá la demandante, pues creo que se cumplió con lo que ha enfatizado la Honorable Corte de Justicia en sentencias con radicado 45779 del 25 de abril del 2018 donde indico sobre la disposición de reproducida de la convivencia por un lapso no inferior a cinco años indicando que se trata de esa comunidad de vida forjada del crisol del amor responsable de la ayuda mutua el afecto entrañable el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual.

Cabe también anotar que los mismos testigos y la aquí mi representada con el estado de salud del señor Campo Elías ella era la que se trasladaba con él y le ayudaba en sus momentos, cuando tenía que ir a su EPS a sus citas médicas, entonces yo si le solicito al Honorable Tribunal se revoque la sentencia proferida por el despacho y se pueda acceder a las pretensiones de la demanda.”

prestación, junto con las mesadas pensionales causadas de manera retroactiva desde el 1 de diciembre de 2016, fecha del fallecimiento del causante, hasta la inclusión en nómina, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 y en subsidio de esta última la indexación. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. Lo anterior, tras considerar la juez *a quo* que la actora no había logrado acreditar la convivencia efectiva con el causante en los cinco años anteriores a su deceso. Ello por cuanto, en sentir de la juzgadora, el material probatorio recaudado no era consistente, particularmente los testimonios vertidos en el trámite y el interrogatorio de parte absuelto por la convocante, con la documental del expediente, lo cual no le permitían adquirir certeza sobre una convivencia que se asegura en la demanda, fue superior a 26 años.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor CAMPO ELÍAS NARVÁEZ LOPEZ, falleció el 1 de diciembre de 2016, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 37, como tampoco que mediante Resolución No. 7933 del 29 de abril de 2002 la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- (hoy sustituida en lo atinente a pensiones por la UGPP) le reconoció al causante una pensión mensual vitalicia por vejez en cuantía de \$236.460, efectiva a partir del 28 de noviembre de 1999, aspecto que además de no haber sido objeto de discusión dentro del proceso, se constatan de la documental de folios 134 a 138²

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora RUTH GLADYS MORAN ROSERO, en calidad de compañera permanente supérstite, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -1 de diciembre de 2016, folio 37-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de

² Documento extraído del expediente administrativo aportado por la demandada en medio magnético visible a folio 75, impreso para mayor claridad.

sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, 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 1993³, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020⁴, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a)

³ **“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 muerte³; (...)

⁴ Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

EXP. No. 21 2018 000599 01 RUTH GLADYS MORAN ROSERO CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es **razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

EXP. No. 21 2018 000599 01 RUTH GLADYS MORAN ROSERO CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección

del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5° de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

*EXP. No. 21 2018 000599 01 RUTH GLADYS MORAN ROSERO CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.*

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la

del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, “*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador*”.

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional entonces, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de su registro civil de nacimiento de la demandante (folio 35), esta nació el 16 de agosto de 1957, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 59 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante desde el mes de enero de 1990⁵, fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante y la convivencia requerida, de la señora RUTH GLADYS MORAN ROSERO, por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio de la demandante⁶ quien refirió que residió con el causante en la Calle 65 A #28, barrio Zambrano, en el municipio de Palmira, en una vivienda de propiedad del señor JORGE NARVAEZ, hermano del pensionado fallecido, quien también vivía en la casa. Aseguró, pasó las últimas 5 navidades con el causante y con el hermano de este, Jorge Narváez. Mencionó que el día del deceso de CAMPO ELÍAS NARVAEZ ella se encontraba en Bogotá desde hacía sólo 5 días, y que no pudo estar en las honras fúnebres pues no contaba con dinero para viajar, así que cuando llegó a Palmira ya lo habían enterrado sin comunicarle que lo iban a sepultar. Respecto a la relación con el señor CAMPO ELÍAS NARVAEZ dijo que lo conoció como en el año 82 y el 1 de enero de 1990 iniciaron su vida como pareja, fecha para la cual, sostuvo, el causante se encontraba en trámites para la pensión la que le fue reconocida como 5 años después y que se dedicaba a trabajos de construcción. Aunque inicialmente adujo desconocer a quién se le reembolsaron los gastos funerarios, luego dijo que habían sido entregados a los hermanos del causante porque ellos se pusieron al frente del sepelio. Aludió, el causante nunca la afilió a seguridad social y en la oportunidad que estuvo afiliada fue por su empleador, en las ocasiones en que laboró, aunque de manera contradictoria y poco clara dijo que laboró antes de iniciar la convivencia con el de cujus, pero luego refirió que trabajaba en confección y que ellos la tenían afiliada. Dijo, quien le avisó del fallecimiento de CAMPO ELIAS fue la hija de JORGE NARVAEZ, en este aspecto refirió de manera contradictoria que le avisaron cuando ya lo habían enterrado empero, después dijo, entre que se enteró, consiguió el dinero para viajar y se trasladó de Bogotá a Palmira, pasó mucho tiempo, por lo que cuando llegó ya habían finalizado las honras fúnebres. Sostuvo, en el 2001 vivía con el causante.

⁵ Hechos 1.2, folio 3.

⁶ Cd folio 117, récord 19:36.

Al cuestionársele por otros familiares del fallecido, distintos al hermano JORGE NARVAEZ solo aludió a los hijos de este último, ningún otro familiar. Por otra parte, aunque adujo que le pagaban un arriendo al señor JORGE NARVAEZ, hermano del fallecido, luego, cuando se le indagó cuánto pagaba de arrendamiento, se contradijo al señalar que no era una arriendo como tal, que solo asumía el valor de los servicios. Comentó que le pidió copia de la cédula de ciudadanía del de cujus al hermano de este, frente a lo cual, luego de cuestionársele porqué luego de 26 años de convivencia no tenía dicho documento mencionó no saber porque contestó eso porque era obvio que sí lo tenía. Refirió no conocer a Graciela Melo, a Esther Julia Sánchez ni a Ofelia Hernández, aunque respecto de esta última dijo conocer a una persona de nombre Ofelia, no conoce el apellido, que fue inquilina como en el 88.

Así mismo, a efecto de acreditar su dicho, se recaudaron los siguientes testimonios:

NUBIA MOLINA AGUDELO⁷, quien reside desde hace 52 años en la Calle 65 A No. 28-85, dijo ser vecina de la pareja conformada por la demandante y el señor CAMPO ELIAS NARVAEZ, a quienes vio juntos aproximadamente desde el año 1985. Dijo conocer a CAMPO ELÍAS porque vivía en el barrio con el hermano JORGE NARVAÉZ quien tenía su hogar (esposa e hijos). Asegura, Ruth Gladys y Campo Elías vivieron juntos como desde el 90 hasta que falleció este último en el 2016, señalando, en el mismo domicilio vivía el hermano de CAMPO ELÍAS, JORGE NARVÁEZ. Mencionó, como 5 días antes del fallecimiento del causante la actora había viajado a Bogotá y no alcanzó a llegar al entierro lo que se debió a que no contaba con recursos para trasladarse según le comentó la misma demandante, y desconoce por qué no la esperaron para enterrar a quien era su compañero permanente. Sostuvo, cuando el causante y la convocante del juicio se conocieron él estaba trabajando en CAMINOS VECINALES. Señaló que RUTH no era beneficiaria en salud del demandante porque ella trabajaba en una empresa de confección y servicio doméstico. Indicó que la relación de la actora con JORGE NARVAEZ, hermano del causante, era normal. Adujo, la demandante era quien acompañaba a CAMPO ELIAS al médico y que con la pareja, compartió varias reuniones familiares y navidades. Señaló, GRACIELA MELO es vecina y vive en el barrio hace muchos años, al igual que ESTHER JULIA SÁNCHEZ, quien incluso

⁷ Cd folio 117, récord 1:08:22.

estaba en el vecindario desde hace más tiempo que la deponente. Dijo conocer a una señora OFELIA, desconoce el apellido, quien fue inquilina ahí cerca.

Por su parte OLGA LUCIA PIANDROY CABRERA⁸ dijo residir en la Calle 65 A No. 28-43 de Palmira y conocer a la demandante desde hace como 20 años, en el “83” porque fue muy amiga de Aura Olga, la sobrina de Campo Elías Narváez, iba mucho allá y fueron vecinos de toda la vida. Indicó JORGE NARVAEZ vivía con los hijos y en la misma casa vivía GLADYS con CAMPO ELIAS, pareja que convivió desde el año 90 y no vio que se separaran. Relató, la demandante no estuvo en el entierro del causante porque estaba en Bogotá. Mencionó GLADYS era la que acompañaba al de cujus al médico. Dijo no conocer a GRACIELA MELO, ESTAR JULIA y que OFELIA era una inquilina que vivió cerca pero cuando CAMPO ELIAS murió ella ya no vivía ahí porque se había ido para el extranjero. Indicó que en los últimos 5 años del causante no se separó de RUTH GLADYS.

Ahora bien, con la demanda se incorporaron declaraciones extrajuicio rendidas por ELVIRA PRIMERO DE CAICEDO (folio 38) y GERARDO CAICEDO CABRERO ante la Notaría Primera del Círculo de Palmira el 3 de octubre de 2017, en idénticos términos, así:

“(…)

TERCERO: *Manifiesto bajo la gravedad del juramento que conozco de vista, trato y comunicación desde que se mudaron al barrio 01 de Enero del año 1.990 a los señores RUTH GLADYS MORAN ROSERO, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 29.700.517 de Pradera (Valle) y al señor CAMPO ELIAS NARVAEZ LOPEZ, quien en vida se identificó con cédula de ciudadanía No. 6.286.649 de El Cerrito (Valle) y de ellos se y me consta que convivían en UNIÓN LIBRE bajo el mismo techo, de manera permanente e ininterrumpida desde el día 01 de enero del año 1.990 hasta el día 01 de diciembre del año 2.016 fecha del fallecimiento del señor CAMPO ELIAS NARVAEZ LOPEZ, Que de dicha unión no procrearon hijos.*

CUARTO: *Declaro además que la última dirección de convivencia de la pareja fue en la Calle 65 A No. 28-100, Barrio Zamorano, del Municipio de Palmira (Valle del Cauca). Era el señor CAMPO ELIAS NARVAEZ LOPEZ era quien (sic) con el fruto de su pensión suministraba y prodigaba, en ciento por ciento (100%) todo lo necesario para la subsistencia diaria tales como alimentación vestuario, residencia y los eventuales casos de hospitalización en el hogar.*

QUINTO: *Declaro que el señor CAMPO ELIAS NARVAEZ LOPEZ, no dejó otra compañera, esposa, ni más hijos legítimos, ni extramatrimoniales, ni por reconocer,*

⁸ Cd folio 117, récord 1:37:41

*EXP. No. 21 2018 000599 01 RUTH GLADYS MORAN ROSERO CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.*

*ni adoptivos, ni en proceso de adopción con igual o mayor derecho que su
compañera, la señora RUTH GLADYS MORAN ROSERO”*

De manera semejante a los transcritos, la demandante rindió declaración, en la misma fecha, en esa notaría (folio 40).

Si bien, en principio, una revisión automática de los anteriores medios de convicción permitirían inferir la existencia de la convivencia de la demandante con el de cujus, en el tiempo reseñado en la demanda, lo cierto es que en contraposición a tales pruebas, en las diligencias reposa declaración juramentada rendida por el señor CAMPO ELIAS NARVAEZ LÓPEZ (causante) ante la Notaría Primera del Círculo de Palmira el 5 de mayo de 2001 en la que bajo la gravedad del juramento refirió (folio 139)⁹:

“Soy una persona de estado civil soltero, convivo solo y sufrago mis propios gastos personales y comerciales, así mismo manifiesto que no estoy pensionado ni jubilado por entidad del estado, siempre le he cotizado a Cajanal – en caso de que me sea concedida la pensión deseo seguir cotizando para salud con el seguro social, los documentos que aportó al presente son auténticos, así mismo manifiesto que no tengo compañera soy solo”

Preliminarmente es de anotar frente a lo dicho por el señor CAMPO ELIAS NARVAEZ que para esa anualidad -2001- efectivamente no se encontraba pensionado, pues si bien es cierto el reconocimiento se hizo con efectos a partir del año 1999, la resolución 07933 fue expedida en el año 2002 (folio 134).

Ahora, tal declaración hecha por el propio causante, de la ausencia de convivencia con alguna persona o la existencia de una compañera, tiempo antes de su fallecimiento, le resta credibilidad a las testigos traídas a juicio, así como lo referido por la demandante en el interrogatorio, quienes aseguraron que desde el año 1990 (11 años atrás a la fecha de la declaración) este venía haciendo vida marital con la actora, no encontrando razones que justifiquen el actuar del causante o que permitan evidenciar los motivos que condujeron al fallecido a hacer tal declaración, cuando en el dicho de la demandante y los testigos traídos a juicio, ya llevaba, supuestamente, una convivencia continua e ininterrumpida de 11 años con RUTH GLADYS MORAN ROSERO.

⁹ Extraída del expediente administrativo de folio 75, impreso para mayor claridad.

Además de lo anterior, si bien el fallecimiento de CAMPO ELIAS NARVAÉZ se produjo muchos años después de la declaración extra juicio a la que se hizo mención, las demás pruebas aportadas al plenario no permiten establecer, con cierto grado de certeza, que la demandante formó una comunidad de vida con el causante con posterioridad a tal declaración, como pasa a explicarse.

La sociedad CYZA, contratada por la UGPP para la realización de la investigación administrativa, presentó informe investigativo No. 18812/2018 (folio 141 a 146)¹⁰, para el cual realizaron, entre otras, labores de vecindario en la dirección Calle 65 A No. 28-100 de Palmira, referida por la petente como último domicilio de la pareja, obteniendo las declaraciones de GRACIELA MELO, ESTHER JULIA SÁNCHEZ y OFELIA HERNANDEZ vecinos del causante -quienes fueron reconocidos por la testigo NUBIA MOLINA AGUDELO como habitantes del sector- así como de JORGE NARVÁEZ LÓPEZ y JAVIER NARVAÉZ, hermano y sobrino, respectivamente de CAMPO ELÍAS NARVAEZ (Q.E.P.D), quienes fueron consistentes en indicar que al señor CAMPO ELÍAS no se le conocía esposa o compañera permanente, permanecía solo, vivió un tiempo con el hermano y en los últimos cinco años no convivió con nadie, no tuvo hijos.

De hecho, OFELIA HERNANDEZ le refirió a los investigadores que CAMPO ELÍAS le rentó una habitación a unas pocas casas de diferencia de donde residía con el hermano, en la que vivió como 13 meses, lapso en el que vivió solo, siendo ella quien le arreglaba la ropa y él le pagaba por ello. También indicó *“Yo no le conocí a Campo Elías una esposa o Compañera Permanente, Nosotros hablábamos mucho; él me decía que desde joven a él le hicieron una operación en la vejiga y quedó mal, él no podía tener una vida sexual o de pareja”*, incluso refirió que quien recogió las cosas del causante fue su hermano, que nadie lo visitaba, incluso cuando murió no tenían a quien avisar por lo que con ayuda de vecinos localizaron a algunos familiares.

En esa investigación también se consignó la versión dada por JORGE NARVAÉZ LOPEZ, a quien tanto la demandante como las testigos reconocieron como hermano del *de cuius* y dueño de la vivienda donde residieron él, su familia, y la pareja conformada por la actora y el causante, quien manifestó:

¹⁰ El documento completo y sus anexos reposan en el expediente administrativo que milita en medio magnético de folio 93 de las diligencias.

“Mi hermano Campo Elías nació en Samaniego, Nariño, hijo de Jorge Narváez Ruiz y Eliana López; ya fallecidos. De hermanos tenía cinco hermanos, Jorge Narváez, Luz Angélica Narváez (f), Jaime Narváez, Nelson Narváez que vive en Venezuela (...) en su vida sentimental no tuvo esposa, no tuvo compañera permanente, tuvo una amiga pasajera y una novia que fue lo único que le conocí, eso fue hace mucho tiempo, la novia se fue hace más de veinte pico de años se fue y no volvió por acá. Así (sic) algo que quiero comentarle Campo Elías necesitaba aparecer casado como para retirar unas cesantías, o algo así, entonces él le pidió el favor a Gladys Moran y ellos se casaron, pero ellos no tuvieron relación, ni convivencia alguna, ella como que está haciendo esa reclamación de la pensión. Ella me pidió copia de la cédula para hacer esas vueltas, vamos a ver cómo le va. En los últimos cinco años de vida de él los vivió aquí en Palmira en el Barrio Zamorano en la Calle 65 A con 28, como dos años vivió allí, él era inquilino; él vivió conmigo, conmigo como 32 años, póngale que vivió conmigo hasta el 2017 (sic). Durante el tiempo que vivió conmigo no presentó una Compañera permanente ni esposa. Él luego vivió alquilando no convivió con ninguna compañera permanente. Campo Elías no tuvo hijos yo no le conocí nada, una persona sola (...) La señora Gladys Moran en la actualidad vive en Bogotá, no me doy cuenta con quien vive, no tengo teléfono o dirección de ella. Preguntado: cómo conoció el señor Campo Elías a la señora Gladys Moran Contestó: era porque ella siempre iba a la casa a visitarme a mí y ahí se conocieron ellos dos, nosotros somos primos en primer grado; ella es hija de María Rosero y Onas Moran. Preguntado: La señora Gladys Moran llegó a convivir bajo el mismo techo con el señor Campo Elías. Contestó: no señor. Preguntado: ella vivió en Candelaria. Contestó. Sí ella tiene una casa allá, del puente llamado el Crucero, a una cuadra, frente a un Colegio (...)”

Como resultado de la investigación la firma dice no ser posible “confirmar o desvirtuar los hechos aducidos por la señora RUTH GLADYS MORAN ROSERO (solicitante)” (folio 146), a quien no pudieron encontrar en las direcciones anotadas por esta, ni en el abonado telefónico que suministró.

Como puede verse, la prueba recabada en el expediente presenta inconsistencias que impiden a la Sala concluir, sin asomo de duda, que la actora fue compañera permanente del causante en los cinco años anteriores a su deceso pues son claras las contradicciones de las testigos traídas a juicio, con los elementos recaudados en su momento por la UGPP en la labor de campo en la que de manera directa se realizó un contacto con los habitantes del sector donde la misma demandante aseguró vivir por más de 26 años con CAMPO ELÍAS NARVAEZ (q.e.p.d) y pese a ello, los habitantes aludieron no conocerla. Adicionalmente, llama la atención de esta Corporación que JORGE NARVÁEZ, quien a voces de la demandante vivió en la misma casa que ella y su compañero, desconozca tajantemente la convivencia de esta con su hermano.

Adicionalmente, lo dicho por OFELIA HERNANDEZ en la investigación administrativa, guarda correspondencia con lo advertido por JORGE NARVAÉZ, respecto a que el causante al menos en el último año de su existencia, vivió en arriendo en una habitación de propiedad de la primera, en el mismo barrio, y ya no convivió más con su hermano, pese a que las testigos traídas a juicio fueron consistentes en advertir que la convivencia hasta el último día de la pareja NARVAEZ MORAN fue en la casa de propiedad del hermano del fallecido.

De la prueba antes analizada se puede concluir que la señora RUTH GLADYS MORAN no acreditó una convivencia con el causante y que entre la pareja existiera el ánimo de mantener un vínculo, la ayuda mutua y el proyecto de vida en común, situaciones estas últimas que para la Sala no están acreditadas.

Así las cosas, conforme lo reseñado esta Sala de decisión 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, a la fecha de fallecimiento del señor CAMPO ELÍAS NARVAEZ la señora MORAN ROSERO no ostentaba la calidad de compañera permanente ni acreditó la convivencia en los cinco años anteriores al deceso, requerida para acceder a la prestación que reclama, además, en el plenario no se acreditó una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos.

Por lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la señora MORAN ROSERO dirigida a acreditar su calidad de compañera permanente respecto del señor CAMPO ELÍAS NARVAEZ LÓPEZZ (q.e.p.d.) y los cinco años de convivencia al momento de su muerte, 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 a idénticas conclusiones a las vertidas por la Juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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


MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR SÁNCHEZ GALEANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA) (RAD. 21 2019 00608 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA MARCELA CUERVO ESPINOSA, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico el 23 de octubre de los corrientes (folio 250).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 246 a 248) y PORVENIR S.A. (folios 255 a 257), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente decisión,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR, OLD

MUTUAL (SKANDIA) y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de julio de 2020 (Cd folio 240, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:32:22, acta de audiencia folios 241 a 242), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora MARIA DEL PILAR SÁNCHEZ GALEANO al régimen de ahorro individual el 07 de abril de 1998, con fecha de efectividad de 01 de junio de 1998 por intermedio de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir. En consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones con todos su frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA DEL PILAR SÁNCHEZ GALEANO, concediéndole para ello el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de la actora por concepto de gastos de administración y traslado, también se le concede el término de un mes, desde la ejecutoria de la decisión.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historial laboral.

QUINTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo señalado.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 pesos a favor de la parte demandante. Sin costas en contra COLPENSIONES y SKANDIA.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el superior esta decisión por ser adversa a los intereses de Colpensiones”

Inconforme con la decisión, los apoderados judiciales de las convocadas a juicio interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

En primer lugar, PORVENIR pide se revoque en su integridad la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. En ese sentido, alude, los actos de ratificación han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia, no sólo como una manifestación de la voluntad sino con la entidad de producir efectos jurídicos, la que en autos, dice, se presenta con el deseo de la

demandante de permanecer vinculada al RAIS, y en esa medida, debe darse aplicación a lo previsto en el artículo 898 del C. de Com.

De otro lado, destaca, se dio la información necesaria para que la actora tomara la decisión de traslado, precisando, para el momento en que ello ocurrió ésta sólo contaba con 34 años de edad, faltándole no menos de 21 años para adquirir su derecho pensional, lo que hacía imposible la realización de una proyección que le diera certeza clara del monto de la prestación en uno u otro régimen, en tanto se desconocía, el flujo de aportes que realizaría la demandante a lo largo de su vida laboral, sino también las variables macroeconómicas y el cambio de las reglas para la liquidación de la pensión en el régimen de prima media a partir del año 2003.

Refiere al salvamento de voto de la sentencia SL1452, en el sentido de ilustrar la imposibilidad de establecer una regla común aplicable a todos los casos sin distinción, pues, en su sentir, debe verificarse el tipo de información que debía suministrarse y el perjuicio ocasionado con el traslado, no siendo dable sostener que el traslado de régimen *per sé* le genera a la actora una situación desfavorable porque sería desconocer el carácter excluyente y subsidiario de ambos regímenes.

Menciona, la formalidad con la que se contaba para perfeccionar el negocio jurídico era el formulario de afiliación, por lo que, a su juicio, resulta extraño que se requieran nuevos elementos de prueba que permitan avalar el tránsito de régimen, y recuerda, el deber del buen consejo y el de la doble asesoría nacieron con posterioridad al traslado efectuado por la demandante.

Frente a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual y, particularmente, con relación a los gastos de administración, advierte, proceder en ese sentido sería tanto como desconocer que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos financieros y que se cubrieron los riesgos de invalidez y muerte mediante el pago de las primas de seguros respectivas. Adicionalmente, asevera, se incurre en una contradicción a la ley de las restituciones mutuas, pues si lo que se concluye es que el acto no produjo efectos jurídicos, retornar la cuota de administración equivaldría a decir que estos no cumplieron la finalidad, cuando,

por el contrario, los mismos ya se consumieron, situación que ha sido en esos términos reconocida por la Superintendencia Financiera.

Destaca, además, permitir el descuento de los gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa al régimen de prima media.

Finalmente, considera, como quiera que no procede ni la ineficacia del traslado, ni la devolución de saldos, consecuentemente debe revocarse la condena en costas¹ (CD folio 240, récord 1:34:13, acta folios 241 y 242).

¹ *“Muchas gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto, me permito presentar recurso de apelación contra la decisión que ha sido proferida en la presente audiencia. El objeto de mi recurso entonces será e que se revoque todas y cada una de las condenas que han sido incoadas en contra o que han sido proferidas en contra de mí representada. Para tal efecto me permito desagregar mi recurso en los siguientes aspectos, es decir, la materia de mi recurso versará en tres aspectos principales: El primero correspondiente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MARIA DEL PILAR SÁNCHEZ GALEANO; segundo en lo correspondiente a la condena a mi representada a devolver los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante y en tercera medida pues la consecuencial condena en costas que se realizó.*

Sobre el primer punto, en particular sea preciso manifestar que para este apoderado, y tal como lo manifiesta su señoría en la presente sentencia, pues al existir estos actos de ratificación, si se ha reconocido por parte de la Corte suprema de Justicia que estos actos de ratificación no son simple manifestaciones de la voluntad que no tienen una consecuencia jurídica, se profiere o se dice en la sentencia que si la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que tienen la entidad de ratificar esa voluntad que se da o que tiene la señora demandante para el caso concreto, de permanecer vinculada al RAIS, razón por la cual no entiende este apoderado que no se acoja de manera tal o que no se le dé alcance o aplicación a la consecuencia establecida en el artículo 898 del Código de Comercio, según el cual pues estos actos que en principio pareciera que nacieron con alguna limitación o con alguna falencia, posteriormente pueden llegar a producir efectos, como este ha sido el caso.

Ahora bien, téngase en cuenta que en este caso concreto se dio la información necesaria para que la señora demandante pudiera tomar una decisión que le permitiera la consolidación de su derecho pensional. En cuanto, siguiendo la primera materia de mi recurso de apelación me permito manifestar su señoría que para la fecha que la señora demandante se vinculó con mi representada tenía a lo sumo 34 años edad en la que pues como mínimo y por la normativa vigente por la que ella se vinculó con mi representada, le restaba cuanto menos 21 años para cumplir su derecho pensional, razón por la cual para mi representada no era posible realizar una proyección pensional que le permitiera tener una certeza clara de cuál sería su monto tanto en el RPM como en el RAIS, toda vez que no se conocía o no se sabía cuál iba a ser el flujo de aportes que realizaría la señora demandante a lo largo de su vida laboral, tampoco se conocía cuáles eran las variables macroeconómicas que intervendrían en el reconocimiento de su mesada pensional y mucho menos se conocía cual serían los rendimientos financieros que llegarían a generar su cuenta de ahorro individual con lo cual mi representada no tenía como brindarle ese tipo de información de manera acertada, máxime cuando posterior a su vinculación en el año 2003 cambiaron las reglas para la liquidación de la pensión en el RPM creándose algunas reformas y cambiando aspectos que incidían en verificar que información puede dar.

Así mismo es de indicar su señoría que conforma a lo que se ve o demuestra en el caso particular es necesario y si se le va a dar aplicación a lo contenido en la sentencia SL1452 es preciso verificar que, uno de los puntos claves que nombra o que tiene esa sentencia es ese salvamento de voto en el que se dice que no se puede generar una regla en plano o común para todos los casos concretos, en este caso particular para este apoderado no se discute si uno u otro tipo de afiliado requiere qué tipo de información, lo que si se debe tener en cuenta y a la luz de ese pronunciamiento es que, para el caso concreto no se genera perjuicio con ese traslado per sé, lo que pasa es que en cumplimiento de ese derecho de escoger régimen pensional se encuentra un traslado de régimen pensional y tan pudo haberse consolidado ese derecho en el RPM o en el RAIS, en ese sentido la señora demandante no vio vulnerado su derecho a construir una pensión bajo un régimen del que ella fuere beneficiaria, toda vez que al no cumplir con las circunstancias que describe el artículo 36 de la Ley 100, pues no se le puede dar aplicación a un principio de mayor favorabilidad.

A su turno SKANDIA (OLD MUTUAL), presenta inconformidad únicamente en lo que toca a la devolución de cuotas y gastos de administración, en similares términos a los expuestos por el representante judicial de PORVENIR, indicando además, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 ambos regímenes tienen derecho a cobrar estos dineros que corresponden a un porcentaje del ingreso base de cotización, con los cuales, entre otros, se financian los reaseguros y las primas de invalidez y sobrevivencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, si se sostiene que ese traslado de régimen pensional per sé, genera una situación que le es desfavorable sería tanto como reconocer que los dos regímenes pensionales a pesar de ser excluyentes, uno es subsidiario del otro, situación que no ha sido reconocida, como ya lo manifesté en los alegatos de conclusión.

Ahora bien, también le extraña a este apoderado su señoría que en la justificación del fallo se manifiesta que para el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional esas asesorías eran verbales y la formalidad con la que se contaba para que se entendiera perfeccionado el negocio jurídico era el formulario, si es extraño que se requiera nuevos elementos de prueba o mayores, que permitan avalar la eficacia de ese negocio jurídico, toda vez que es de recordar que tanto el deber del buen consejo, como el deber la doble asesoría nace es con la expedición de las normativas Ley 1328 del año 2009 y Ley 1748 del 2014, normativas que son posteriores al traslado de régimen pensional que realizó la señora demandante. En ese sentido su señoría me evacuó la primera parte del recurso.

En lo que corresponde a la segunda materia de mi recurso, a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante me permito manifestar su señoría que la devolución de los gastos de administración y lo correspondiente a primas de seguros que permiten el cubrimiento de los riesgos de vejez y muerte, pues su señoría, devolver o acceder a la devolución de saldos sería tanto como sostener las siguientes conclusiones: Primero: que la cuenta de ahorro individual de la señora demandante nunca generó rendimientos financieros, situación que no se encuentra ni siquiera se encuentra probada, toda vez que con la documentación que allega mi representada de su historia laboral consolidada se puede acreditar que se generaron unos rendimientos financieros así como en la relación de aportes que se muestran. De igual manera su señoría es de manifestar que si sostuviere o se llegara a la conclusión de que mi representada no puede descontar lo correspondiente a las primas de seguros para el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte será tanto como sostener que la señora demandante nunca tuvo cubiertos estos riesgos durante por lo menos los veinte años que estuvo vinculada con mi representada, entonces en esa medida estaría incurriendo en contra de la ley de las restituciones mutuas, toda vez que si lo que vamos a declarar en este caso es que ese acto pues no produjo efectos y al devolver las cosas al estado en que se encontraban, pues su señoría sería tanto admitir que estos gastos no cumplieron con esa finalidad por el contrario es que ya se consumieron y cumplieron con esa finalidad que tenían.

Así mismo su señoría es de indicar que de cobrarse o de permitir que no se descuenten estos gastos se generaría un enriquecimiento sin causa toda vez que la ley permite que se descuenten estos gastos y estos gastos también se generan en el régimen de prima media. En ese sentido su señora ha también, lo ha manifestado la superintendencia financiera de Colombia en concepto del 17 de enero del año 2020 en el que al ser cuestionada sobre cuál es el efecto de la ineficacia de traslado de régimen pensional indico que estos gastos de administración ni las primas de seguros deberían ser devueltas en tanto que esos gastos ya cumplieron su finalidad.

Agotado lo que corresponde la segunda materia de mi recurso su señoría y al encontrarse que no debería proceder ni la ineficacia del traslado de régimen pensional ni la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, su señoría también se debe desatender pues la condena en costas en ese sentido dejo sustentando mi recurso de apelación su señoría para que por favor lo conceda y para que sea admitido y fallado a favor del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.”

En esa línea, concluye, los gastos de administración tienen una destinación específica y traen consigo obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones como la administración de la cuenta de ahorro individual, la garantía de rentabilidad mínima de los fondos y de financiamiento de las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Pretende, en el caso de las restituciones mutuas, se realice una ponderación objetiva teniendo en cuenta la buena fe con la que actuó en la relación contractual que tuvo con la demandante.

Del mismo modo, destaca, la comisión no es del afiliado y no está dirigida a financiar la prestación de vejez, no siendo posible, desde su punto de vista, que se devuelva este porcentaje de dinero cuando COLPENSIONES no ejerció la administración.

Estima, disponer el retorno de los gastos de administración, acarrearía para esa sociedad un perjuicio económico en tanto debe tomarlos de su propio patrimonio y generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de COLPENSIONES² (CD folio 240, récord 1:43:28, acta folios 241 y 242).

² “Gracias señora juez. Me permito entonces de forma respetuosa y sustentar recurso de apelación de forma parcial frente a la condena en contra de mi representada a la devolución de cuotas y gastos de administración hacia Colpensiones. Básicamente mi recurso lo quiero sustentar en que como reitero en los alegatos, estamos frente a una imposibilidad de reintegrar los gastos de administración porque primero el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 indica o faculta tanto a las personas o entidades perdón, que están en el RPM o en el RAIS a hacer dicho descuento especificando el porcentaje en este caso en el RAIS indicando que el 3% del 10% del IBC es el que se va a destinar a financiar unos gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN, las primas de seguro de invalidez y sobrevivencia. En concordancia con esta norma tenemos el decreto 692 de 1994 en su artículo 36 el cual habla específicamente de la distribución de las cotizaciones norma que indica de forma textual “El ISS y las cajas, fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene su liquidación, deberán llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de gastos de administración. En uno u otro caso deberán llevar cuenta de las primas canceladas o de las reservas que deben constituir si asume el riesgo según las normas que establezca la superintendencia bancaria”.

Conforme a esta normatividad indicada es importante entonces concluir que ese 3% de cotización en ambos regímenes pensional se destina a cubrir los gastos de administración o el pago de la prima, específicamente entonces frente a la inconformidad de gastos o comisión de administración, correlativamente lleva entonces una serie de obligaciones que se deben cumplir por las administradoras de pensiones entre las cuales se encuentran administrar la cuenta de ahorro del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de unos fondos de pensiones, y garantizar de que se cumpla con uno de los requisitos de pensión de sobrevivencia o invalidez se pueda financiar dicha prestación. Específicamente bajo el escenario o la sentencia que se acaba de proferir el día de hoy y las pretensiones que giran en cuanto la declaratoria de la afiliación al RAIS hay que analizar que la corte suprema de justicia a adocinado que la consecuencia de esta es regreso automático de las cosas a su estado natural y pues así lo indico el despacho, pero también es necesario que el juez haga un estudio de ponderación objetiva cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe que ostenta en este caso Skandia pensiones y cesantías, en primer lugar entonces se debe advertir que mi representada siempre actuó de buena fe dentro de la relación contractual que tuvo con la demandante y administro de forma correcta la cuenta de ahorro individual de la misma por lo cual resulta también oportuno que se remitan a a la sentencia 25307 del 05 de agosto del 2014 proferida por la corte suprema de justicia magistrado ponente Arturo Solar.

COLPENSIONES por su parte, refiere no estar de acuerdo con las condenas impuestas para lo cual se refiere a la descapitalización del sistema, destacando, no es posible, en su criterio, subsidiar a la demandante con los recursos ahorrados por otros afiliados del régimen de prima media³.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA DEL PILAR SÁNCHEZ GALEANO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folio 5 a 8), aspirando se declare la ineficacia del traslado “ilegalmente” registrado, por medio del cual se efectuó el cambio del régimen de prima media que administraba el Instituto de Seguros

En segundo lugar y como su nombre lo indica también la comisión de administración está destinada a retribuir unas diferentes actividades que deben desarrollar todas las instituciones pensionales que conforman el sistema general de pensiones dentro de las cuales también esta Colpensiones, entonces dicha comisión no es del afiliado y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez, entonces trasladar este dinero sería desconocer la naturaleza misma de los gastos de administración que como acabo de indicar no es una financiación de pensión de vejez. También entonces en el RAIS Y en el RPM la ley dispone que dicho porcentaje es a favor de las administradoras de pensiones y si esto es así entonces ordenar que se devuelva un porcentaje de una comisión de administración de un dinero que Colpensiones no administro sería generar un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones que no va a poder cumplir de una forma retroactiva por así decirlo con dicha obligación y pues en el caso de que prospere será únicamente a partir de que quede ejecutoriada la sentencia que se pudiera asumir dicha disposición legal.

Por último también resalto que condenar a mi representada a devolver esta suma de dinero por este concepto sería incurrir en un perjuicio económico para la misma, perjuicio que si bien es cierto ni siquiera se generó con la afiliación de la demandante con mi representada porque sería entonces tendría que tomar de su propio patrimonio unos dineros los cuales no cuenta en este momento porque la demandante ya se encuentra trasladada y sumado a esto que ya se descontó estos dineros y pues obviamente no están bajo la potestad de mi apoderada.

En estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

³ *“Gracias doctora solicito a su señoría apruebe el recurso de apelación bajo los siguientes términos: Mi representada no se acoge a la sentencia interpuesta en su juzgado para declarar la nulidad e ineficacia del traslado de la señora demandante para el traslado de aportes teniendo que reactivar la afiliación y todos los frutos e intereses que esta haya ganado bajo la afiliación de la AFP.*

También por el siguiente argumento la descapitalización del sistema en sentencia 1024 del 2004 y SU 062 del 2010 de la corte constitucional en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados de este esquema dado que el RPM se descapitalizaría.

Con base en estos argumentos solicito a su señoría sea aceptado el recurso de apelación.”

Sociales (hoy Colpensiones), al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR. En consecuencia, se declare para todos los efectos que nunca estuvo afiliada al RAIS y que se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES disponiendo a esta última aceptar su traslado e inscribir su afiliación. Pide igualmente, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A., ordenando a esa administradora devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, sin posibilidad de descontar gastos de administración, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de marzo de 1963 (folio 24), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de julio de 2019 (folios 35 a 38) y a PORVENIR el 24 anterior (folios 33 y 34), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 448,14 semanas de cotización (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 145 y 146, y reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con la contestación de la demanda CD folio 200) equivalentes a 8,71 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la 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 7 de abril de 1998 (folios 25 y 118) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el

⁵ Era trabajadora del sector privado.

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 más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

“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.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le dijo que el ISS se acabaría y que podría pensionarse a cualquier edad, por lo que para garantizar las semanas acumuladas debía realizar la afiliación a esa administradora.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 25), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (7 de abril de 1998, folio 25), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen

⁷ Cd folio 240, récord 22:12.

pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 120), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 195 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 3 de julio de 2020 (folio 205).

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

SIN COSTAS en esta instancia.


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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CESAREO GARNICA
DURAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES (RAD. 22 2018 00149 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (folios 63 a 66), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de junio de 2020 (Cd. folio 58, récord 21:07, audio 2, acta a folio 59), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor CESARIO GARNICA DURAN identificado con C.C. 3.047.300 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 17 de enero del 2017 conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a pagar a favor de CESARIO GARNICA DURAN identificado con C.C. 3.047.300 a reconocer y pagar, en catorce mesadas pensionales al año, la pensión de sobrevivientes a partir del 17 de enero del 2017 en cuantía inicial de \$737.717 pesos junto con el pago del retroactivo pensional a que hubiere lugar debidamente indexado a la fecha del pago efectivo.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que realice los respectivos descuentos en favor del sistema general de salud sobre las sumas ordenadas anteriormente conforme con lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a la demandada en costas en favor de la parte actora en la suma de \$1.000.000 de pesos como agencias en derecho.

QUINTO: *En caso de no ser apelada la presente providencia por parte de Colpensiones CONSÚLTESE a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”*

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

Inicialmente el demandante, considera debió ordenarse el pago de los intereses moratorios por cuanto en los hechos de la demanda se dejó expuesto que nunca se conoció la supuesta investigación realizada por COLPENSIONES, ni las personas que le dieron su versión, para entender justificada la negativa de esa entidad de reconocer el derecho reclamado, advirtiendo, el mismo no fue allegado por la encartada al proceso, de allí que, estima, la decisión de COLPENSIONES fue caprichosa pues no se basó en hechos objetivos¹ (Cd. folio 58, récord 22:40, audio 2, acta a folio 59).

A su turno COLPENSIONES, manifiesta no encontrarse de acuerdo con la valoración probatoria efectuada por la juzgadora de primer grado, ya que en su sentir, el demandante de alguna forma “*fabricó, preparó su propia prueba*” respecto a las personas que llamó a juicio y a la investigación administrativa, para que señalaran cuáles eran los extremos mediante los cuales convivió con la causante, bien como sociedad conyugal o unión libre.

Alude, ninguno de los testigos que rindieron declaración fueron coincidentes en las fechas en que señala el demandante vivió con PAULINA AYALA, presentándose incongruencias en lo dicho ante el estrado y sus declaraciones, precisando, aunque reconoce que son personas de avanzada edad a quienes se les dificulta recordar fechas exactas, resalta, por ejemplo, el hecho de que la señora BLANCA

¹ “*Gracias señora juez, yo si deseo apelar parcialmente el fallo que acaba de proferirse en el sentido de la negación por improcedente de los intereses moratorios, básicamente teniendo en cuenta lo siguiente:*

Fue clara al exponer en su fallo e incluso en los hechos de la demanda 17 y 19 que nunca se exhibió por parte de la demandada Colpensiones cual fue la supuesta investigación interna que hizo, ni siquiera se sabe que tres personas ofrecieron su versión o testimonio si se pudiera llamar así para que con base en esa investigación se negara el derecho reclamado, por lo tanto a hoy brilla por su ausencia dicho documento aun así habiéndose adjuntado el expediente administrativo de la causante, no registra en ningún lado. Por lo cual yo considero que fue un actuar caprichoso, porque no nos encontramos ante una pensión de sobrevivientes que tal vez puede estar siendo disputada por la esposa y la compañera permanente o por dos convivencias al tiempo sino que era uno sobre el peticionario y el mismo no se basó en hechos objetivos en los cuales se basó la negativa de la pensión reconocida, Entonces considero que al ser un actuar caprichoso por parte de Colpensiones eso conlleva a que sean procedentes los intereses moratorios por lo cual solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal superior de Bogotá sala laboral que revocasen parcialmente el fallo en el sentido de condenar al pago de los intereses moratorios a los cuales tiene derecho el demandante”

refiriera no acordarse de calendas precias por tener inicios de alzhéimer, pero recuerda con exactitud la diferencia entre la unión libre y las fechas del matrimonio.

De otro lado, arguye, para la prueba de la investigación administrativa bastaba con leer el contenido de las Resoluciones SUB18174 de 24 de marzo de 2017 y SUB94737 de 12 de junio de 2017, en las que se plasmaron las conclusiones de dicha la misma, por lo que si pueden evidenciarse las razones de COLPENSIONES.

Con todo, aduce no encontrarse probados los presupuestos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y pide a esta Corporación se analicen nuevamente los medios de convicción para esclarecer en qué momento el demandante tuvo relación sentimental con la causante² (Cd. folio 58, récord 24:46, audio 2, acta a folio 59).

² “Gracias su señoría interpongo recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir entre tanto este apoderado judicial no se encuentra de acuerdo con la valoración probatoria que se le dio tanto a los documentos presentados, como a los testimonios rendidos de esta forma les solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal superior de Bogotá sala laboral para que revoque la presente sentencia por los siguientes argumentos:

Primero este apoderado judicial insiste que el aquí demandante de alguna u otra forma fabricó, preparo su propia prueba respecto a las personas que llamo a juicio y también a las que llamo a la investigación administrativa para que señalaran cuales eran esos extremos mediante los cuales convivió con la señora Paulina Ayala en una sociedad conyugal o por lo menos en una unión libre, en ese entendido bien pueden evidenciar los Honorables Magistrados que de los tres testimonios que se rindieron ninguno de los tres encuentra coincidencia en las fechas que señala el demandante vivió con la señora Paulina Ayala, De hecho no hay necesidad de relacionar los tres testimonios, sino simplemente evidenciar las incongruencias que se presentan en los testimonios mismos de las declaraciones que dan cada uno de los testigos.

Si bien este apoderado judicial reconoce que son personas de avanzada edad y que de igual forma recordar fechas exactas se hace difícil hasta para personas que son jóvenes de alguna y otra forma bien pueden entender los magistrados que en las declaraciones de los testigos en algunas cosas no recuerdan las fechas exactas pero en otras si recuerdan con exactitud las fechas como lo que paso con la ratificación de la declaración extra judicial de la señora Blanca aduce al principio de acordarse de algunas fechas exactas porque según ella tiene principios de alzhéimer, Sin embargo recuerda con exactitud la diferencia entre la unión libre y las fechas del matrimonio de la causante y del aquí el demandante situación que sigue siendo de general incógnita para este apoderado judicial.

En tal sentido tampoco comparte este apoderado judicial que se diga que no se aportaron las pruebas de la investigación administrativa basta con leer la resolución SUB 18174 del 24 de marzo del 2017 y la SUB 94737 del 12 de junio del 2017 que fueron tanto aportadas por el demandante como aportadas en el expediente administrativo donde se evidencia cuáles fueron las conclusiones de la investigación administrativa a cuáles persona el señor Garnica acercó a la investigación administrativa para dar cuenta de su relación sentimental con la causante. También se evidencia cuales declaraciones extra juicio fueron aportadas en ese plenario administrativo, Entonces en ese entendido si se puede evidenciar cuales fueron las conclusiones entonces que Colpensiones dio a esa investigación administrativa, se pueden leer en estas resoluciones. De tal forma que si se puede declarar una prueba totalmente fabricada por el demandante para alcanzar este reconocimiento pensional, pues es que a todas luces no se encuentra probado por los requisitos mínimos que tratan el artículo 47 de la ley 100 de 1993.

En tal sentido solicitarles a los Honorables Magistrados que realicen una re valoración probatoria de los medios de prueba utilizados en este debate pues es menester para este apoderado que esos así sean o así se practiquen en pro de esclarecer evidentemente cuales fueron o en qué momento el señor Cesario Garnica tuvo relación sentimental con la causante o sino lo fue liberar a Colpensiones de cada uno de las pretensiones incoadas en su contra y de las condenas también de las cuales ha sido susceptible.”

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 CESAREO GARNICA DURAN, las pretensiones que relacionó en la demanda a folios 20 y 21, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 18 a 20, solicitando se declare que es beneficio de la sustitución de la pensión de vejez con ocasión del fallecimiento de su esposa PAULINA AYALA PEÑALOZA. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pague a su favor, en forma vitalicia, la sustitución pensional desde el 18 de enero de 2017 en la cuantía que venía disfrutando su esposa junto con las mesadas adicionales, reajustes legales e intereses moratorios, debidamente indexado. **Obteniendo sentencia totalmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se le reconoció como beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge la señora PAULINA AYALA PEÑALOZA, quien era pensionada. Lo anterior tras considerar la juez de primer grado que se acreditó la convivencia exigida por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, norma aplicable de acuerdo a la fecha de fallecimiento de la causante, entre el último día del año 2005 y el 17 de enero de 2017, data del deceso.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que la señora PAULINA AYALA PEÑALOZA, falleció el 17 de enero de 2017, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 2, así como tampoco que mediante Resolución No. 7874 de 2002 el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES) le reconoció a la causante una pensión mensual vitalicia por vejez en cuantía de \$363.966, efectiva a partir del 1 de mayo de 2002, aspecto que además de no haber sido objeto de discusión dentro del proceso, se constatan de la documental de folio 5.

En el examine, de igual forma no se discute la calidad de cónyuge que ostenta el señor CESAREO GARNICA DURAN respecto de PAULINA AYALA PEÑALOZA, conforme el registro civil de matrimonio que reposa a folio 3, en el que consta que la pareja contrajo nupcias por el rito civil el 10 de enero de 2014, sin que se

observe ninguna nota de divorcio, cesación de los efectos civiles del matrimonio o liquidación de sociedad conyugal, de allí que pueda concluirse que esta estuvo vigente hasta el deceso de la pensionada..

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si el señor CESAREO GARNICA DURAN, en calidad de cónyuge supérstite, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiario de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento de la causante -17 de enero de 2017, folio 2-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; dispone además el literal a) del artículo 47 aludido que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su deceso³.

³ **“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 muerte³; (...)*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(...)

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe

Ahora bien, 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 1993⁴, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020⁵, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a)

convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

⁴ **“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:

- b) *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 muerte⁴; (...)*

⁵ *Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.*

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es **razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional.** Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo

que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5° de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este

derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar

del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, “*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador*”.

Bueno resulta memorar también, que respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar el cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema, señalando que los cinco (5) años que habla la norma pueden ser satisfechos en “*cualquier tiempo*”. Al respecto pueden consultarse las sentencias del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 y SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015⁶.

que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

⁶ “*Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.*

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad.

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional entonces, se requiere, en el caso del conyuge supérstite acreditar que mantuvo vigente el vínculo matrimonial y 5 años de coexistencia en cualquier tiempo.

32393). *BSin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.*

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(...)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (...)

2.- Precisado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.-entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.) (...)

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)”

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de su registro civil de nacimiento del demandante (folio 4), este nació el 27 de noviembre de 1947, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 69 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene el actor convivió en condición de compañero permanente con la señora PAULINA AYALA PEÑALOZA (Q.E.P.D) desde el 15 de marzo de 2005 hasta el 9 de enero de 2014, precisando, el 10 siguiente, la pareja contrajo matrimonio, por lo que la convivencia continuó, esta vez en calidad de esposos, siendo la misma continua e ininterrumpida hasta el deceso de su consorte (hechos primero y tercero, folio 18).

Así las cosas y en aras de acreditar la convivencia requerida, del señor CESAREO GARNICA DURAN, por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio del demandante⁷ quien refirió que conoció a la señora PULINA en una reunión en el año 1990, iniciaron una relación en el año 2000 e iniciaron su convivencia en el año 2005 en una casa de habitación de su propiedad ubicada en el barrio Obrero del Municipio de Flandes, Tolima. Aseveró, en el año 2014 resolvieron casarse y se mudaron a una casa de propiedad de la causante ubicada en el barrio el Palmar de ese mismo municipio. Comentó los gastos del entierro los costó COLPENSIONES, las honras fúnebres fueron en Flandes y la cremación se dio en Ibagué. Mencionó, en la casa solo vivían solo los dos, precisando que luego del fallecimiento de su cónyuge continuó viviendo en la misma casa. Dijo, Paulina no tuvo hijos, tuvo una tía que ya falleció, no supo de más familiares. Comentó que entre el 94 y el 2015, aproximadamente vendía tamales y con eso sobrevivía.

Así mismo, a efectos de constatar su dicho, se recaudaron los siguientes testimonios:

⁷ Cd folio 54, récord 08:51.

CESAR AUGUSTO BELTRÁN ORJUELA⁸ adujo ser amigo del demandante desde hace más o menos 14 años porque fueron vecinos en el barrio el Palmar, de Flandes, desde el 2005 hasta la fecha. Luego y de manera un poco contradictoria, mencionó que el actor vivió en el barrio obrero y que vivió en el Palmar entre el 2014 y el 2017, pero nunca fue a la casa de él. No supo explicar las circunstancias en las que se conoció con el demandante, divagó y solo se limitó a reiterar que eran vecinos, aunque conforme lo relató, ambos vivían en barrios diferentes. Mencionó que desde el 2005 vivió con la señora Paulina y tiene clara la fecha porque eran vecinos. Ante la insistencia del Juez sobre la gravedad del juramento en que se encontraba, indicó que le consta la convivencia de la pareja entre el 2014 y el 2017 que se dio en el Barrio el Palmar. Señaló que la pareja GARNICA AYALA contrajo matrimonio el 14 de enero de 2014, fecha que dice recordar con exactitud porque asistió al mismo.

Por su parte MARIA MABEL QUIROGA FLOREZ⁹ indicó que vive en Flandes y que conoció al demandante desde 1994 porque él le surtía tamales. Sostuvo, el actor vivió en ese municipio en el Barrio Obrero y en el Palmar con PAULINA de quien refirió mantenía sentada en una silla afuera de la casa. Dijo constarle que la pareja empezó a convivir como en el 2005 o 2006, en una casa ubicada en el barrio obrero, lo que le consta porque cuando iba a pagarle los tamales al demandante, que podía ser cada 8 o 15 días, los veía juntos y dialogaban. Señaló, luego de que se casaron se fueron a vivir en el PALMAR en una casa que era de la causante, lo cual sabe porque ella también tenía una propiedad en ese barrio además lo conversaron en alguna oportunidad.

FABIO GARNICA DURAN¹⁰, hermano del causante, dijo conocer a la señora PAULINA porque fue la esposa de su familiar quien se la presentó en el año 2005 cuando la llevó a convivir en la casa que él tenía en el Barrio Obrero en el municipio de Flandes. Al cuestionársele la razón por la que se le facilitaba recordar el año en el que la pareja inició la convivencia mencionó que fue un momento muy importante para su hermano, empero al indagarle sobre la fecha de cumpleaños de CESAREO GARNICA, dijo no acordarse, así como tampoco de otras fechas que podrían considerarse “especiales”. Comentó que Paulina era pensionada y se dedicaba al hogar. Relató que los consortes vivieron juntos en el barrio obrero

⁸ Cd folio 54, récord 32:27.

⁹ Cd folio 54, récord 47:26.

¹⁰ Cd folio 54, récord 1:00:45.

hasta el 2014, año en el que se fueron a vivir al barrio el Palmar en la casa de Paulina. Sobre esta declaración se debe anotar, analizado con detenimiento el mismo, y atendiendo el parentesco del declarante con el demandante, lo cual implica que su versión sea analizada con mayor rigurosidad, para la Sala su versión no fue espontánea y, por el contrario, era notorio el ánimo por favorecer a su familiar, razón por la cual el mismo no será tenido en cuenta.

A su turno, BLANCA CECILIA HERNÁNDEZ¹¹ dijo conocer a PAULINA como hace 15 o 16 años, época para la cual ella vivía sola. Adujo que la pareja comenzó a convivir como en el año 2013, pero insistió en no recordar con exactitud fechas o cuándo ocurrió, porque eso fue hace muchos años. Sostuvo que CESAREO GARNICA empezó a llegar a la casa de la causante y luego se fueron a vivir a otro barrio, no sabe en qué año fue eso, tampoco aludió a una anualidad posible, pues no lo recordaba. También refirió que la pareja luego de que se casó volvió al barrio, tampoco recuerda en qué fecha fue ello. Frente al cuestionamiento del apoderado de COLPENSIONES con relación a la declaración extrajuicio que rindió en la que precisó fechas exactas, dijo recordar que hizo la misma porque el actor la necesitaba para pasar los papeles para reclamar la pensión y que actualmente tiene principios de alzhéimer y por su edad ya no recuerda muchas cosas. Indicó no haber visitado la pareja en el barrio obrero, en el que dijo estos también vivieron. Como puede verse, aunque es atendible por la edad de la deponente -81 años- y su presunta condición de salud, la testigo no es precisa en el periodo respecto del cual le consta la convivencia de la causante con el demandante, además, aunque mencionó que la pareja vivió en otro barrio antes de casarse, también indicó que nunca los visitó, de allí que no le conste directamente la convivencia de la pareja en el tiempo que no fueron sus vecinos.

Ahora bien, en la resolución SUB 18178 del 24 de marzo de 2017 (folios 10 y 11) COLPENSIONES consignó que el equipo investigador concluyó:

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Cesáreo Garnica Duran, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas a la presente investigación administrativa.

No se acredita, ya que no se logró establecer que el señor Cesáreo Garnica y la señora Paulina Ayala, hubieran convivido bajo el vínculo marital desde el 10 de enero de 2014 fecha contraen (sic) matrimonio hasta el 17 de enero de 2017, fecha

¹¹ Cd folio 58, récord 34:15.

que fallece la causante, no fue posible confirmar la convivencia en unión libre entre la pareja pues los habitantes del sector refieren que el señor Cesáreo Garnica, se encuentra en el barrio hace 3 años, las únicas personas que confirmar convivencia son los testigos extra proceso y el hijo del solicitante, de igual manera el señor Cesáreo Garnica, no aporta fotografías de la convivencia como tampoco objetos personales de la causante teniendo en cuenta que fallece hace menos de un mes”.

Como puede verse, la prueba recabada en el expediente no permite concluir, sin asomo de duda que existió una convivencia con la causante mayor a 5 años pues los testigos en realidad no fueron precisos, y sus dichos, frente a las fechas de convivencia no lucieron espontáneos, además, aunque dijeron conocer a la pareja, no se pudo verificar una cercanía entre estos de lo cual se pudiera establecer, que, en efecto les consta directa e inequívocamente la relación entre GARNICA y AYALA.

En ese orden, es claro que en el *examine* no se acreditó una convivencia del actor con la causante, esto es, que entre la pareja existiera el ánimo de mantener un vínculo, la ayuda mutua y el proyecto de vida en común.

Así las cosas, conforme lo reseñado, esta Sala de decisión 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, se insiste, el actor no acreditó la convivencia de cinco años requerida por las disposiciones legales aplicables para acceder a la prestación pensional que reclama, por cuanto, como ya se indicó, los medios de convicción acopiados al plenario resultan insuficientes para demostrar que el demandante tenía una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos con la causante, anotando, el señor GARNICA DURAN solo ostentó la calidad de cónyuge de la causante por un lapso de tres años (entre enero de 2014 –fecha del matrimonio- y enero de 2017 –deceso de la señora PAULINA AYALA-), por lo que aun si se tuviera por acreditada la convivencia durante dicho interregno el mismo resultaría insuficiente para hacerse beneficiario de la pensión de sobrevivientes rogada y si eventualmente se tomara en consideración el tiempo que el convocante asegura haber convivido de manera previa a las nupcias con la causante, lo cierto es que en los términos que quedó analizado precedentemente, tal convivencia no se

acreditó en autos, en tanto, conviene recordar que la tendencia jurisprudencial¹² en torno al asunto bajo estudio da prelación al criterio material originado por la convivencia real y efectiva, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos que rescata el concepto de familia en seguridad social sobre el formalista de favorecer “*familias de papel*” sustentadas en la sola unión matrimonial o en la procreación de hijos en común. Es esa la razón por la cual se indaga acerca de las circunstancias personales que la vida de la causante, en punto al tema examinado.

Por lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte del señor GARNICA DURAN dirigida a acreditar los cinco años de convivencia con la causante

¹² CORTE CONSTITUCIONAL - Sentencia C-081 de 1999 “*En cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, éste en el artículo 47 literal a) de la ley 100 de 1993, toma más en cuenta factores sociológicos, reales o materiales, en el entendido de lo que es una relación material de pareja, como quiera que se trata de una prestación de previsión, con lo cual procura aliviar la condición de precariedad económica en que queda la familia al desaparecer su cabeza, vale decir, el titular de la pensión, independientemente, de que alguno de los miembros de la pareja goce de la condición de cónyuge o de compañera o compañero permanente. La Corte Constitucional, comparte la tesis sostenida, tanto por el señor Procurador General de la Nación como por la mayoría de los interventores en este proceso, en cuanto a que la doctrina y jurisprudencia nacionales, han aceptado en acoger como factor determinante en la aplicación del literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, en casos de conflicto entre el cónyuge superstite y la compañera o compañero permanente, el hecho del compromiso efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes.*”

Es apropiado entonces afirmar que la convivencia afectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es conforme a la Carta Política, el hecho de que la disposición cuestionada exija, tanto para los cónyuges como para los compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el legislador para que se proceda al pago de la prestación, con lo cual se busca, por parte del Congreso de la República, dentro de su amplia libertad de configuración legal, impedir, que sobrevinida la muerte del pensionado, el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades”. (Negrillas de la sala).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - sentencia de 2 de mayo de 2002 proferida por la Sala de Casación Laboral, dentro del Radicado N° 18152. “*Adicionalmente, no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición.*”

Debe tenerse en cuenta que el vacío de la Ley respecto de un régimen expreso de transición de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, no sirve de pretexto para concluir que la determinación del alcance de una disposición se apoye únicamente en la fórmula literal de un texto ambiguo, sino que debe necesariamente atender a una hermenéutica sistemática del contexto jurídico, al fin social perseguido en el momento de su elaboración y a los derechos surgidos antes de su imperio, por lo que no puede hacerse caso omiso del espíritu que orienta a las normas que rigen la pensión de sobrevivientes dentro del sistema de la Seguridad Social, en cuanto busca proteger a la persona que brindó compañía duradera y prestó asistencia al causante hasta el momento de su fallecimiento”. (Negrillas del Tribunal).

sufriendo entonces la consecuencia desfavorable de la “falta de la prueba” que impiden acceder de manera favorable sus aspiraciones..

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado a distintas conclusiones a las vertidas por la Juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria integral de la sentencia apelada.

Atendiendo lo expuesto, la Sala se releva el estudio del recurso de apelación propuesto por la parte actora.

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

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

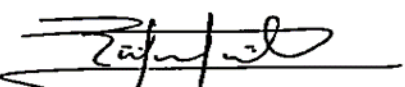
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, y en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por CESAREO GARNICA DURAN.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERMILDA MARIA MARTINEZ ROMERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 22 2019 00048 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y Colpensiones (fls. 225 y 227 a 229), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones -, Colpensiones-, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 11 de junio de 2020 (Cd fl. 220, record 15:19 acta a folios 218 y 219), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora ERMILDA MARÍA MARTÍNEZ RAMÍREZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 41532381, es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 1993.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora ERMILDA MARÍA MARTÍNEZ RAMÍREZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 41532381, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los presupuestos procesales del acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 a partir del día 24 de diciembre del 2006 en cuantía del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, en 14 mesadas pensionales al año, conforme a lo expresado en esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción y en consecuencia, DECLARAR efectivo el pago de las mesadas pensionales desde el 23 de diciembre del año 2011.

CUARTO: DECLARAR que la demandante que la señora ERMILDA MARÍA MARTÍNEZ RAMÍREZ, tiene derecho al pago y reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia, a partir del 24 de abril de 2015.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la señora que la señora ERMILDA MARÍA MARTÍNEZ RAMÍREZ a título de retroactivo generado desde el 23 de diciembre del año 2011 hasta el momento en que sea incluida en nómina de pensionados en cuantía de un Salario Mínimo legal Mensual Vigente.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.0000.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de COLPENSIONES por haber sido totalmente adversa a esta.

OCTAVO: Se autoriza a la entidad demandada para que realice los descuentos a salud, los descuentos de Seguridad Social de las mesadas aquí reconocidas, previamente reconocidas.”

Inconforme con la decisión el apoderado de Colpensiones recurre la decisión afirmando que si se hace un minucioso análisis de la historia laboral, si bien se podría suponer que la relación laboral existió con DISTRIBUIDORA JW, no se puede dejar de tener en cuenta que estos periodos aparecen en 0, tanto en las semanas cotizadas como en los valores cotizados, asegurando mediante comunicaciones ya precedidas y emanadas por la demandada, se dejó muy claro que no se evidenciaba la afiliación al sistema de seguridad social, precisando si bien el empleador realizó el pago de las cotizaciones de forma extemporánea, debió hacer dichos pagos con el agregado de los intereses moratorios a los que había lugar. Por tal razón, como el empleador no pagó de manera completa estas cotizaciones, es decir, le hizo falta los intereses moratorios, no se pueden tener en cuenta esos periodos cotizados.

Por otro lado, indica de no aceptarse sus argumentos, solicita no se condene al pago de intereses moratorios toda vez que el criterio de los intereses moratorios respecto a la mora patronal es un concepto eminentemente jurisprudencial, y al ser un criterio jurisprudencial expresa no operan los intereses moratorios ni tampoco la condena en costas.¹ (Cd. fl. 220, record: 21:16)

¹ “Muchas gracias su señoría, en ese sentido, apelo la decisión que usted ha señalado por no estar de acuerdo con ella, para que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral la revoque respecto a los siguientes aspectos.

Es claro su señoría que, tal y como usted lo menciona en la sentencia, usted decide reconocer unos periodos que aduce el despacho, se encuentran registrados en la sabana laboral de la aquí demandante, estos periodos están comprendidos dentro de enero del 95 y junio de 2001, con el empleador DISTRIBUIDORA JW, sin embargo, si se hace un minucioso análisis a esta sabana, se tiene que, si bien se podría suponer que la relación laboral existió, no se puede dejar tampoco de tener en cuenta que estos periodos aparecen en 0, tanto en las

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ERMILDA MARIA MARTÍNEZ ROMERO las pretensiones visibles a folios 178 y 179, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 176 a 178, encaminadas a que se declare es beneficiaria del régimen de transición, como también que el periodo de febrero de 1995 a junio del 2001 con el empleador DISTRIBUCIONES JW debe ser tenido en cuenta para definir el derecho pensional, en consecuencia se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 por contar con 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier tiempo, a partir del 23 de diciembre del 2011 en cuantía de 14 mesadas anuales y en cuantía no inferior a un salario mínimo legal, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de los valores reconocidos, costas que incluyan agencias en

semanas cotizadas como en los valores cotizados, ¿esto por qué? Porque mediante comunicaciones ya precedidas y emanadas por mi representada, como es la BZ – 201224560703550183 del 20 de noviembre del 2012, que resolvió la reclamación administrativa de la demandante, se dejó muy en claro que la aquí actora y respecto a su empleador, no evidenciaban la afiliación al Sistema de Seguridad Social público. Sin embargo, se evidencia también que el empleador realizó los pagos y la afiliación de forma extemporánea, eso se puede evidenciar en el expediente administrativo con las respuestas a las reclamaciones administrativas de la actora. En ese sentido, si bien el empleador había realizado el pago de las cotizaciones de forma extemporánea, tal como se puede evidenciar en el expediente administrativo y en la historia laboral también, esto quiere decir que debió haber hacer dichos pagos con el agregado de los intereses moratorios a los que había lugar. Por tal razón, como el empleador no pagó de manera completa estas cotizaciones, es decir, le hizo falta los intereses moratorios, y reitero, esto se puede evidenciar en el expediente administrativo, mi representada no pudo tener en cuenta esos periodos cotizados, más allá de que se encuentren señalados en la historia laboral en 0, por tal razón, estos periodos se encuentran todavía en mora y no pueden ser tenidos en cuenta para la actualización de la historia laboral.

En gracia de discusión, su señoría, que se quisiera no endilgar esta carga a la actora, tal como se señala en la incontable jurisprudencia que reitera este tópico, bien es cierto entonces que, los intereses moratorios por tal razón no serían procedentes, toda vez que el criterio de los intereses moratorios respecto a la mora patronal es un concepto eminentemente jurisprudencial, la ley no establece que el reconocimiento pensional se deba reconocer cuando existe una mora, este criterio, tal y como lo he dicho anteriormente, es un criterio meramente jurisprudencial y al ser un criterio jurisprudencia, no operan los intereses moratorios ni tampoco la condena en costas.

Me encuentro en desacuerdo respecto a su sentencia, cuando se señala que COLPENSIONES no tenía ningún sustento legal ni de otra índole para negar la prestación pensional. Tal y como lo he probado en el presente proceso, y también como lo he sustentado, tanto en los alegatos como en la apelación, sí existía este criterio legal, o por lo menos había un sustento cierto y valido para negar la prestación pensional, y era que existía la mora patronal. En tal sentido, Me reitero frente a los Honorables Magistrados respecto a esas tres aristas que apelo en la sentencia: el primero, porque las semanas entre enero del 95 y junio del 2001 no deben ser tenido en cuenta, toda vez que se pagan extemporáneas y no con los debidos intereses moratorios, por tal razón, todavía se encuentran en mora, y segundo y tercero, en gracia de discusión de que se quisieran reconocer estas semanas, no aplicaría entonces el pago o la condena de los intereses moratorios ni mucho menos las costas. Respecto a los anteriores argumentos, dejo presentado mi recurso su señoría”

derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se reconoció la pensión de vejez reclamada a partir del 24 de diciembre del 2006 (día siguiente al cumplimiento de los 55 años), no obstante dispuso el pago de las mesadas pensionales a partir del 23 de diciembre del 2011 dado que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad a tal data, al haber reclamado la prestación el 23 de diciembre del 2014, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, por 14 anualidades al año, y dispuso el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, todo lo anterior tras considerar que la actora acreditó ser beneficiaria del régimen de transición y haberlo conservado, indicando debían contabilizarse 326.04 semanas no tenidas en cuenta por Colpensiones y que fueron cotizadas por el empleador DISTRIBUCIONES JW.

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 COLPENSIONES, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

En ese orden de ideas, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005², tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

Así las cosas, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (fl. 5) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 23 de diciembre de 1951, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 la actora contaba con 42 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la señora ERMILDA MARIA MARÍNEZ ROMERO durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES desde el 13 de febrero de 1974, fecha que se consigna en los distintos actos administrativos proferidos por Colpensiones (ver fls. 38 y 47), por manera que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la accionante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la demandante alcanzó los 55 años de edad el **23 de diciembre de 2006**, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-, por lo cual el periodo de los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, son los comprendidos **entre el 23 de diciembre de 1986 y el mismo día y mes del año 2006**, debiendo entonces verificarse el número de semanas cotizadas en dicho lapso.

En ese contexto, procede la Sala a revisar el número de semanas cotizadas por la afiliada, frente a las cuales se señala por parte de la promotora del litigio en los hechos de la demanda (fl. 176 hecho No. 3) que Colpensiones no contabilizó los aportes realizados por DISTRIBUCIONES JW para los años 1995 a 2001.

Conforme a lo anterior, verificando el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones de folios 63 a 67, *(no desconocido por Colpensiones pues acepta tal documental al dar respuesta al hecho 3 de la demanda fls. 176 y 194)*, y concretamente el Detalle de Pagos Efectuados a partir de 1995 (fls. 119 vto), encuentra la Sala que en los periodos de **enero de 1995 a junio del 2001**, a pesar

de reportarse 30 días en cada una de dichas mensualidades se registran cero (0) días cotizados en esos meses.

Frente a este punto, obran a folios 83 a 159 planillas de pago de aportes a pensión para ese periodo, donde se registra como nombre o razón social de quien efectúa el pago DISTRIBUCIONES JW LIMITADA y canceladas el día 1° de diciembre del año 2009 pues el sello de la entidad financiera así lo registra, no obstante estos periodos como ya se advirtió no son tenidos en cuenta por COLPENSIONES.

Así las cosas, pese a que se podría indicar que no existiría justificación alguna para que Colpensiones no contabilice dichos periodos, en tanto fueron efectivamente pagados y la encartada recibió a satisfacción dichas sumas, advierte la Sala en este especialísimo caso, las cotizaciones de los periodos anteriormente citados fueron pagados más de 13 años después del primer periodo (enero 1995) respecto del cual la sociedad DISTRIBUCIONES JW LIMITADA efectúa la primera cotización a la demandante.

Razón por la cual, esta Sala de decisión advierte dentro del plenario brilla por su ausencia el registro de afiliación por parte de ésta empleadora al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y en esa medida es claro que Colpensiones no podía ejercer acciones de cobro por los lapsos que en el reporte de semanas aparecen en cero, pues sin existir afiliación no se podía establecer que la accionante era una trabajadora dependiente y por ende es claro que la falencia en la contabilización de semanas en la historia laboral de la actora, en manera alguna puede entenderse como una omisión de Colpensiones, nótese que incluso desde la cotización de enero de 1995 hasta junio del 2001 (fls. 55 y 56) la encartada en la casilla No. 23 del detalle de pagos efectuados a partir de 1995 señaló **NO** registrarse afiliación para tales periodos, lo cual reafirma que la demandante para enero de 1995 no estaba afiliada al sistema, **situación que no se puede enmendar con el simple pago de los aportes en tiempo posterior.**

Nótese frente a este aspecto, COLPENSIONES en la comunicación del 1° de agosto del 2015 señaló a la demandante (fl. 44):

“De acuerdo a su solicitud me permito informar que los ciclos 199501 a 200106, fueron cancelados por el aportante DISTRIBUCIONES J W LTDA de forma extemporánea, fecha para la cual el afiliado no tiene relación laboral con dicho empleador, es por esto que no contabilizan en la Historia Laboral; Para solucionar

dicha inconsistencia es necesario que el afiliado requiera al empleador copia de la afiliación con el ISS y copia de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedida por el ISS o Colpensiones ...”

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso no se demandó el pago calculo actuarial.

En los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, **cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción** (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que se itera no es la que se está peticionando a través de ésta demanda y en esa medida los aportes reclamados a través del presente asunto como ya se dijo no pueden ser tenidos en cuenta por COLPENSIONES **sino solo hasta cuando se cancele el correspondiente calculo actuarial**. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182³.

En ese orden, dejando claro que los periodos alegados en el libelo como no contabilizados o contabilizados erróneamente, no pueden ser tenidos en cuenta por parte de ésta Corporación, como puede apreciarse conforme a lo señalado en

³ **2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.**

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto)

los actos administrativos proferidos por Colpensiones (ver fls. 38, 47 y 48), dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad – **23/12/1986 al 23/12/2006**-, la señora ERMILDA MARIA MARTINEZ ROMERO tan solo cuenta con **147** semanas y en toda su vida laboral 706 semanas, es decir, la accionante para estos momentos no alcanza el número de semanas exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas por tal normatividad, aunado a la orfandad probatoria por parte de la accionante dirigida acreditar en manera concreta la vinculación laboral durante los periodos alegados como no cotizados correctamente por Colpensiones, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la 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*".

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora en últimas es el reconocimiento de la pensión de vejez, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que para el 23 de diciembre del 2006, fecha en la que alcanzó los 55 años de edad tan solo contaba con 706 semanas (fls. 38 y 48) cuando las requeridas para esa época eran 1075 para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición (Artículo 33 L. 100/93 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003).

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **ERMILDA MARIA MARTÍNEZ ROMERO**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YOLANDA CAICEDO BARAHONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., trámite al que se vinculó a PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 23 2018 00406 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, mediante correos electrónicos del 11 y 12 de noviembre, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2020 (Cd folio 219, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:15:48, acta de audiencia folio 218), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por parte de la señora YOLANDA CAICEDO BARAHONA.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

TERCERO: *Se ordena la remisión del expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la señora demandante, dado que los resultados del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones.”*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando, la actora fue coaccionada para suscribir el formulario de afiliación. Además, insiste en que no recibió una información completa al momento de su traslado y la que recibió se dio cuando se acercó a indagar por su futuro pensional¹ (Cd folio 219, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:16:42, acta de audiencia folio 218).

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 YOLANDA CAICEDO BARAHONA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 56 y 57) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 55 y 56), aspirando se declare sin valor y efecto su afiliación y traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar sus aportes de manera inmediata a Colpensiones y a esta última, recibir los mismos. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora y la condenó en costas. Lo anterior, tras encontrar el juez de primer grado satisfecho el deber de información

¹ “Señor juez no quedo conforme, interpongo el recurso que lo sustentaré en su debida forma en los términos de los artículos de ley.

Juez: Tiene el uso de la palabra para sustentación doctora.

Intervención apoderada parte actora: No los tengo en este momento, pero pues bueno, estaba de entregárselos por correo pero pues bueno. Apelo la decisión ya que ella fue muy clara en el interrogatorio de parte en el cual en su momento prácticamente fue coaccionada para hacer esa afiliación por la empresa, a pesar de que en el momento no se tienen pruebas, igual ella fue coaccionada por la empresa en el momento que llegó la entidad del fondo de pensiones privado a hacerle la afiliación. También dejo en claro que no se, en el momento no le dieron la asesoría que era pertinente, solamente la ilusionaron, con engaños y aparte cuando le dieron a ella toda esta información ella es clara también en su interrogatorio, cuando le dieron la información ella mucho después, cuando ya la compañera fue al sitio de trabajo diciendo que no la iban a pensionar sino con un salario mínimo y fue cuando ella dice que cuando empezó otra vez a mirar a ver que fue lo que pasó y con cuánto se iba a pensionar, ahí si ya le dieron una información, no antes ni en el momento de la afiliación. Muchas gracias señor juez.”

por parte de PROTECCIÓN (antes COLMENA), el cual dijo, no era tan riguroso para el año 1997 en que ocurrió el traslado, por ello, teniendo en cuenta el formulario de afiliación y el interrogatorio absuelto por la demandante estimó, se podía concluir que la actora tenía información suficiente para comparar ambos regímenes y tomar una decisión.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de octubre de 1960 (folio 8), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado, inicialmente, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de junio de 2011 (folio 28) y el 9 de agosto de siguiente (folio 27), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 51 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 369.86 semanas -entre tiempos públicos y privados- (historia laboral para bono pensiona, expedida por el Ministerio de Hacienda, -folio 113-) equivalentes a 7,19 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

³ Era trabajador del sector privado.

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 enero de 1997 (folios 197 y 100) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLMENA (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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de

cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte⁵ la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, según su propio dicho, nunca le precisaron cuáles eran las condiciones para acceder a dicho beneficio, ni el capital requerido para poder hacerlo. Asimismo, aunque le dijeron que su pensión se financiaría con los pagos mensuales que haría como trabajadora, que obtendría unos rendimientos e intereses que se sumaban en la cuenta a su nombre, fue clara en indicar que no recuerda que se le haya dicho cómo se obtenía o calculaba el valor de su mesada pues solo le dijeron que sería mucho más alta que en el ISS sin referir a los requerimientos que como afiliada y cotizante debía cumplir para que ello, en un futuro, fuera así. Del mismo modo, mencionó que no le entregaron una proyección y menos aún la ilustraron sobre si le convenía o no trasladarse. Con relación a las condiciones para pensionarse en el régimen de prima media, si mencionó que le dieron que requería hacer cotizaciones y una edad, insistiendo en que se le dijo que en el fondo privado no requería una edad mínima, pero que vino a conocer realmente las condiciones para pensionarse cuando pasó el primer requerimiento para pasarse y ya contaba con 52 años de edad. Dijo que si le informaron sobre el bono pensional por los tiempos laborados en la policía pero lo que nunca le contaron es que tenía que tener un ahorro específico para alcanzar su derecho pensional.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, contrario a lo concluido por el Juez de Primer grado, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora, específicamente por cuanto, lo que motivó su traslado, en principio, fue la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS.

⁵ Cd folio 219, récord 12:46.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) (folio 197), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 205 a 207, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA), omitió en el momento del traslado de régimen (29 de enero de 1997, folio 197), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación 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 un traslado entre AFP (folio 99) 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 a folios 100, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 98), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (folio 70, 96 y 187), 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.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones y PORVENIR mediante auto del 9 de julio de 2019 (folio 119) y por PROTECCIÓN en auto del 3 de agosto de 2020 (folio 217)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada PORVENIR, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP Protección.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional efectuado por YOLANDA CAICEDO BARAHONA el 29 de enero de 1997 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los saldos trasladados de la **AFP PORVENIR**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELENA CIFUENTES GARCÍA CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 23 2019 00448 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante, Colpensiones y Porvenir (fls. 306, 307, 309, 310, 315 a 319), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandantes y de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de septiembre del 2020 (Cd a folio 299, record: 1:43:13, acta a folios 297 y 298), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la señora demandante ELENA CIFUENTES GARCIA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir y como consecuencia lógica sigue la misma suerte los traslados entre administradoras efectuados a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección e igualmente a Colfondos pensiones y cesantías conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir a devolver a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que hubiese recibido entre 01 de enero de 1995 y el 31 de octubre del año 2000 con motivo de la afiliación de la señora demandante como cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos saldos de cuota individual y sumas adicionales de aseguradoras con todos los frutos e intereses

con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dado las consecuencias de la ineficacia.

Parágrafo: *Autorizamos el descuento de dinero transferido a la AFP Protección con ocasión al traslado entre administradoras dada el 01 de noviembre del año 2000.*

TERCERO: CONDENAR *a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección a devolver a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante entre 01 de noviembre del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2003 como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hay lugar, saldos de cuota individual y sumas adicionales de aseguradoras con todos los frutos e intereses esto es con los rendimientos que se hubiesen podido causar sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dado las consecuencias de la ineficacia.*

Parágrafo: *Autorizamos como único dinero a descontar el dinero que transfirió hacia la AFP Colfondos con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de enero del 2004.*

CUARTO: CONDENAR *a Colfondos Pensiones y cesantías a devolver a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante ELENA CIFUENTES GARCIA como cotizaciones, bonos pensionales saldos de cuenta individual si a ello hay lugar y sumas adicionales de aseguradoras con todos los frutos e intereses esto es con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando.*

QUINTO: DECLARAR *que la señora HELENA CIFUENTES GARCIA se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada en su momento por el ISS hoy por la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.*

SEXTO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas.*

SEPTIMO: COSTAS *a cargo de la sociedad administradora de fondos pensiones y cesantías Porvenir.*

OCTAVO: *Se ordena la CONSULTA a favor de Colpensiones.”*

Inconformes con la decisión tanto la parte actora como las demandadas interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la demandante, expresa se debe condenar en costas a las demandadas ya que las pretensiones del introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones de dicha demanda, debidamente controvertidas por las accionadas ya que se opusieron de manera activa a la misma y siendo adicionalmente una consecuencia directa a la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la

controversia surtida en instancias judiciales deben ser reconocidas (Cd. folio 299, record: 1:45:52)¹

PORVENIR, manifiesta del análisis dado sobre el tema del formulario de afiliación como cumplimiento de la obligación a cargo de las AFP, ser necesario dejar claro que la obligación de diligencia de tal formulario no es un capricho o una estrategia judicial, pues aduce se ha establecido que dicho documento es un elemento necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales por lo que se estructura justamente como una prueba *ab sustancian actus* contemplada en el artículo 256 del C.G.P. por lo que la interpretación que se le dé a este elemento probatorio no está sujeto al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley.

Respecto a la obligación del deber de información a cargo de las AFP, indica es un elemento que ni siquiera debiera ser analizado en el ordenamiento jurídico, ocurriendo una tergiversación interpretativa respecto de dicha obligación, pues para la época en la que se dio la afiliación inicial con el RAIS que fue en el año 1994 no existía la exigencia de las AFP de brindar las asesorías en los términos expuestos por la parte actora dentro del proceso ni tampoco brindarle o entregarle cálculos o proyecciones en el momento en que se dio la acción inicial, análisis del deber de información que escapa a los pronunciamientos de las Honorables Cortes, precisando a la demandante se le brindo en el año 1994 esa información sin que tuviera necesidad de realizar ningún tipo de preguntas, pues la misma fue transparente para ella, tan así que procedió a verificar la información que se encontraba en el formulario de afiliación y a plasmar su firma concibiendo así o manifestando así que se estaba validando el negocio jurídico de la afiliación a este régimen de ahorro individual con solidaridad.

¹ “Muchas gracias señor juez estando en el momento procesal oportuno me propongo a interponer el recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir de manera parcial con base en los argumentos que sintetizo de la siguiente manera:

Frente a la decisión de no condenar en costas procesales a las partes vencidas es decir fondo Protección, Colfondos y Colpensiones dentro del presente proceso me propongo a interponer muy respetuosamente recurso de apelación y en ese sentido solicito al Honorable tribunal revoque dicha decisión ya que las pretensiones del nivel introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones de dicha demanda debidamente controvertidas por las demandadas ya que se opusieron de manera activa a la misma y siendo adicionalmente una consecuencia directa a la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en instancias judiciales estas deben ser reconocidas igualmente tal como lo estipula el numeral primero del artículo 365 del CGP se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, muchas gracias.”

En cuanto a los gastos de administración, manifiesta no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, pues ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que asegura pagar valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A. como lo es en este caso Colpensiones. Indica que la superintendencia de Colombia en concepto 2019152699003 del 17 de enero del año 2020 adujo en forma expresa que en caso de proceder con la nulidad o ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar serían los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima del seguro provisional en consideración que la compañía aseguradora justamente cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión por gastos de administración. (Cd. folio 299, record: 1:47:21)²

² “Muchas gracias su señoría estando en el término legal pertinente interpongo recurso de apelación ante la sentencia proferida por el despacho 23 laboral del circuito de Bogotá ante el Honorable Tribunal superior de distrito judicial sala laboral con razón a los siguientes argumentos:

Primero quisiera tener algunos elementos tener en cuenta como cierre de este proceso, si bien es cierto que este pleito se suscribió con motivo de la ineficacia del traslado de afiliación como bien lo declaró el juzgador de primera instancia de la afiliación al RAIS, el verdadero problema jurídico se limita a determinar la existencia del error como vicio del consentimiento en este negocio jurídico y de ahí derivan las consecuencias justamente pretendidas, en ese marco es conocida la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia en cuanto el examen que determina la obligación de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento de la obligación de información, la carga probatoria en estos eventos y como cuarto punto tenemos la procedencia de la ineficacia de la afiliación como constantemente existe una expectativa de conexión o como bien lo ha dicho consolidado. Respecto a lo mencionado de la carga probatoria en los eventos ya mencionados así como la procedencia de la ineficacia de la afiliación si bien no existe conformidad de esta parte no hace mención al respecto sobre la base que justamente corresponde análisis de competencias judiciales, sin embargo del análisis dado sobre el tema de la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento de la obligación justamente de este dilema a cargo de las AFPs es necesario dejar claro que la obligación de diligencia en cuanto al formulario de afiliación no es un capricho o una estrategia judicial de mi representada justamente se establece que dicho documento es un elemento necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales por lo que se estructura justamente como una prueba ab sustancian actus contemplada en el artículo 256 del CGP por lo que la interpretación que se le dé a este elemento parte real probatorio no está sujeto al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley debiéndose limitar el juez justamente a dichos limites mientras se encuentre vigente la norma o mientras conozca debe ser discutida en su tenor literal.

Ahora respecto a la obligación del deber de información a cargo de las AFPs es un elemento que ni siquiera debiera ser analizado en el ordenamiento jurídico, mi representada lo desconoce lo que si ocurre es una tergiversación interpretativa respecto de dicha obligación, inclusive el despacho ha establecido o relacionado en las consideraciones frente al fallo proferido el día de hoy que comprende y tiene claras las exigencias o el aumento o grado de intensidad a las AFP frente al deber de información, pasamos de un deber de información necesario para terminar últimamente de la exigencia de la denominada doble asesoría, para el momento de la época en la que se dio la afiliación inicial con el RAIS fue en el año 1994 no existía la exigencia de las AFP de brindar las asesorías en los términos expuestos por la parte actora dentro del proceso ni tampoco brindarle o entregarle cálculos o proyecciones en el momento en que se dio la acción inicial justamente esta tergiversación interpretativa del deber de información escapa a los pronunciamientos de las Honorables Cortes de cierre pues es precisamente que su jurisprudencia es la que indica que las AFP

PROTECCIÓN por su parte apela únicamente lo relativo a la condena de trasladar a Colpensiones la comisión de administración y los dineros descontados por seguro previsional por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, aduciendo la comisión de administración y las primas de seguro previsional son descuentos autorizados por la ley que facultan a los fondos privados de

debían alcanzar a plenitud del conocimiento de los afiliados respecto de las consecuencias que trae consigo el cambio de régimen pensional mencionadas en las disposiciones contenidas en literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, también lo ha indicado la corte suprema de justicia que las AFP debían suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones realizadas para que la decisión adoptada se rija en los juicios claros respectivos pues que pretendan las mejores condiciones del mercado según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 97 del decreto 663 del año de 1993, también lo ha indicado la corte que las administradoras de fondos de pensiones debían brindar información de las características, accesos, y servicios de cada uno de los regímenes pensionales que permitan conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones ya su vez indica que las AFP debían brindar dicha información en lenguaje claro, simple y comprensible dando toda la verdad objetiva de los regímenes pues solo al brindar una información objetiva, comparada y transparente es posible adquirir un juicio claro objetivo de las condiciones de marcadas en consecuencia permitirían al propenso afiliado a tomar una decisión varia, en este momento quisiera tomar extractos del interrogatorio de parte surtido por la demandante el día de hoy a lo que ella manifestó que con la información que a ella se le brindo en el año 1994 para ella fue muy clara esa información recibida, no tuvo necesidad de realizar ningún tipo de preguntas, la información fue transparente para ella, ella procedió a verificar la información que se encontraba en el formulario de afiliación y a plasmar su firma concibiendo así o manifestando así que se estaba validando el negocio jurídico de la afiliación a este régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por el fondo de pensiones Porvenir y esto es importante mencionarlo justamente porque los vicios del consentimiento se configuran en el tiempo modo y lugar de su materialización por lo que ello inclusive seria inservible preguntarle a la demandante si a hoy tiene o no conocimiento de alguna de las figuras usadas cuando lo importante es conocer o saber si al momento ella firmar este formulario de afiliación conocía este o si quiera lo había requerido en su momento pero pues aunque parezca superficial la señora Helena se le entrego un formulario de afiliación y esta copia del formulario de afiliación activa el principio de autocuidado donde el deber funcional del particular es conocer leer y activar los mecanismos adecuados so pena de validar con su acción los negocios celebrados.

El día de hoy se declara la ineficacia del traslado del régimen pensional por lo que una de las condenas impuestas a la AFP Porvenir adicional a trasladar todos los valores recibidos incluyendo los valores por gastos de administración frente a esta condena me permito manifestar que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas insertada en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993 cuando ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado por lo que pagar valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A como lo es en este caso Colpensiones pero además determinar que se deben reintegrar los gastos de administración es como ordenar a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro le devolvamos todo el valor de la póliza y recordamos que la señora estuvo debidamente afiliada desde el año 1995 fecha en la cual se hizo efectiva su afiliación hasta el año 2000 hasta que se trasladaron el 01 de noviembre del año 2000 se trasladaron todos los valores que se contenían en la cuenta de ahorro individual de la señora Elena y se pasaron a Protección administradora de fondos de pensiones la cual realizo traslado horizontal en ese año 2000, precisamente con relación a estos gastos de administración la superintendencia de Colombia en concepto 2019 152699003 del 17 de enero del año 2020 indico en forma expresa que en caso de proceder con la nulidad o ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar serían los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima del seguro provisional en consideración que la compañía aseguradora justamente cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión por gastos de administración, en este orden de ideas los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales por no financiar la prestación de vejez entonces son parte integral de ellas, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad característica que si goza su derecho pensional previstos en el artículo 448 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo y de esta forma deberán declararse.

En estos términos dejo expuesto el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal superior de Bogotá y reitero la solicitud ante este honorable tribunal de revocar la sentencia en su totalidad y en consecuencias absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en su contra, muchas gracias.

hacer una deducción sobre el 16% de los aportes que realizan los afiliados al sistema general de pensiones, descuento que se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional y opera en ambos regímenes, por lo que en su sentir al acceder a esta condena se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir esta una comisión y unos dineros que no son destinados a financiar en ningún caso la pensión de vejez de la parte demandante, aunado a ello señala tampoco están dentro del patrimonio de Protección toda vez que los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante fueron trasladados a otro fondo privado y los dineros descontados por gastos de administración se usaron en su momento para generarle los rendimientos de los cuales hoy por hoy es beneficiaria, precisando se encuentra imposibilitado para cobrar esos dineros a la aseguradora toda vez que este es un tercero de buena fe que no tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante y Protección. (Cd. folio 299, record: 1:56:10)³

³ “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito sustentar, presentar recurso de apelación solicitándoles a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá Sala laboral que se revoque la sentencia que se acaba de proferir solo en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones la comisión de administración y los dineros descontados por seguro previsional por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a Protección; Lo anterior con base en los siguientes argumentos :

Sea lo primero señalar que la comisión de administración y las primas de seguro previsional son descuentos autorizados por la ley que facultan a los fondos privados de hacer una deducción sobre el 16% de los aportes que realizan los afiliados al sistema general de pensiones este descuento se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional y opera en ambos regímenes, obra como prueba en el expediente el certificado de aportes trasladados donde se evidencia los rendimientos o las ganancias que tuvieron los aportes de la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada con mi representada, lo que da cuenta que los mismo fueron debidamente administrados por Protección. Con la condena de primera instancia que ordena a mi representada devolver lo descontado por comisión de administración y seguro previsional se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir esta una comisión y unos dineros que no son destinados a financiar en ningún caso la pensión de vejez de la parte demandante y pues teniendo aún más que estos dineros ya no obran, no son parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante ni tampoco están dentro del patrimonio de Protección toda vez que los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante fueron trasladados a otro fondo privado y los dineros descontados por gastos de administración se usaron en su momento para generarle los rendimientos de los cuales hoy por hoy es beneficiaria y para cubrir en todo caso como lo mencione en mis alegatos no solamente una situación de pensión de vejez sino también de invalidez y muerte, por lo tanto es de manifestar que los dineros del seguro provisional ya fueron girados a la aseguradora para que en caso de ocurrir un siniestro ella cubriera cualquier suma adicional con el fin de financiar la pensión de la demandante, inclusive esta prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora y protección en este momento está imposibilitado para cobrar esos dineros a la aseguradora toda vez que este es un tercero de buena fe que no tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte demandante y protección. Es de recordar o es de mencionar en este caso la sentencia del 19 de marzo del 2019 proferida por la sala laboral de la corte suprema de justicia magistrada ponente Ana María Muñoz donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitado por un afiliado y ordenándose la devolución de los aportes de un fondo privado a Colpensiones se refirió al rol de los terceros de buena fe dentro de este tipo de procesos siendo para tal efecto las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y la devolución de los aportes no suponen una retroactividad plena en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe, se debe tener presente que en caso de confirmar la sentencia proferida en esta instancia mi representada debe asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal como lo es la comisión de administración y las primas de seguro de invalidez y sobreviviente donde se estaría presente de una condena en perjuicios en contra del patrimonio de

COLFONDOS solicita revocar parcialmente la sentencia proferida en el sentido de absolver a su representada de transferir o trasladar los gastos de administración, señalando los descuentos por gastos de administración de los afiliados no son invenciones de los fondos privados sino que se hacen porque la ley así lo prevé, por consiguiente asegura se debe tener presente que seguirán haciendo los respectivos descuentos de administración en cualquiera de los dos regímenes, destacando que gracias a esa administración que se reclama se generan los rendimientos que de igual manera fueron ordenados a trasladar a Colpensiones.

Refiere que la administración tiene una destinación específica en exactamente once gastos de los cuales el primero es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los otros nueve gastos son destinados únicamente a realizar inversiones que realizan los fondos privados y estas inversiones se ven reflejadas en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual de cada uno de los afiliados. (Cd. folio 299, record: 2:04:07)⁴

Protección lo cual debería revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente caso no fue materia de prueba quedo demostrado la causación de unos daños toda vez que la inversión de la carga de la prueba opero frente la pretensión de ineficacia o nulidad de la afiliación y no sobre a un tema de perjuicios los cuales no fueron demostrados por la parte demandante.

En ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando respetuosamente se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de proferir en primera instancia, muchas gracias.”

⁴ “En ese orden me permito interponer recurso de apelación solicitándole a los honorables magistrados revoque parcialmente la sentencia proferida en el sentido de absolver a mi representada de transferir o trasladar los gastos de administración.

Teniendo en cuenta que es importante resaltar al despacho que el artículo 60 de la ley 100 de 1993 señala dentro de las características propias del RAIS una de estas los gastos de administración la cual dice ” Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del Régimen” Por lo anterior se deduce que los descuentos por administración que se realizan a los afiliados no son invenciones de los fondo privados se hacen porque la ley así lo prevé por consiguiente se debe tener presente que seguirán haciendo los respectivos descuentos de administración en cualquiera de los dos regímenes. De igual manera cabe destacar que gracias a esta administración que se reclaman y que se generan los rendimientos que de igual manera fueron ordenados a trasladar a Colpensiones por lo que se entiende que gracias a esta administración tanto de mi representada como de las otras administradoras, estos rendimientos que de igual manera se trasladaran. Cabe resaltar que siendo la ley pura del decreto 2555 del 2010 contrario como siempre se ha concebido la administración tiene una destinación específica en exactamente once gastos; Estos once gastos el primero es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los toros nueve gastos son destinados únicamente a realizar inversiones que realizan los fondos privados y estas inversiones se ven reflejadas en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual de cada uno de los afiliados, adicionalmente al decreto 2555 del 2010 señala que el manejo de estos recursos son vigilados por la superintendencia financiera e incluso los fondos de pensiones tiene que responder de sus utilidades en caso de que no generen rendimientos toda vez que ellos tienen una

Finalmente COLPENSIONES aduce se debe tener presente que dentro del proceso no se vislumbró ningún vicio que invalide la afiliación y así mismo tampoco se vislumbra por parte de la demandante la prueba dentro del proceso la falta de información por los fondos privados, indicando no evidenciarse que a la demandante se le haya vulnerado alguna expectativa legítima, igualmente refiere no se puede tener a la demandante como afiliada dentro del RPM pues la misma ya se encuentra inmersa dentro de la prohibición establecida en el artículo segundo de la ley 797 del 2003 en tanto solicitó el retorno al RPM cuando ya estaba próxima a cumplir la edad requerida y en ese orden de ideas no se puede contrariar la normatividad, pues dejaría en desventaja a las personas que si están cotizando dentro del RPM afectando el principio de la sostenibilidad financiera ya que al recibir a la demandante se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social. (Cd. folio 299, record: 2:04:07)⁵

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

obligación de generar estas rentas y de lo contrario tendrían que responder de su propio patrimonio, sin embargo como se ve y como se evidencia en este proceso cada uno de los fondos a los cuales estuvo afiliada la señora demandante genero estos rendimientos y lo hicieron en debida forma.

Por lo tanto le solicito a los Honorables Magistrados se revoque el fallo anteriormente proferido y en su lugar se abstenga de condenar a mi representada de trasladar estas cuotas de administración, muchas gracias.”

⁵ “Muchas gracias su señoría en el término que me asiste solicito me permito interponer recurso de apelación proferida por el despacho para que se revoque en su totalidad la sentencia que se profirió por el mismo teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

En primer lugar se debe tener presente que dentro del proceso no se vislumbró ningún vicio que invalide la afiliación y así mismo tampoco se vislumbra por parte de la demandante quien fue la que debió probar dentro del proceso la falta de información por los fondos privados, entonces conforme al artículo 167 del CGP en concordancia con la sentencia C-086 del 2016 en el cual se pronunció sobre la constitucionalidad de dicho artículo y así mismo en los casos específicos de ineficacia y nulidad de traslado, por cuanto a la demandante dentro del proceso se evidencia que la demandante no se le vulnero ninguna expectativa legítima pues la misma fue quien debió demostrar dicha falta de información y aquí dentro del proceso no se evidencia falta de dicha información.

De igual forma no se puede tener a la demandante como afiliada dentro del RPM pues la misma ya se encuentra inmersa dentro de la prohibición establecida en el artículo segundo de la ley 797 del 2003 pues la demandante solicito el retorno al RPM cuando ya estaba próxima a cumplir la edad requerida y en ese orden de ideas no se puede contraria la normatividad de la ley pues dejaría en desventaja a las personas que si están cotizando dentro del RPM pues la demandante lo que busca y pues lo que logro con esta sentencia es que se traslade al RPM para así a futuro reconocerle una prestación pensional financiada por las cotizaciones del RPM y de las personas que si han permanecido dentro de este régimen, yendo en contravía del artículo 48 de la constitución política en concordancia con la sentencia C-1024 del 2004 en ese sentido se estaría yendo en contravía del principio de la sostenibilidad financiera ya que al recibir a la demandante se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social. Por lo tanto solicito al Honorable Tribunal de Bogotá se revoque sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora ELENA CIFUENTES GARCIA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 5 vto, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 6 a 7 vto, aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual o en subsidio se declare como inexistente el acto por medio del cual se trasladó, disponiendo que para todos los efectos siempre ha permanecido siempre en el RPM sin solución de continuidad, en consecuencia se ordene a las AFP demandadas la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y rendimientos devengados durante todo el tiempo, así mismo se disponga a Colpensiones corregir y actualizar la historia laboral, se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios morales en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes y a las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a cada una de las AFP demandas a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

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 2002⁶.

Así las cosas, a folio 13 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de mayo de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante Porvenir, Protección, Colfondos y Colpensiones el día 16 de mayo del 2019 (fls. 29 a 41), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 359,15 semanas de cotización (fl. 148) equivalentes a 6 años, 11 meses y 24 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo refiere Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 13 de diciembre de 1994 (fls. 14 y 292), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el registro de ASOFONDOS y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad

⁶ 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”.

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

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

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

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

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

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

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

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

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

que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos

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.

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que si no se trasladaba ponía en riesgo su pensión y aportes, aunado a que le indicó que se podía pensional anticipadamente.

⁸ Cd folio 299, récord 14:27 Audiencia virtual.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 14), plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 242 y 243, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supele el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (13 de diciembre de 1994 fl. 14), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver formularios de afiliación folios 237 vto y 293) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, administrada actualmente por COLFONDOS (folio 294), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en punto a la apelación de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo, como ya se

dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 143⁹), 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,

⁹ Por auto del 11 de agosto del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 295)

máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, frente al punto de apelación de la promotora del litigio relacionado con la condena en costas, ha de recordarse el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1o del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a las AFP demandadas PROTECCIÓN y COLFONDOS, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, adicionándose en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que motivaron la alzada, se procede a adicionar la sentencia de primer grado en lo atinente a la absolución de las costas, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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


R E S U E L V E

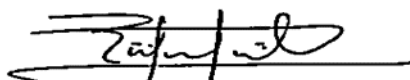
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SÉPTIMO** del fallo apelado, para **CONDENAR EN COSTAS** a la AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO JULIO CÉSAR ZÁRATE
TORRENEGRA CONTRA ALEXANDER HOYOS OSSA (RAD. 24 2017 00745 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 227 a 229 y 230 a 231), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia proferida por el Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1 de septiembre de 2020 (Cd folio 222, récord 1:03:52, acta a folio 223), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el Doctor JULIO CESAR ZÁRATE TORRENEGRA y el señor ALEXANDER HOYOS OSSA existió un contrato de prestación de servicios profesionales que inició el 2 de marzo de 2006 y finalizó el 15 de septiembre de 2016, mandato que cumplió a cabalidad la parte demandante conforme a lo motivado.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENARÁ** al demandado ALEXANDER HOYOS OSSA a reconocer y apagar al Doctor JULIO ZÁRATE TORRENEGRA, por las razones expuestas en la parte motiva por concepto de honorarios, la suma de \$3,000.000 más los intereses que refiere del 6% anual sobre ese valor, causados desde el 15 de septiembre de 2016 hasta que se efectúe el pago de lo adeudado al Doctor JULIO CESAR ZÁRATE TORRENEGRA.

TERCERO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada, para lo cual se estiman las agencias en derecho en \$500.000. Por secretaría efectúese la respectiva liquidación en la oportunidad procesal correspondiente.”.

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente el apoderado de la parte actora refirió no encontrarse de acuerdo con el valor fijado como honorarios, por cuanto, en su sentir, quedó demostrado que el proceso ejecutivo que adelantó, terminó por pago total de la obligación y no por dación en pago, advirtiendo, la escritura pública allegada por el demandado deja muchas dudas que no pueden ser acogidas a favor del demandado.

En ese sentido, considera, si el proceso finalizó por pago total de la obligación, no puede entenderse cosa distinta a que se recibió la totalidad de lo adeudado, debiendo por tanto accederse al valor solicitado en las pretensiones o de lo contrario, tomarse como referencia para la liquidación de los honorarios el valor del avalúo comercial del lote y no el plasmado en la escritura¹ (Cd folio 222, récord 1:12:07, acta a folio 223).

Por su parte, el demandado, estima debió tenerse en cuenta el pago parcial realizado por \$2.600.000 que está probado en el expediente, adeudando así solo \$400.000.

De otro lado, dice, cuando las tarifas no están claras debe iniciarse un incidente de regulación de honorarios el cual brilla por su ausencia, además, señala, no hay dictamen de tasación expedido por un perito de un colegio de abogados o una autoridad que lo determine, por lo que debe mantenerse el 25% de lo recaudado, estando probado que fueron \$12.000.000, con el auto de costas *“que sería lo que tiene validez”*.

¹ *“Su señoría, no estoy conforme frente al monto tomado como base para fijar los honorarios, ya que como quedó demostrado en el transcurrir del proceso, el proceso ejecutivo que adelantó mi poderdante terminó por pago total de la obligación, nunca terminó por dación en pago. La escritura allegada por el demandado deja muchas dudas y estas no deben ser acogidas a favor del demandado porque, Honorable Tribunal, la señora juez reconoce y señala que al decir que la terminación del proceso se dio por pago total de la obligación, se entiende que el demandante recibió el pago total de lo adeudado.*

En este orden de ideas, solicito al Honorable Tribunal revocar el numeral segundo de la sentencia y fijar los honorarios conforme a las pretensiones porque entonces, si lo que recibió fue el lote, se debe tener en cuenta el avalúo más no lo estipulado en la escritura porque el valor de la escritura fue a criterio del demandado, es decir, que lo que recibió es el lote y así las cosas, debe tomarse como base para pagar los honorarios el valor comercial del lote.”

Refiere, asimismo, el demandante debió “*ejecutar civilmente esto*” y no por lo laboral, por lo que se incurre en un “*debido proceso*”.

Señala, operó la prescripción porque el recaudo se hizo el día de la escritura pública (octubre de 2013) y no en la fecha en que terminó el proceso, por lo que habiendo sido notificada la demanda en octubre de 2018, ya habían pasado más de tres años² (Cd folio 222, récord 1:13:28, acta a folio 223).

De tal manera, 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 dentro de este ordinario las pretensiones relacionadas a folio 5, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados a folios 2 a 5 del expediente; así, solicita el actor se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales, y que no le fueron cancelados sus honorarios. En consecuencia, se condene al demandado a pagar a su favor la suma de \$285.018.906,25 desde el 14 de julio de 2016 junto con los intereses moratorios hasta que se produzca su pago. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable** a sus aspiraciones pues aunque se declaró la existencia del contrato de prestación de servicios y se ordenó el pago de honorarios a su favor, ello fue en la suma de \$3.000.000 junto

² “*Señoría sí buenas tardes, también para no correr la contingencia de que haya un apelante único, yo me permito también apelar el fallo proferido en el día de hoy, pero por otros motivos.*”

Lo apelo en cuanto al numeral primero de la sentencia por que no acepta el pago parcial que se hizo de \$2,300.000, \$2,600.000 que está en el expediente, entonces, en ese caso se le debería entonces \$400.000 pero, además, miro que también hay un motivo que cuando las tarifas no están claras, debe haber de por medio un incidente de regulación de

honorarios, que aquí brilla por su ausencia. Tampoco hay un dictamen de tasación de peritos de un colegio de abogados o de una autoridad que así lo determine para determinar esos honorarios por lo cual, llamo la atención que se conserva el 25% de lo recaudado y lo probado es que se recaudaron \$12,000.000 así como el auto que fija costas, que sería lo que tiene validez, también concurre a señalar \$12,000.000 como o citó la Honorable Juez en el folio 38.

Pero, además, existiendo de por medio ese auto que fijó unas costas, el aquí demandante debió ejecutar civilmente esto, no en lo laboral, estamos incurriendo en un debido proceso. Además, creo que opera la prescripción ya que el recaudo se hizo el día de la escritura pública, no el día de la terminación del proceso. La escritura pública fue en octubre del 13 y esta fue notificada al demandado en octubre del año 2018, ya habían pasado mucho más de tres años y les recuerdo pues a las partes, que una de las excepciones fue pago parcial, otra fue prescripción de la acción.

Entonces solicito que, en alzada, el Tribunal se pronuncie también sobre estos efectos. Mil Gracias.”

con los intereses previstos en el artículo 1617 del C.C. Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado que atendiendo lo pactado en el contrato de prestación de servicios, los honorarios corresponden al 25% sobre lo recaudado en el trámite ejecutivo que el ahora demandante iniciaría en nombre del aquí demandado, encontrándose probado dentro de las diligencias que solo se logró recaudar la suma de \$12.000.000, siendo ese el valor sobre el que debían calcularse el porcentaje pactado como retribución por los servicios de abogado del actor, anotando, si bien se le entregó al demandante la suma de \$2.300.000, según lo acordado entre las partes, tal cifra cubriría el valor de los gastos del proceso.

Preliminarmente, y frente a los reparos formulados por el extremo pasivo que apuntan a establecer una falta de competencia para tramitar el asunto puesto en conocimiento de esta Corporación, es preciso indicar, tal cuestión fue definida en la audiencia inicial realizada el 10 de septiembre de 2019 (Cd folio 186, acta folio 189) por la juez *a quo*, decisión contra la cual no se formuló reparo alguno. Además de ello, y como a bien tuvo explicarlo la juzgadora de primer grado en su oportunidad, el conflicto originado en el reconocimiento y pago de honorarios por la prestación de servicios personales es una cuestión cuyo trámite y decisión es competencia de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, por disposición expresa del numeral 6 del artículo 2 del C.P.T y la S.S., que a la letra reza:

“ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> *La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:*

(...)

6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.”

Del mismo modo, es importante anotar, como lo que se persigue en autos es la declaratoria de un derecho que no tiene la connotación de ser claro, expreso y exigible, es el trámite ordinario la vía indicada para obtener el reconocimiento de este, de allí que el procedimiento impartido al proceso sea el legalmente previsto para tal fin.

En ese sentido, contrario a lo insinuado por el demandado, en el *examine* no se advierte la presencia de yerro alguno que conduzca a concluir que se contrarió el debido proceso, pues está claro, el trámite es el adecuado y es esta especialidad la competente para desatar el asunto.

También valga apuntar, terminado el mandato judicial, existe la posibilidad inmediata de reclamar los honorarios, bien sea a través de un proceso ordinario laboral o, a través del incidente de regulación de honorarios dentro de los 30 días siguientes, siendo el trámite del incidente facultativo para el profesional del derecho y se adelanta bajo las directrices del artículo 76 del CGP, por ende, este último no puede ser entendido como un requisito de procedibilidad.

En esa medida y en contraposición a lo expuesto por el encartado, era potestativo del actor la tramitación del incidente de regulación de honorarios ora incoar una demanda ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los mismos.

Precisado lo anterior, sea del caso señalar, no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales que unió a las partes, conclusión a la que arribó la juez de primer grado no controvertida en esta instancia y que se constata de la documental de folio 9.

Bajo tal entendido, la Sala abordará el estudio de los recursos de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

De tal manera, sostiene el profesional del derecho aquí demandante en su recurso de apelación que la cifra dispuesta por la juez de primer grado no se acompasa con la realidad del proceso ejecutivo que adelantó en nombre del aquí demandado por cuanto, el mismo finalizó por pago total de la obligación y por ende, en su sentir, ello no significa cosa distinta a que el ejecutante -ahora llamado a juicio- recibió el importe total de la liquidación que se encontraba en firme, siendo sobre dicho monto que deben liquidarse los honorarios, tal como se pidió en la demanda.

En tal sentido, advierte la Sala conforme las pruebas aportadas, el 2 de marzo de 2006, ALEXANDER HOYOS OSSA y JULIO CESAR ZÁRATE TORRENEGRA, suscribieron un contrato de prestación de servicios (folio 9), en el que el togado se comprometía a *“presentar demanda ejecutiva de mayor cuantía en IBAGUE (TOLIMA) contra los señores GUSTAVO ALVAREZ Y ALBA LUZ RUIZ, para la recuperación de la deuda contraída con la EMPRESA por valor de \$250.000.000.”*, recibiendo como contraprestación el 25% *“de lo recaudado”* (folio 9, cláusula segunda)³.

Conforme lo anterior, se puede entender sin mayores consideraciones que los honorarios que podía percibir el aquí demandante únicamente eran aquellos obtenidos por los valores efectivamente recaudados por la pasiva, como lo asentó la juez de primer grado.

En este orden ha de diferenciarse lo que se puede entender por suma reconocida y por suma pagada o efectivamente recibida, haciendo referencia la primera al hecho de aceptarse algo como legítimo, esto es, el derecho al cual se hizo acreedor el demandado y por suma pagada aquella que ingresó efectivamente al patrimonio de la persona.

De este modo, atendiendo la literalidad del clausulado en el que se dispuso que los honorarios se liquidaban sobre el valor recaudado, la Sala advierte que por las gestiones realizadas en el proceso, que no concluyeran en el recaudo de todo o parte de lo ejecutado, no se señaló pago alguno.

Tal interpretación se acomoda a lo estipulado en el artículo 27 del Código Civil en cuanto hace mención a que *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*, ello como quiera que el contrato es ley para las partes, aunado a que de ningún otro medio probatorio se advierte una intención diferente de los contratantes que dé lugar a otra interpretación, pues la estipulación referente al pago de los honorarios es

³ *“Segunda. Honorarios. - Se pactan a cuota litis, el 25% de lo recaudado a favor de LA EMPRESA. De igual manera la EMPRESA a la fecha del contrato suministrará la suma de \$2.300.000, oo, para gastos del proceso. De igual manera el valor de la póliza que fijará el juzgado para garantizar la medida cautelar.*

clara y precisa en este sentido (Artículo 1618 del C.C.)⁴ sin que se evidencie en la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios oscuridad o ambigüedad en su redacción.

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil señaló:

“Cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los Jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales.”
(Sentencia Julio 5/83 Gaceta 172 No. 2411 Pág. 112-129)

Es importante mencionar también, el pacto de honorarios por “cuota litis” conlleva una obligación de resultado⁵, como bien lo reconoció el demandante al absolver el interrogatorio de parte⁶, de lo cual se entiende, corresponde al ejercicio del mandato el cual no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatorio, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión encomendada.

Aquí debe referirse, para responder a las advertencias hechas por el apoderado del extremo pasivo, que como quiera que existía un acuerdo de voluntades frente a la retribución de los servicios del abogado actor, innecesario resultaba acudir a un cuerpo colegiado o perito que determinara el valor de los mimos pues dada la claridad de tal pacto no se requería tasar los honorarios a través de otros medios.

Aclarado ello, se tiene que el porcentaje de honorarios pactado en el citado contrato fue del 25% del valor recaudado en el proceso ejecutivo que promoviera el demandante en nombre de ALEXANDER HOYOS contra GUSTAVO ALVAREZ y ALBA LUZ RUIZ, por lo que para establecer la cuantía de los honorarios que deben ordenarse al actor, imprescindible resulta constatar cuánto fue el valor efectivamente recaudado.

⁴ ARTICULO 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCION. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

⁵ Sobre la materia puede consultarse la sentencia SL1817-2020.

⁶ Cd folio 190, récord 56:54.

Así las cosas, conforme la documental incorporada al expediente, se tiene que el proceso ejecutivo se tramitó bajo el radicado 73001-31-03-005-2005-00288-00 ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima (folios 11 a 157), dentro del cual se libró mandamiento de pago a favor del ejecutante (hoy demandado) por la suma de \$250.000.000 por concepto de capital contenido en un título valor, más los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida desde el 2 de diciembre de 2003 hasta la fecha en que se efectuara el pago (folio 16).

De igual forma se tiene que en proveído del 26 de marzo de 2007 (folios 45 a 49) ese Despacho dispuso seguir adelante con la ejecución en los mismos términos del mandamiento de pago por lo que requirió a las partes para presentar la liquidación de crédito respectiva y en auto del 17 de mayo de 2013 (folio 59) la aprobó en cuantía de \$624.750.625.

En providencia del 8 de septiembre de 2016, el juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, en atención a la solicitud hecha de consuno por las partes, ordenó “*la terminación del proceso Ejecutivo Singular de Alexander Hoyos Ossa contra Alba Luz Ruiz Parra y Gustavo Álvarez, por pago total de la obligación*” disponiendo, en consecuencia, el levantamiento de las medidas cautelaras vigentes contra los demandados (folio 73).

La petición de las partes del ejecutivo, radicada el 14 de julio de 2016, suscrita directamente por las personas naturales y el apoderado de la ejecutada, fue en los siguientes términos (folios 70 y 71):

“ALEXANDER HOYOS SOSA Y ALBA LUZ RUIZ PARRA, demandante y demandada, respectivamente dentro del proceso de la referencia, de las condiciones civiles manifestadas en la demanda de la referencia, ante la determinación de las partes de extinguir la obligación preexistente, base del proceso de la referencia, de consuno, mediante el presente documento respetuosamente solicitamos a su despacho:

PETICIONES.

- 1. Sírvase aceptar la solicitud de terminación definitiva del proceso de la referencia, por CANCELACIÓN total de la obligación.*
- 2. En consecuencia de este hecho, por encontrarnos las partes totalmente a paz y salvo solicitamos de común acuerdo, se dé por terminado el presente proceso. (...)*

Según se indica en la demanda, esa petición fue realizada por el ejecutante sin consultarle al abogado actor (hecho 21, folio 4).

Es por virtud de la última providencia que el demandante considera debe inferirse que el demandado ALEXANDER HOYOS OSSA, recibió el total del importe ejecutado, el cual, según su dicho, para marzo de 2016 ascendía a \$1.140.075.625 (folio 4, hecho 22). No obstante, ni del auto impartido por el Juzgado, ni de la solicitud elevada por las partes del proceso ejecutivo, es posible establecer, como lo sugiere el extremo demandante, que lo recibido por el encartado fue la suma indicada en el libelo introductor, no habiéndose desplegado actividad probatoria alguna dentro de la presente litis, tendiente a acreditar que ese, y no otro, fue el valor recibido como consecuencia del trámite que en nombre del demandado promovió el hoy actor.

En este caso no es posible suponer la cifra recaudada por el demandado pues si bien para el juzgado civil bastó la afirmación hecha por las partes para acceder a la petición de terminación del proceso ejecutivo por “*pago total de la obligación*” - cuya liquidación en firme, en todo caso, ascendía a \$624.750.625 y no a más de mil millones-, es claro que entratándose de los honorarios profesionales y estando ellos supeditados al recaudo, o lo que es igual, a lo efectivamente recibido, indispensable resulta determinar con exactitud su monto, y lo que se encuentra probado en el *examine* es que la solicitud realizada al Juzgado de Ibagué por ejecutante y ejecutada, tuvo su génesis en un acuerdo de dación en pago realizado por estos mediante Escritura Pública No. 2.504 del 30 de octubre de 2015 (folios 207 a 220) de la Notaría Segunda de Yopal, en la que el aquí demandado dijo recibir la suma de \$12.000.000. El acuerdo que se consignó en ese instrumento, fue en los siguientes términos:

“PRIMERO.- ANTECEDENTES: LA DEUDORA -ALBA LUZ RUIZ PARRA- por intermedio de su apoderado manifiesta que debe a EL ACREEDOR -ALEXANDER HOYOS OSSA (sic)- la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000) MONEDA CORRIENTE, obligación ésta que está contenida en el título valor, base de la demanda instaurada ante el Juzgado de Ibagué (Tolima) por concepto de capital, intereses, honorarios ocasionados en la gestión de cobro judicial, gastos, etc. Proceso radicado bajo el número 2006-2462 (sic)

SEGUNDO.- ILIQUIDEZ: Que en razón a diversas circunstancias de orden económico, LA DEUDORA se encuentra imposibilitada para cancelar o cubrir la suma que adeuda en dinero en efectivo.

TERCERA.- DACIÓN EN PAGO: *Que como consecuencia de todo lo dicho anteriormente, en ejercicio de la libre determinación, y de lo preceptuado por el artículo 1521 numeral 3° del Código Civil Colombiano, LA DEUDORA ha determinado transferir a título de DACIÓN EN PAGO a favor del ACREEDOR quien la autoriza para que sea escriturado a favor de PEDRO RAMÓN PARADA ROJAS, el siguiente bien inmueble (...)*

CUARTA.- VALOR: *Que para efecto del presente acto se estima el valor del inmueble dado en dación por LA DEUDORA en la suma de DOCE MILLONES DDE PESOS (\$12.000.000) MONEDA CORRIENTE, quedando en consecuencia extinguida la deuda de forma definitiva.*

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO: *Las partes intervinientes en el presente contrato, ACREEDOR y DEUDORA, suscribirán de consuno, memorial de terminación del prenombrado proceso radicado bajo el número 2006-2462, anotación número 3 del tres (3) de abril de dos mil seis (2006) del certificado de tradición y libertad con matrícula inmobiliaria número 470-63188, copia auténtica del citado memorial de terminación del proceso señalado, hará parte integral de la presente escritura pública”*

El inmueble entregado como dación en pago, al que se refiere la escritura pública citada, fue embargado a órdenes del Juzgado Quinto Civil de Ibagué en virtud de la medida cautelar decretada dentro del proceso ejecutivo 2005-288 en el que el demandante fungió como apoderado de Alexander Hoyos (folio 83, auto decreta embargo y folio 113, se registra anotación No.3) y aunque el número de radicado consignado dentro del instrumento público no coincide con el del proceso judicial, lo cierto es que ese número (2006-2462) corresponde a la radicación asignada por la oficina de instrumentos públicos al radicar el oficio que le comunicaba a esa entidad la inscripción de la medida en el folio de matrícula respectivo, según se observa a folio 107⁷.

En ese orden de ideas, y aunque la obligación que se ejecutaba a favor del ahora llamado a juicio, era muy superior al valor recibido por el encartado, ello no significa entonces que los honorarios del profesional deban ser liquidados conforme a las cifras que motivaron el proceso o respecto del cual se aprobó el crédito, pues se insiste, en los precisos términos de lo acordado en el contrato de prestación de servicios, la retribución del togado estaba supeditada a lo recaudado, y las pruebas recopiladas y analizadas en integridad, permiten establecer que el recaudo fue solo de \$12.000.000, siendo este el monto al que debe aplicarse el 25%, lo que arroja un valor a pagar al abogado de \$3.000.000 como lo estableció la juez de primer grado.

⁷ Ese documento hace parte del expediente del proceso ejecutivo. No fue aportado con la escritura pública.

En el contexto analizado, y pese a que se recibió un inmueble como dación en pago, no es posible tener en cuenta el avalúo de dicho bien, como lo petitiona el convocante de la litis, pues además de que este no reposa en las diligencias, la voluntad de las partes celebrantes de ese negocio jurídico (dación en pago) fue recibirlo por la suma de \$12.000.000.

Con relación a los \$2.300.000 que fueron entregados al profesional del derecho a la suscripción del contrato y que el demandando pide se imputen como pago a los honorarios, baste con indicar que en el contrato se dejó claramente establecido que dicha suma sería con el fin de cubrir los gastos del proceso (cláusula 2, folio 9), no como contraprestación de los servicios prestados por el demandante, de allí que no puedan ser compensados respecto de la cifra calculada como honorarios.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción, valga advertir, entratándose del reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cuando estos se hayan pactado condicionados a las resultas positivas de un proceso, dicha obligación condicionada, hace que, solo cuando se cumpla tal condición futura e incierta, nazca y se haga exigible la obligación para el titular de la prestación a fin de poder reclamar dichos honorarios; por ende, será sólo a partir de ahí cuando comience a contabilizarse la prescripción trienal contemplada por los artículos 2542 del CC, 488 del CST y 151 del CPTSS.

En ese orden, como quiera que el recaudo se materializó el 30 de octubre de 2015, con la suscripción de la Escritura Pública 2504 (folios 207 a 220), a partir de allí debía contabilizarse el término trienal, siendo incoada la presente demanda el 7 de diciembre de 2017, según se advierte del acta de reparto que milita a folio 158, siendo claro que en el asunto no operó el fenómeno prescriptivo.

Acorde a las consideraciones que anteceden, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación presentados por ambas partes, y dado que se arriba a las mismas conclusiones halladas por el Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FRANCY DEL PILAR
LOZANO RAMÍREZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y
PROTECCIÓN S.A. (RAD. 26 2019 00091 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 186 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones y de la demandante (fls. 183 a 186, 197 y 198), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de

septiembre del 2020 (Cd a folio 166, record: 29:46, acta a folio 167), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado efectuado por la demandante FRANCY DEL PILAR LOZANO RAMIREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de mayo de 1994 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a que remita los aportes realizados por la demandante FRANCY DEL PILAR LOZANO RAMIREZ sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración incluyendo los rendimientos financieros; Transferencia que debe ser efectuada a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Protección, fijándose como agencias en derecho la suma de \$300 000.”

Inconforme con la decisión la apoderada de Protección S.A. presenta apelación en lo relacionado a la no autorización de descuentos por gastos de administración en el traslado de dineros que debe efectuarse a Colpensiones, teniendo en cuenta que no existe un soporte legal ni jurisprudencial para ordenar dicha condena, pues el artículo 1746 del Código Civil es claro en establecer que las restituciones mutuas se entienden surtidas con el traslado de los aportes. Señala que la vinculación inicial no fue con dicha AFP y por ende no se probaron las manifestaciones expuestas en su contra por la parte actora.

Por otro afirma que si bien es cierto la corte suprema de justicia ha ordenado la devolución de los gastos, tales sentencias han tenido supuestos de hechos diferentes a los que ahora nos ocupa pues se han otorgado principalmente en aquellos eventos en que ha habido cercenamiento o afectación de la expectativa legítima del derecho pensional del respectivo afiliado, situación que no se verifica en el presente caso, pues la demandante se afilio de forma libre y voluntaria con su representada en el año 2001. (Cd. 166, record: 30:44)¹

¹ “Comedidamente me permito de presentar recurso de apelación contra la condena impuesta a mi representada en sede de primera instancia lo relacionado a la no autorización de descuentos por gastos de administración del traslado de dineros que debe efectuarse por parte de Protección a Colpensiones, lo anterior teniendo en cuenta que no existe un soporte legal para ordenar dicha condena, teniendo en cuenta

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora FRANCY DEL PILAR LOZANO RAMÍREZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 49, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 47 a 49, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene a Protección S.A. transferir a Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así mismo se ordene a Colpensiones recibir todos los valores y a aceptar su afiliación. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, quedando válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, tras considerar que Colfondos no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad del actor estuvo viciada por falta de ilustración, ordenando a Protección S.A. actual administradora de la demandante, transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes de la demandante junto con los

que el artículo 1746 del Código Civil es claro en establecer que las restituciones mutuas se entienden surtidas con el traslado de los aportes correspondientes para el presente caso incluyendo los rendimientos que realmente terminan siendo el resarcimiento por esa nulidad que se declara en el presente caso, más aun si se tiene en cuenta que en el presente caso la demanda no tiene nada que ver con mi representada por cuanto además que técnicamente se incluyeran afirmaciones que no fueron probadas por la parte actora tales como que la afiliación inicial fue con Protección y en tal sentido ordena, solicita la declaratoria correspondiente , tampoco existe un soporte jurisprudencial para ordenar el no descuento de esos gastos de administración pues si bien es cierto la corte suprema de justicia en sentencias expedidas ha ordenado los mismos, los anteriores han tenido supuestos de hechos diferentes a los que ahora nos ocupa y si en dado principalmente en aquellos hechos que ha habido cercenamiento o afectación de la expectativa legítima del derecho pensional del respectivo afiliado, situación que no se verifica en el presente caso, pues la demandante se afilio forma libre y voluntaria mi representada en el año 2001 ostentando un cargo como se quedó acreditado en el formulario de afiliación allegado a mi expediente de gerente financiera lo cual de entrada invalida cualquier aplicación de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en tal sentido

En este orden de ideas solicito a los Honorables Magistrados revocar en el aparte objeto del presente recurso lo correspondiente, Muchísimas gracias.”

rendimientos causados y sin que haya lugar a descuentos por concepto de cuotas de administración.

Pues bien, para resolver la controversia, y atendiendo los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 a 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 67 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 19 de marzo de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado a Colpensiones mediante misiva del 29 de diciembre del 2017 (fls. 64 y 65), cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 74,29 semanas de cotización (fl. 159) equivalentes a 1 año, 5 meses y 10 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de mayo de 1994 (fl. 139), específicamente, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP, **precisándose** en este punto en autos aunque COLFONDOS desconoce en la contestación de la demanda el acto de afiliación (fls. 109 a 114), resulta que 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; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el

régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada CONFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (15 de mayo de 1994, fl. 139), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (Historial de Vinculaciones fl. 139), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴.

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

De igual forma y para resolver la apelación de PROTECCIÓN en este punto conviene precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la accionante vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa

⁴ “(...) 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 (...)”.

de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 87⁵), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de

⁵ Por auto del 19 de agosto del 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 165)

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

SIN COSTAS en esta instancia.

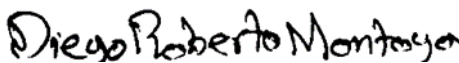
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

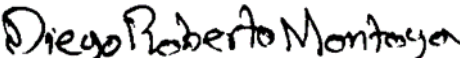
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA CARMONA LÓPEZ CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2019 00583 01).

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Doctor JUAN SEBASTIAN VELANDIA PARRAGA, identificado con C.C. No. 1.018.456.181 y titular de la T.P. No. 333.518 del C.S de la J., en calidad de apoderado de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS, conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., obrante a folio 384.

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 369 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante, Colpensiones, Old Mutual y Porvenir (fls.362 a 364, 366 a 369, 380, 381 y 391) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de junio de 2020 (Cd a folio 300, record: 1:15:16, acta a folios 301 y 302), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas Colpensiones, Protección, Old mutual y Porvenir de todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias formuladas por MARTA LUCIA CARMONA LOPEZ conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante y a favor de las demandadas fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

TERCERO: En caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo si bien la sentencia de primera instancia se centra en indicar que la demandante conocía exactamente las diferencias entre el RAIS y el RPM y que dicha información fue suministrada de manera sucesiva a través de los traslados que realizó entre las AFP hoy en día Protección, Porvenir y Old mutual, indica en los dichos interrogatorios lo único que se le indagó fue si conocía sobre bono pensional y ni siquiera profundizó si conocía realmente lo que era un bono pensional, precisando con las declaraciones de la accionante solamente se logró evidenciar que conoce sobre los rendimientos financieros que los ofrecen en el RAIS pero no sabía que los aportes que se realizan en el RPM también tienen un incremento basado en el IPC, además de ello señala:

-No se le indagó si conocía cuales eran las condiciones para pensionarse en el RPM, ni en el momento de su traslado y ni siquiera si los conoce desde ahora.

-No se le informó sobre la incidencia de su grupo familiar en el cálculo de su mesada pensional.

-No se le informó si se podía pensionar de manera anticipada y ni siquiera se le indagó por parte del despacho si conocía sobre estos aspectos, pues la decisión se basó única y exclusivamente en que conocía sobre los rendimientos financieros del RAIS.

Expresa que para el momento en que la demandante firmó el último traslado ya estaba vigente la obligación de asesoría, donde se le debía por lo menos informar que podía haber retornado al RPM antes de cumplir la fecha límite de edad en el año 2012 y tenían el deber del buen consejo equivalente a evitar o informarle al afiliado sobre su permanencia en el RAIS, razones por las cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia. (Cd. fol. 300, record: 1:15:52)¹

¹ “Gracias su señoría siendo esta la oportunidad pertinente me permito de interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia que usted acaba de proferir teniendo en cuenta que se basó en lo siguiente:

Por lo anterior le ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial sala laboral que tenga en cuenta que la sentencia de primera instancia se centra en las diferencias en que mi poderdante conocía exactamente las diferencias entre el RAIS y el RPM y que dicha información fue suministrada de manera sucesiva a través de los traslados que realizo entre las AFP hoy en día Protección, Porvenir y Old mutual de los cuales en los dichos interrogatorios lo único que se le indago fue si conocía sobre bono pensional y ni siquiera profundizar si conocía realmente lo que era un bono pensional, sino simplemente si conocía lo que contiene o lo que significa un bono pensional por un documento que radica en Porvenir que realmente como se puede evidenciar así mismo en el expediente está acompañado de una corrección de historia laboral, es decir lo que mi mandante pretendía con ese documento era que se le actualizara su historia laboral porque a esa fecha no se encontraba y por eso esa documental está acompañada de un formato de corrección de historia laboral.

En segunda medida se dice que sabe todas las diferencias entre RAIS Y RPM porque conoce los rendimientos financieros, debemos partir que de entrada los asesores que le informaron esto y que le dijeron que en el RPM no se daban rendimientos también incluyeron o callaron una información porque en el RPM si se conceden unos rendimientos que si bien no son iguales a los que otorga el RAIS los aportes que se realizan en RPM se actualizan con el IPC año a año; es decir que no es tan cierto que en el RPM no se incrementen los aportes realizados por los afiliados. Así mismo en el momento de que una persona traslada del RPM al RAIS no solamente se trasladan los aportes sino que se tiene que pagar un bono pensional que trae consigo un cálculo matemático que incrementa también de manera significativa lo que serían los aportes que tendría los afiliados del RPM. En ese sentido en sentencia 1452 del 2019 con Magistrado ponente Clara Cecilia Dueñas entra a hacer una distinción en las diferentes etapas de lo que es el deber de información a cargo de los fondos de pensiones en dicha sentencia se aclara o se empieza a desglosar que desde incluso antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 el deber de información o el derecho de información que tienen los afiliados estaba vigente. Así mismo en dicha sentencia se establece que desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera elegir dentro de las distintas opciones en el mercado, aquellas que mejor se ajustara a sus intereses que en este caso el interés de mi representada era tener una mejor mesada pensional y que era un interés que lo dejo claro y que por esa razón realizo tantos traslados. En esa misma sentencia la corte dice:

“no se trata 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 pudiere traer en el futuro la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirar a los principios de prevalencia del interés general, transparente y buena fe de quien presenta un servicio público, por lo tanto la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre ,pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad correlativamente imponía un deber de servicio público acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales afiliados 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 de escoger las mejores opciones del mercado. Ahora bien la información necesaria a la que alude el estatuto orgánico del sistema financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones por lo tanto implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes así como las consecuencias jurídicas del traslado, por su parte la transparencia es una norma de dialogo que le impone a la administradora a través de su promotor de servicios o asesor comercial dar a conocer al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible los elementos definitorios y condicionales del RAIS y el RPM, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios, en otros términos la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 64 y 64 vto las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 64 vto a 65 vto

transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo medio”

En este caso solamente se logró evidenciar que mi cliente conoce sobre los rendimientos financieros que los ofrecen en el RAIS pero no sabía que los aportes que se realizan en el RPM también tienen un incremento basado en el IPC.

Segundo no se le indago a mi cliente si conocía cuales eran las condiciones para pensionarse en el RPM, ni siquiera en el momento de su traslado y ni siquiera si los conoce desde ahora.

Tercero no se le informo sobre la incidencia o no se logró evidenciar en este proceso que mi cliente supiera sobre la incidencia de su grupo familiar en el cálculo de su mesada pensional.

Cuarto no se le informo tampoco a mi cliente sobre a qué fecha si se podía pensionar de manera anticipada o no ni siquiera se le indago por parte del despacho si mi cliente conocía sobre estos aspectos aquí la decisión se basó única y exclusivamente en que mi cliente conocía los rendimientos financieros del RAIS si los tenía pero que el RPM no los tenía lo cual no es de todo cierto.

Entonces ruego a los honorables Magistrados que se revoque la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre del 2017 magistrado ponente Gerardo Botero Zuluaga fijo unas reglas para abordar estos casos de la siguiente manera *“Existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que la insuficiencia de la información genere relaciones injustificadas en el derecho pensional hacia el afiliado impidiéndoles su acceso al derecho”* En este caso puntualmente también es importante señalar que dicho perjuicio no solamente se está dado porque en el RPM tenga una mesada de \$7.000.000 y que en el RAIS tenga una mesada de \$2.200.000, sino que a mi cliente con dicho actuar de las demandadas en el presente proceso se le causo un daño el cual se puede considerar como el daño de pérdida de oportunidad el cual hoy en día tenemos certeza respecto de que si existía una oportunidad en el año 2012 de mi cliente para retornar al RPM que pese a su última afiliación fue en el año 2010 con Porvenir, este no le informo que tenía la posibilidad de regresar al RPM antes del año 2012 y haberle informado cual eran los aspectos que debía tener en cuenta: si incrementaba el salario, si disminuía el salario, si deja de cotizar, cuantas semanas se tenía que tener. Eso no se le indico al momento del traslado se puede evidenciar a folio 254 del expediente el último traslado se realiza y pese a que no existe ningún formulario de afiliación en el expediente que no fue entregado por Porvenir, el último traslado que registra mi cliente es del 26 de marzo del 2010 en el que mi poderdante se traslada de Horizonte a Porvenir y que al momento ya estaba vigente el decreto 2241 del 2010 en el cual se reglamentó la ley 1328 del 2009 en la cual en su artículo tercero puntualizo que *“Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, la información cierta es la que el afiliado conoce las características legales del régimen es decir todo lo que exige hoy en día a las AFPs hasta antes de esa fecha”*.

Pero adicional a eso trae consigo los que es emplear la debida diligencia en ofrecimiento de sus productos y así mismo el deber de asesoría y deber de buen consejo es decir en ese momento en que mi poderdante firma el último traslado ya estaba vigente esta obligación de asesoría en que se le debía por lo menos informar a mi cliente que podía haber retornado al RPM antes de cumplir la fecha límite de edad en el año 2012 lo cual no evidencio y como lo he dicho tenían el deber del buen consejo en el que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha dicho que este equivale a evitar o informarle al afiliado a desmotivarlo de que permanezca en el RAIS.

Entonces en este caso y teniendo en cuenta el perjuicio que se le realizo a mi cliente por pérdida de oportunidad solicito que se revoque la a sentencia de primera y se concedan las pretensiones de la demanda.”

aspirando de manera principal que se declare la nulidad de la afiliación suscrita, en consecuencia se ordene a Porvenir (actual administradora de fondos) el traslado a Colpensiones de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad y a Colpensiones aceptar dicho traslado, costas procesales y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. En subsidio solicitó en caso de no prosperar la nulidad, se condene a Colpensiones a pagar una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubiere recibido en Colpensiones. **Obteniendo sentencia desfavorable**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, tras considerar que la actor si recibió asesoría tanto al momento de la afiliación como con posterioridad, ya que según los dichos de la demandante, Protección antes Colmena le indicó sobre los rendimientos en el RAIS lo que le llamó la atención, como también expreso conocer sobre el ahorro heredable, todas estas características del RAIS, aunado a que también hizo aportes voluntarios, absolviendo igualmente de la pretensión subsidiaria al ser improcedente la orden de reconocer en el RAIS la misma mesada pensional que le hubiese podido corresponder en el RPM por tratarse de regímenes independientes con normativa propia.

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

Así las cosas, a folio 15 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de octubre de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, solicitando el

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”.

traslado de régimen a Colpensiones el 2 de agosto del 2018 (ver fls. 20 y 21), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con tan solo 417,71 semanas de cotización (fl. 257) equivalentes a 8 años, 1 mes y 14 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, conforme se extrae de la lectura de las pretensiones (fol. 64) pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 19 de diciembre de 1995 (fls. 254 y 288) fecha de afiliación a Colmena hoy Protección (*acepta afiliación rta hecho 6 fls. 64 vto y 279*), y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes

les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la promotora del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar

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.

el suministro de información a la señora MARTHA LUCIA CARMONA LOPEZ **en los términos aquí referidos**, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, precisando en este punto, no comparte la Sala la conclusión de la juez *a quo*, pues según el interrogatorio de parte⁴ si bien la actora afirmó haber recibido una asesoría que duró 15 minutos lo cierto es que en tal lapso no obtuvo la información necesaria por parte del asesor comercial que le diera cuenta de los beneficios, perjuicios del traslado e incluso aspectos que permitan diferenciar las características de ambos regímenes, ya que tan solo afirmó la demandante que uno de los principales argumentos del asesor para efectuar el traslado de régimen era que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS se podían obtener mayores rendimientos que podían incrementar su mesada pensional, sin embargo la accionante fue muy clara al señalar que no se le hizo un cálculo ni se le dio una cifra concreta de valor de su mesada comparada con la del RPM.

A más de lo anterior, se advierte la documental obrante a folio 266, relacionada con el trámite del bono pensional, no prueba de forma alguna una asesoría o suministro de información pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, **debe ser suministrada al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con la misiva en comento pues basta con señalar que la misma data del 17 de enero del 2001 y el traslado de régimen mediante la afiliación a Protección se dio el 19 de diciembre de 1995 (fl. 288).

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 (fol. 288), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no

⁴ Cd fol. 300 record: 17:26

fueron acreditados por dicha demandada (Sentencia SL12136 del 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (19 de diciembre de 1995, fol. 288), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, precisando en este punto, como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la filiación o cambio al régimen de ahorro individual, es procedente la devolución de las cuotas de administración, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal.

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

De igual forma, es menester precisar el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (fl. 254 Historial de Vinculaciones - SIAF), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵.

⁵ “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...)”.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORRVENIR (fondo en el que se encuentra afiliada la actora fls. 254, 258 a 265), trasladar las sumas que se encuentren en la cuenta ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fls. 186, 221, 246 y 285) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada entonces la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada AFP PORVENIR, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y tenga como afiliada a la actora.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada Protección.

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

⁶ Se dio por contestada la demanda por parte de las demandadas el 24 de abril del 2019 (fl. 293).

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por la señora MARTHA LUCIA CARMONA LÓPEZ el 19 de diciembre de 1995 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá como válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

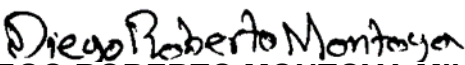
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** recibir los saldos trasladados de la AFP PORVENIR, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA MERCEDES QUINTERO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 27 2019 00227 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones y la demandante (fls. 114 y 120), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de septiembre del 2020 (Cd. fl. 106, record: 20:29 acta a folio 108), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora MARIA MERCEDES QUINTERO en la suma de \$928.791 a partir del 01 de noviembre de 2012, la cual deberá reajustarse anualmente con los incrementos de ley conforme en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a la señora MARIA MERCEDES QUINTERO la suma de \$12.925.985 que corresponde al valor de las diferencias causadas entre el 07 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2020, así como el pago de las diferencias que se causen con posterioridad hasta cuando las mismas sean incluidas en nómina conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a indexar el valor de cada diferencia en la mesada pensional debida a la señora MARIA MERCEDES QUINTERO desde cuando cada una se hizo exigible hasta cuando el pago de la obligación se efectuó conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del cobro de intereses moratorios, parcialmente probada la de prescripción y no probada las de inexistencia de la obligación y del derecho y cobro de lo no debido por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la demandada al pago a las costas del proceso en la suma de 2 000 000 de pesos como agencias en derecho”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo cualquier pronunciamiento distinto al establecido en la SU 764 del 2014, resulta ser contrario a derecho, indicando la jurisdicción ordinaria laboral está sometida al precedente judicial de la honorable Corte sin que se puedan olvidar las sentencias anteriores a la tenida en cuenta en este asunto, como la SL 317 del 2019 en la que se indicó no ser viable contabilizar tiempos públicos y privados para aplicar el Acuerdo 049 de 1990, manifestando la sentencia con radicado interno 70918 no pudo ser tenida en cuenta porque desconoce lo pronunciado por parte de la corte constitucional quien había mencionado que este tipo de reconocimientos excepcionales de computo de semanas públicas y privadas solamente se hace respecto de personas que no tienen derecho al reconocimiento pensional, razones por las cuales solicita al Tribunal mantenga la posición dada anteriormente por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y adicional de aplicación al estricto entendimiento que dio la Corte Constitucional en sentencia SU 769 del 2004. (Cd. fl. 107 record: 22:22)¹

¹ “Su señoría no estando de acuerdo con la anterior decisión tomada por el despacho me permito interponer el recurso de apelación contra la anterior decisión teniendo en cuenta lo siguiente:

La demandante solicito que se tuvieran en cuenta tiempos laborados en entidades públicas de conformidad con lo establecido en la sentencia SU 764 del 2014 de la Honorable Corte Constitucional máximo interpretador de la ley y de la constitución hay que tener en cuenta que cualquier otro pronunciamiento distinto a este puede ser contrario a derecho en el caso preciso detener y resaltar que la jurisdicción ordinaria laboral está sometida al precedente judicial de la honorable Corte. Debe tener presente que también no es de olvidar que la corte suprema de justicia también había señalado en sentencias anteriores tales como: SL 317 del 2019 en la cual reiteraba en distintas ocasiones su postura “Puestas así las cosas la sala debe comenzar por advertir que el razonamiento desglosado por el Tribunal en su examen es correcto, por tanto no contiene yerro jurídico alguno que amerite quebrantar la sentencia impugnada puesto que esta cooperación tiempo atrás ha establecido que así se pretende acceder a una pretensión pensional de conformidad con los reglamentos del ISS esto es el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad no es dable a contabilizar los tiempos del servicio como empleados públicos con las semanas cotizadas al ISS para alcanzar el requisito de tiempo y semanas de cotización ello bajo el entendido que ninguna parte del reglamento de la entidad aquí accionada contempla dicha alternativa”

Conforme a lo anterior es evidente que no es posible acceder a estas pretensiones incoadas por el demandante, en cuanto no es posible ni dable la acumulación de tiempos públicos y privados como se había solicitado y como se accedió dentro de la sentencia de primera instancia, es entonces de recordar que el tipo de jurisprudencia para poderla llamar de reiterada o que siente base tiene que ser reiterada mínimo tres veces, lo cual más allá del pronunciamiento que acaba de tener la Corte Suprema de Justicia Sala laboral con la sentencia radicado interno 70918 no pudo ser tenido en cuenta porque también desconoce y toma y hace aparte lo pronunciado por parte de la corte constitucional quien había mencionado que este tipo de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA MERCEDES QUINTERO las pretensiones consignadas a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 y 5, pretendiendo de manera principal se declare es beneficiaria del régimen de transición y por ende tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia se condene a Colpensiones a reliquidar su pensión de vejez aplicando lo dispuesto en dicha normativa, junto con el retroactivo que se cause por las diferencias de mesadas entre la reconocida y la reliquidada, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se ordenó la reliquidación teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, disponiendo la liquidación con el IBL de los últimos 10 años cotizados y con una tasa de reemplazo del 90% al tener más de 1250 semanas aportadas, señalando la a quo la viabilidad de sumar tiempos públicos y privados ante la nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, obteniendo como valor de mesada para el año 2012 la suma de \$928.791, no obstante condenó al pago de las diferencias de mesadas únicamente a partir del 7 de junio del 2014 dada la declaratoria parcial de la excepción de prescripción en suma de \$12.925.985 hasta el 31 de agosto del 2020, sin perjuicio de las que se siguieran causando, absolviendo de los intereses moratorios y ordenando el pago indexado de las sumas adeudadas.**

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionada de la actora, conforme se acreditó con la copia de la resolución GNR 363746 del 20 de diciembre del 2013 (fol. 40 a 50), con la cual se reconoció el derecho pensional a partir de 1° de enero de 2014, a la luz de lo dispuesto en la

reconocimientos excepcionales de computo de semanas públicas y privadas solamente hace respecto a las personas que no tienen derecho al reconocimiento pensional, es por lo cual solicito muy amablemente al despacho del Tribunal mantenga la posición dada anteriormente por la sala laboral de la corte suprema de justicia y adicional de aplicación al estricto entendimiento que dio la corte constitucional en su sentencia SU 769 del 2004. De la anterior forma quedan expuestos mis alegatos para la apelación, muchas gracias”

Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta un total de 1935, semanas de cotización, y un monto de IBL de \$1.057.017, al que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 79.60%, resultado como primera mesada pensional la suma de \$841.386. Posteriormente la accionada a través del acto administrativo GNR 354887 del 10 de noviembre del 2015 (fls. 52 y 53) concedió la pensión a partir del 1° de noviembre del 2012 en valor de \$821.345, en cumplimiento de un fallo judicial -tal como se narra en dicha resolución-, proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito y modificado por esta Corporación con ponencia de la H. Magistrada Dra. Ángela Lucia Murillo Barón.

Teniendo en cuenta que además del recurso de apelación el presente proceso se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se revisaran además de los puntos objeto de apelación, las condenas impuestas a la encartada; en ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y si en ocasión de ello hay lugar a que el reconocimiento de su pensión se haga conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, reliquidando la mesada pensional antes concedida, teniendo en cuenta para su cálculo una tasa de reemplazo de 90%, de igual forma se verificará la procedencia de la indexación de las sumas que pudieren llegar a ser adeudadas.

Conforme a lo anterior, no se discute en esta instancia que durante la vida laboral la demandante realizó cotizaciones, en número total de **1966,14 semanas** tal como se consigna en la historia laboral aportada por Colpensiones a folios 82 a 90; advirtiéndose conforme se registra en dicho reporte (fl. 84) la actora cuenta con 990.14 semanas no cotizadas al ISS y laboradas en el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO y con 976.43 semanas de cotización al ISS ahora Colpensiones.

En este orden de ideas, como quiera que lo pretendido es la reliquidación de la mesada pensional aplicando la *a quo* una tasa de reemplazo de 90% contenida en el Acuerdo 049 de 1990, debe precisarse si bien la Sala mayoritaria había mantenido su posición en cuanto a la imposibilidad de acumular tiempo de servicio público al tiempo de semanas de cotización exclusivas al ISS, de acuerdo a lo expuesto entre otras en sentencias de Casación Laboral como las de radicación 41672 del 19 de octubre de 2011, SL 17894 del 31 de octubre del 2017 y SL 18729 del 8 de noviembre del 2017, tal criterio fue revaluado por esa H. Corte en

sentencia SL1947 del 1° de julio del 2020 radicado 70918², señalando que para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía

² “2. *Sumatoria de tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS en el marco del Acuerdo 049 de 1990*

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa. En la sentencia CSJ SL032-2018, la Sala indicó:

En la sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte sostuvo:

“Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la L. 100/1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la L. 71/1988, según el criterio expuesto en sentencia CSJ SL4457-2014.

Por otra parte, en punto a la posibilidad prevista en el parágrafo del art. 36 de la L. 100/1993 de acumular semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social con tiempos laborados en el sector oficial, esta Sala de Casación reiteradamente ha precisado que dicha disposición hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191 y CSJ SL4461-2014, en torno a las dos temáticas propuestas por el recurrente esta Corporación puntualizó:

El parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

‘Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio’.

“Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado parágrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a “la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo” y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL16104-2014, CSJ SL9088-2015, CSJ SL9351- 2016, CSJ SL12701-2016, CSJ SL11447-2016, CSJ SL13153- 2016, CSJ SL8439-2016,

CSJ SL18427-2016, CSJ SL11256-2016, CSJ SL1073- 2017, CSJ SL4271-2017 y, más recientemente, en los fallos CSL SL5514-2018, CSJ SL4541-2018, CSJ SL5614-2019, CSJ SL5580-2019, CSJ5113-2019, CSJ SL4753-2019, CSJ SL4740-2019, CSJ SL4739-2019, CSJ SL3266-2019, CSJ SL2415-2019 y CSJ SL507-2020.

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de

del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de computar las semanas para dicho tipo de prestaciones

transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.

Por último, la Sala considera oportuno referirse al razonamiento del Tribunal, según el cual la sumatoria de tiempos referida crea un trato privilegiado o desigual entre quienes (i) se pensionaron en plena vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y (ii) aquellos que pueden lograrlo en virtud de ser beneficiarios del régimen de transición bajo la acumulación de tiempos públicos y privados con y sin cotización.

Al respecto, es preciso señalar que tal argumento no configura un criterio válido de comparación (patrón de igualdad o tertium comparationis), dado que las personas que se pretenden asimilar no están en la misma situación fáctica. Nótese que el primer grupo aludido obtuvo la protección del entonces vigente sistema de pensiones, mientras que los segundos pretenden acceder a un derecho pensional bajo un nuevo marco legal y constitucional.

En todo caso, es importante destacar que la Ley 100 de 1993 pretendió superar las deficiencias del anterior sistema pensional caracterizado por la baja cobertura, la fragmentación o multiplicidad de regímenes y la inequidad, para así garantizar progresivamente la cobertura de todas las contingencias que afectan las condiciones de vida de todos los habitantes del territorio nacional. En estos objetivos transitan los principios de integralidad y universalidad -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, y 48 de la Constitución Política-, que son fiel desarrollo de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y procuran la garantía progresiva de la seguridad social, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007) o el 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin duda alguna, con la Ley 100 de 1993 estos mandatos fueron maximizados al permitir que más personas pudieran acceder a una pensión de vejez en condiciones de igualdad y bajo la premisa de que debían computarse las semanas cotizadas al ISS con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema o, a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, así como los tiempos de trabajo sin aportes.

En efecto, el propósito de unicidad normativa y sistémica de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería de acuerdo al segmento en el que se prestaba. Nótese que si la persona laboraba durante 500 semanas en los 20 años anteriores a la misma edad mínima pensional fijada para los hombres en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, solo accedía al beneficio si las cotizaba en su integridad al ISS, restricción que fue eliminada.

No se trató entonces de un privilegio otorgado por el legislador a los beneficiarios del régimen de transición, sino de darle contenido y valor al hecho de trabajar (CSJ SL14215-2017).

Por otra parte, el legislador de 1993 no concibió la aplicación retroactiva del régimen de transición en los mismos términos en que fue expedida la norma que previamente regulaba la situación pensional concreta, sino que procuró que sus efectos jurídicos rigieran en mayores y mejores condiciones de igualdad en el nuevo marco legal y constitucional.

Por tanto, si la seguridad social se pensara bajo la óptica objeto de reflexión, no podrían existir avances legislativos dirigidos a conseguir una mayor cobertura en materia de pensiones, porque entonces se configurarían tratos desiguales frente a quienes sí pudieron tener protección del sistema en un estado de cosas que, para otros, no les significaba la misma salvaguarda, lo que sería un sinsentido.”

se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, postura que acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia, precisándose a la apelante fue la misma Corte Suprema de Justicia quien recogió su criterio frente a dicha temática y por ende el mismo no puede ser desconocido por este Tribunal.

De tal manera, en relación con el Régimen de Transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta que el mismo lo cumple a cabalidad la actora pues para el 1° de abril de 1994 contaba con **37 años** de edad (nació el 22 de septiembre de 1956 fl. 19) y tenía **1014.87 semanas** cotizadas (24.73 ISS + 990.14 publicas), razón por la cual en efecto le resulta aplicable lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas, cumpliendo con suficiencia dichos requisitos la demandante pues la edad la adquirió el 22 de septiembre del 2011 y como se indicó para el año 1994 tenía más de 1000 semanas cotizadas.

En esa medida, al ser procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados y como quiera que en el presente asunto se encuentra acreditado que la demandante cuenta con 1966.14 semanas cotizadas en toda su vida laboral (fl. 84), la tasa de remplazo aplicable en efecto es del **90%** en atención a que al tenor del mismo Acuerdo 049 de 1990 artículo 20³, para tal tasa de remplazo se requería contar con 1250 semanas de cotización, por ende resulta procedente la reliquidación pretendida.

Así las cosas una vez efectuadas las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años cotizados dispuesto por la *a quo* y el cual no fue objeto de reproche por la actora, aplicándole la tasa de reemplazo del 90% arroja una primera mesada de **\$1.003.204,70** para el año 2012⁴, fecha en la cual se le

³ a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,
b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

reconoció la prestación pensional a la actora (ver. fl 53). No obstante la misma resulta ser superior a la obtenida en primera instancia de \$928.791 y en esa medida atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones no podrá modificarse dicha cuantía, pues no se puede hacer más gravosa la situación de la entidad accionada. Se confirma en este punto la decisión de primer grado.

En lo que respecta a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones⁵, se tiene que la pensión fue reconocida a partir del 1° de noviembre del 2012 mediante Resolución GNR 354887 del 10 de noviembre del 2015 (fls. 52 y 53) notificada el **19 de noviembre del 2015**, solicitando la actora su reliquidación el **6 de junio del 2017** (fls. 54 a 61), la cual fue resuelta de manera negativa a través del acto administrativo GNR 152185 del 10 de agosto del 2017 (fls. 63 a 67) notificado por aviso el 29 de septiembre del 2017 (fl. 62), presentando la demanda el 1° de abril del 2019 (fl. 70), y en ese orden dado que entre fecha en que se hizo exigible el derecho (19/11/2015) y la data en que se reclamó la reliquidación (6/06/2017) no transcurrió un lapso superior a los 3 años, es clara la improcedencia del fenómeno prescriptivo, sin embargo la Juez de primera instancia consideró estar prescritas las diferencias de mesadas causadas del 1° de noviembre del 2012 al 6 de junio del 2014 (3 años antes del reclamo) y como quiera que este aspecto se conoce en virtud de la Consulta a favor de Colpensiones deberá confirmarse la declaratoria parcial de la excepción de prescripción.

4

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2002	61	66,729	109,16	1,636	\$ 721.000,00	\$ 1.179.435,78	\$ 2.398.186,09	
2003	360	71,395	109,16	1,529	\$ 1.283.916,67	\$ 1.963.005,08	\$ 23.556.061,01	
2004	360	76,029	109,16	1,436	\$ 743.333,33	\$ 1.067.226,92	\$ 12.806.723,00	
2005	360	80,209	109,16	1,361	\$ 762.833,33	\$ 1.038.151,08	\$ 12.457.812,97	
2006	360	84,103	109,16	1,298	\$ 764.000,00	\$ 991.597,72	\$ 11.899.172,61	
2007	359	87,869	109,16	1,242	\$ 803.000,00	\$ 997.546,68	\$ 11.937.308,59	
2008	360	92,872	109,16	1,175	\$ 843.000,00	\$ 990.819,77	\$ 11.889.837,25	
2009	360	100,000	109,16	1,092	\$ 981.583,33	\$ 1.071.470,85	\$ 12.857.650,15	
2010	360	102,002	109,16	1,070	\$ 901.250,00	\$ 964.474,15	\$ 11.573.689,76	
2011	360	105,237	109,16	1,037	\$ 964.416,67	\$ 1.000.348,77	\$ 12.004.185,30	
2012	300	109,157	109,16	1,000	\$ 1.038.000,00	\$ 1.038.000,00	\$ 10.380.000,00	
Total días	3600					Total devengado actualizado a:	2012	\$ 133.760.626,73
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación		\$ 1.114.671,89
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado		90%
						Primera mesada	\$ 1.003.204,70	

⁵ En la contestación de la demanda (fol. 80) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 25 de noviembre de 2019 (fol. 103)

mismas, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago.

Agotada como se encuentra la competencia de la Sala, al tenor de las motivaciones precedentes, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en sus numeral segundo, únicamente para fijar como valor de retroactivo adeudado al 31 de agosto del 2020 la suma de **\$10.490.653,05**, confirmando en lo demás.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO** únicamente para fijar como retroactivo de diferencias de mesadas pensionales del 7 de junio del 2014 al 31 de agosto del 2020 la suma de **\$10.490.653,05**, precisándose dicho retroactivo al 30 de noviembre del 2020 asciende a \$15.552.803,22, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MLILÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, a cargo de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya
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 CLAUDIA MARUN MEYER CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y OLD MUTUAL, trámite al que se vinculó a PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 28 2017 00301 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL, en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico el 26 de octubre de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR, COLPENSIONES y OLD MUTUAL (SKANDIA), mediante correos electrónicos del 23 y 26 de octubre, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR, OLD MUTUAL (SKANDIA) y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2020 (Cd folio 296, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:26:46, acta de audiencia folios 297 a 299), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARIA CLAUDIA MARUN al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de enero de 1998 por intermedio de la administradora de fondo de pensiones y cesantías Horizonte hoy PORVENIR S.A. En consecuencia declarar como afiliación válida al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones y bonos pensionales con todos sus frutos e intereses y los descuentos realizados por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA CLAUDIA MARIN identificado con la cedula de ciudadanía: 20.312.821 a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que active la afiliación de la aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas

QUINTO: COSTAS de esta instancia están a cargo de las administradoras que conforman el extremo pasivo se tasan agencias en derecho la suma de \$300.000 pesos en cabeza de cada una de estas y en favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá **CONSULTAR** con el superior en tanto le resulto adversa a la demandada Colpensiones.”

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

En primer lugar, COLPENSIONES, solicita la revocatoria total de la providencia ya que, en su sentir, la parte actora nunca realizó actos que sugirieran inconformidad alguna respecto de su vinculación en el RAIS durante todo el tiempo que ha permanecido afiliada a él o que denotaran la falta de información alegada, la que

solo vino a ponerse de presente encontrándose cercana a la obtención de su derecho pensional, advirtiendo, en los términos del artículo 898 del C. de Comercio, la ratificación expresa perfecciona el acto jurídico inexistente, lo que también debe revisarse a la luz de lo establecido por la Corte en la sentencia SL413 de 2018¹ (Cd folio 296, récord 1:28:43, acta de audiencia folios 297 a 299).

Por su parte OLD MUTUAL pretende igualmente se revoque integralmente la providencia objeto de alzada y, en su lugar, sea absuelta de todas y cada una de las pretensiones del libelo. Con tal propósito, aduce inicialmente, en el asunto operó el fenómeno prescriptivo pues si bien es cierto el derecho pensional no prescribe, lo que aquí se discute no tiene relación con dicho reconocimiento sino con el “*derecho de pertenecer a uno u otro régimen pensional*”, precisando, no todo lo relativo a pensiones goza del criterio de imprescriptibilidad.

Resalta, además, la actora no era una afiliada “*lego*” en tanto contaba con condiciones laborales y profesionales para consultar la norma dada su formación como abogada, lo cual, agrega, le exigía un mayor deber de diligencia, destacando igualmente, la demandante nunca ejerció su derecho de retracto y, pese a tener la oportunidad de retornar al régimen de prima media no lo hizo, por el contrario, realizó traslados horizontales dentro del RAIS.

Menciona, según el interrogatorio de parte absuelto por la convocante, su interés de retornar al RPM es económico, esto es, en razón a su insatisfacción con el monto de la mesada pensional que obtendría, lo cual, a su juicio, no puede dar lugar a declarar la nulidad del acto jurídico de traslado.

¹ “*Gracias señora juez me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia proferida solicitando al ad quem revocarla en su totalidad en atención a que existe, de acuerdo al proceso y de acuerdo a las audiencias 77 y 80, se tiene que el proceso que ser valorado bajo la figura de ineficacia y no la nulidad indicándose que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que indicaran o sugieran su no intención en conformidad de pertenecer a las AFPs pues se tiene que a la fecha existe una gran densidad de años que no denota que las alegadas falencias, engaños, falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del contrato suscrito por las AFPs e igualmente no se puede concluir que exista un acto ineficaz homogéneo sucesivo cuantificable en décadas y percatarse de alguna falencia o falta de información sólo estar ad portas de la causación de la pensión, lo anterior se sustenta señores magistrados en el artículo 898 del código de comercio que expresa que la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionara el acto inexistente.*”

Igualmente téngase en cuenta que dado que en el siguiente proceso la naturaleza del mismo debe ser estudiado bajo la sentencia SL 413 del año 2018 magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas se entiende que el perfeccionamiento del acto ineficaz en atención que la parte actora nunca hizo gestión alguna, no mostró ningún interés, nunca procuró, evitó, mitigó o redujo una consecuencia negativa sino solo estar ad portas lo cual es totalmente desacertado, así las cosas culmino mi recurso gracias señora juez.”

De otro lado, indica, para el año que se realizó la afiliación -1998- no existía el deber de documentar las asesorías, advirtiendo, en todo caso, la suscripción de los formularios por parte de la demandante fue libre, voluntaria y sin presiones. Alega, no se probó en el trámite el vicio del consentimiento, anotando además, los errores de derecho no tienen la potencialidad de viciar el consentimiento.

Por último, con relación a los gastos de administración, apunta, no puede desconocerse que las administradoras cumplieron con las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios que generaron rendimientos, los cuales son ordenados retornar “a la demandante”, que le permitieron efectuar el cobro de los mismos, así como garantizar la prima de seguros FOGAFIN, invalidez y sobrevivencia, que ya fueron trasladados a las aseguradoras contratadas, los cuales de igual forma hubieran tenido que ser pagados en el régimen de prima media, pues estos recursos no incrementan el capital de la actora a efectos de obtener una mesada pensional más alta. Bajo tales aseveraciones, estima, los gastos cumplieron la finalidad establecida en la ley y, en esa medida, no resulta pertinente la devolución de esos montos, lo que guarda consonancia, dice, con lo expuesto por la Superintendencia Financiera² (Cd folio 296, récord 1:30:02, acta de audiencia folios 297 a 299).

² “Gracias su señoría dentro de la oportunidad procesal que corresponde me permito interponer el recurso de apelación, razón por la cual solicito a la honorable Sala del Tribunal superior de distrito judicial que proceda revocar toda la sentencia que acaba de proferir su honorable despacho y pues que en su lugar se sirva a absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda con fundamento en las razones de hecho y de derecho contenidas tanto en el escrito de contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión y principalmente en el hecho de que el derecho a pensionarse, si bien es cierto no prescribe lo que aquí se debate no es el derecho a pensionarse ,sino el derecho de pertenecer a uno u otro régimen pensional y véase que no todo lo relativo a pensiones goza del criterio de imprescriptibilidad tal como acontece con las mesadas pensionales.

Véase también que la demandante no era una afiliada lego pues contaba tanto con las condiciones laborales como profesionales para consultar la norma pues era abogada por lo cual se le exigía un mayor deber de diligencia.

Nótese que durante toda su permanencia al RAIS la demandante nunca ejerció el derecho de retracto y adicionalmente efectuó diversos traslados horizontales dentro del RAIS cuando todavía podía regresar al RPM pero aun así decidió permanecer en el RAIS. Entre la fecha inicial de traslado al RAIS y la fecha en la que cumplió 47 años transcurrieron más de nueve años en la que la demandante estuvo en la posibilidad de ampliar la información y regresar al RPM pero aun así no lo hizo lo cual evidencia una actuación contraria a la del buen padre de familia pues espero hasta el año 2017, esto es 18 años aproximadamente después, para poder incoar la presente demanda. Entonces nótese que en el interrogatorio de parte también se pudo sustraer que el interés de retornar al RPM surge un interés económico, de tal forma que debemos tener en cuenta que insatisfacción de la demandante frente al monto de la mesada pensional no puede dar lugar a la declaratoria de nulidad del acto jurídico.

Bajo la normativa existente para el año 1998 no era dado exigir la documentación de las asesorías, pues no había deber legal de hacerlo nótese que la decisión de la demandante fue libre y voluntaria tal y como lo manifestó en cada uno de los formularios de traslado, donde no mediaron presiones, pues esto no aparece registrado en ninguna parte, lo cual queda completamente acreditado en el interrogatorio de parte donde la

A su turno, PORVENIR, no comparte la decisión de la juez de declarar la nulidad de traslado, ni las consecuencias jurídicas que a esta se le dan, por cuanto, en su sentir, con tal determinación se contravienen los principios de inescindibilidad de las normas, confianza legítima y sostenibilidad financiera.

En ese orden, arguye, con argumentos de ineficacia la juzgadora declara la nulidad, sin conocerse si se trata de una relativa o absoluta, que en todo caso no fue pedida en la demanda y que se declara aun cuando no se demostró la existencia de error, fuerza o dolo, desconociendo igualmente, la condición de profesional en derecho y ex gerente de una cooperativa financiera que sugerían conocimientos sobre el movimiento de los sistemas financieros.

demandante claramente manifiesta no surgió ningún tipo de presión, fuerza, o dolo que la impulsara a suscribir al formato de afiliación al RAI.

No se puede olvidar que también las características del RAIS están en la ley que si se habla de un error este sería de derecho, el cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento, nótese que ante la figura de la nulidad se requiere probar cual fue esa causal que condujo a ese vicio del consentimiento lo cual en el presente proceso no se encuentra probado.

Por último a lo que concierne a los gastos de administración como ya se había dicho antes, los aportes de los afiliados tienen unos porcentaje que se destina a la cuenta de ahorro individual y otro porcentaje con destino a los gastos de administración y a la prima de seguros de FOGAFIN, a las primas de invalidez y sobrevivencia que no puede desconocerse, al respecto cada una de las administradoras cumplió con las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales le generaron unos rendimientos que ógase bien, hoy se están reconociendo y se están ordenando sean trasladados a la demandante, además nótese bien que también no nos encontramos ante la figura de ineficacia pues lo declarado el juzgado fue la nulidad de tal forma que el acto jurídico si existió, pero lo que considera el despacho es que estuvo viciado de tal forma que no se puede desconocer que hubo unos gastos de administración que en su momento fueron descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante y que tuvieron que ser trasladados en el sentido que anteriormente se señaló.

Entonces si la demandante hubiese pertenecido al RPM allí también hubiera que tenido que pagar esos gastos de administración, además nótese que es que los gastos de administración no vienen a engrosar el valor que se va a trasladar a Colpensiones, esto no va aumentar el capital de la demandante a efectos de poder obtener una mesada pensional más alta, entonces lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras que contrató en este caso mi representada y cada una de las administradoras, por los cuales la demandante durante su tiempo de afiliación tuvo una cobertura a los riesgos de invalidez y muerte que cumplieron con su finalidad y era la finalidad que establecía la ley, por lo que entonces, en consecuencia, no resulta pertinente la devolución de dichos montos esto guarda una clara relación en línea con lo que ya ha dicho la superintendencia financiera quien ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de que se declare la nulidad del traslado, entonces aquí básicamente lo que sería es que si la demandante pudiera ser trasladada a Colpensiones con los rendimientos financieros, entonces en este caso las administradoras deberían poderse quedar con los gastos de administración o viceversa que serían de los gastos de administración y la administradora quede con los rendimientos financieros.

Entonces en los anteriores termino siento mi recurso de alzada muchas gracias su señoría.”

Considera, el acto jurídico se ratificó no solo por el cumplimiento de las obligaciones, sino por los sucesivos traslados realizados por la convocante del litigio.

Señala, no se tienen en cuenta tampoco los formularios de afiliación a HORIZONTE, COLFONDOS y OLD MUTUAL, en los que se ve reflejada su voluntad de afiliación, puntualizando, su desconocimiento trasgrede el principio de confianza legítima por cuanto esa sociedad tenía el convencimiento que era suficiente con dicho documento para dar validez al acto, sin que se exigiera dejar constancia de las asesorías dadas.

Aduce, retrotraer las cosas a su estado original implica que se genere una ficción jurídica y que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS y, por ende, si se sigue lo consignado en el artículo 1746 del C.C., nunca se generaron los rendimientos financieros no siendo posible entonces, ordenar la restitución de los mismos pues ello genera un enriquecimiento sin causa tanto a favor de la demandante como de COLPENSIONES³ (Cd folio 296, récord 1:37:04, acta de audiencia folios 297 a 299).

³ *“Muchas gracias señora juez. Sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir por el despacho fundamentado en los siguientes reparos concretos.*

No se comparte con la decisión de decretar la nulidad de traslado efectuado en el año 1998 ni las consecuencias jurídicas que a este se le dan, lo anterior fundamentado en los siguientes argumentos.

Dado lo primero establecer que esta sentencia o la parte motiva de esta sentencia usa como fundamento la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la cual afecta incluyendo esta sentencia que es objeto de este recurso pero es principio fundamental del derecho, eso es el principio de inescindibilidad de las normas esto es el principio de la confianza legítima y el principio de sostenibilidad financiera.

El primer principio se ve afectado en este proceso por la parte motiva de esta sentencia toda vez que con argumentos de ineficacia en sentido estricto se declara la nulidad del traslado, sea lo primero manifestar que no se logra describir que tipo de nulidad es la que se está declarando, si es nulidad absoluta o nulidad relativa, también es importante resaltar que si se da la nulidad relativa que es al parecer lo que se declaró, pues la misma no se solicitó en el escrito de la demanda por lo tanto no hay lugar en esta, pues ya lo estableció el código civil que sólo bajo la petición de la parte se puede declarar este tipo de nulidades.

Ahora bien es importante resaltar que no se logra probar desde el proceso ningún vicio del consentimiento para que se declare la nulidad toda vez que no se logró probar un error, una fuerza o un dolo de la demandante. Nótese también que en la parte motiva de la sentencia no se tiene en cuenta o no se da la suficiente experticia o descripción en la condición de profesional del derecho y ex gerente de una cooperativa financiera y trabajadora del banco agrario lo cual permite vislumbrar que efectivamente sí conoce el RAIS, sí conoce como se mueven los sistemas financieros y tenía la capacidad académica y profesional para tomar una decisión para corroborar que la información que le estaban dando era cierta antes de tomar una decisión de trasladarse. Nótese también como el acto jurídico se ratifica no solo por el cumplimiento constante de sus obligaciones, sino también por los sucesivos traslados que realizó y pues esta situación tampoco se echa a notar dentro de la parte motiva de la sentencia.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA CLAUDIA MARUN MEYER en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (folios 88 a 94) las cuales encuentran fundamento en los hechos y omisiones expuestos en el acápite respectivo (folios 84 a 88), aspirando se declare la NULIDAD del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual actualmente administrado por OLD MUTUAL S.A. disponiéndose su retorno inmediato a COLPENSIONES quien deberá proceder a la activación de su afiliación y ordenando a OLD MUTUAL devolver todos los saldos y valores consignados en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos

Tampoco se entra a denotar que los formularios de afiliación suscritos con Horizonte, Colfondos y Old Mutual se presumen completamente auténticos no fueron tachados de falsos, no fueron desconocidos y por tanto su voluntad si se ve reflejada en la suscripción de estos formularios y es aquí donde el principio de confianza legítima se ve afectado toda vez que mi representada desde el año 1994 desde que entró en vigencia la ley 100 y los Decretos que reglamentaron esta relación para este año, pues tenía el completo convencimiento de que era suficiente con la suscripción del formulario de afiliación, pues como ya se dijo el Decreto 712 establece que es un requisito sine qua non es decir para la existencia y la validez y no se debía bajo ninguna circunstancia dejar consignada las asesorías que se le daban, esto no implica que se desconozca el deber de información que está contenida en la ley 100, sin embargo pues está propendiendo para una prueba in diabólico para exigir a mi representada demostrar pruebas al proceso en especial documentales sobre elementos para que al año no se habían establecido.

Sobre las consecuencias jurídicas que se establecen sea lo primero resaltar que si lo que se declara es la nulidad, pues el efecto general de la nulidad es la ineficacia en sentido amplio como lo ha dicho la Corte Constitucional en especial en las sentencias C-345, pero también la retroactividad de las consecuencias es decir retrotraer las cosas a su estado original implica que se genere una ficción jurídica de que la hoy demandante nunca estuvo en el RAIS y por lo tanto nunca se generaron los rendimientos financieros y si se sigue el contenido establecido en 1746 del código civil que establece lo siguiente “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. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de especies”.

Es importante resaltar que como lo que se declaró aquí es la nulidad y el efecto de la nulidad en los términos del 1746 es retrotraer las cosas a su estado original, pues no existe ningún fundamento jurídico no normativo ni jurisprudencial válido, cabe esa aclaración, que establezca que la demandante pues tiene el derecho a quedarse con los servicios financieros, pues aquí queda la pregunta ¿de dónde se fundamentan esos ejercicios financieros si nunca se generaron por la consecuencia jurídica que da esta sentencia que hoy se pronuncia?. En ese orden de ideas debió el despacho al declarar la nulidad ordenar la restitución de los ejercicios financieros pues de lo contrario se está generando un enriquecimiento sin justa causa, tanto a favor de la demandante como a favor de Colpensiones.

En ese orden ideas solicito al honorable tribunal superior de Bogotá que en sala de decisión laboral que se entre a revocar en su totalidad la sentencia que se acaba de proferir por el despacho, Muchas gracias, señora juez.”

pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por la actora a HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), ordenando a OLD MUTUAL, actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, sin posibilidad de descontar gastos de administración, ni seguros por invalidez y sobrevivencia, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 20 de junio de 1960 (folio 30), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 6 de diciembre de 2016 (folios 70 a 75) y a OLD MUTUAL el 2 anterior (folios 61 a 66), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 203,42 semanas de cotización (historia laboral consolidada expedida por OLD MUTUAL -folios 42 a 47-, y reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con la contestación de la demanda -folios 129 a 130-) equivalentes a 3,95 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la 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 1 de enero de 1998 (folios 234 y 226) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

⁵ Era trabajadora del sector privado.

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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el

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.

suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le dijo que el ISS se acabaría y que el futuro de las pensiones estaba en los fondos privados, que era su mejor opción, para lo cual le mostraron los modelos exitosos de otros países.

Valga anotar, aunque la actora indicó que tiene formación profesional de abogada, esa sola circunstancia no implica *per sé* que conozca las implicaciones del traslado de régimen pensional o las características de ambos regímenes, pues incluso, al cuestionársele si actualmente conoce las condiciones para obtener una pensión en el régimen de ahorro individual tampoco fue precisa y, en todo caso, lo que conoce es por la información que solicitó en el 2016. Tampoco supe el deber de información de la administradora, el que la convocante ejerciera como Gerente de una Cooperativa de Crédito al momento de firmar el formulario de afiliación, pues, aunque el objeto de esa institución implica temas de inversiones y rendimientos, lo cierto es que, para el momento del traslado, esta desconocía la forma en que se consolidaba su derecho pensional y se financiaba su prestación en el régimen de ahorro individual, porque nada se le ilustró al respecto.

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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR) (folio 234), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

⁷ Cd folio 296, récord 16:01.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 235 y 236, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes HORIZONTE), omitió en el momento del traslado de régimen (1 de enero de 1998, folio 226), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 226) 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 a folios 157, 158 y 226, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de OLD MUTUAL como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de

administración, porcentajes dirigidos a financiar las primas de invalidez y sobrevivencia, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Además, se advierte, los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración y las primas para los seguros de invalidez y muerte. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 123 y 155), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, confirmando en lo demás de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 15 de febrero de 2018 (folio 199) y de OLD MUTUAL en proveído del 6 de diciembre de 2017 (folios 194 y 195).

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN PABLO BEDOYA
CONTRA AVIANCA y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO
SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN (RAD. 28 2018 00393 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 1050 a 1061), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por las demandadas AVIANCA y la CTA SERVICOPAVA, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de febrero de 2020 (Cd a folio 1043 cuaderno 3 record: 33:33, acta a folio 1045 a 1046 cuaderno 3), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre Juan Pablo Bedoya y la sociedad aerovías del continente americano S.A. AVIANCA S.A. existió una relación laboral vigente entre el 6 de marzo de 2006 y el 11 de mayo de 2017, todo conforme a las consideraciones dadas con antelación.

TERCERO (SIC): DECLARAR que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA actuó como una simple intermediaria de la relación laboral.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. para que le reconozca y pague al demandante las siguientes sumas de dinero:

CESANTIAS \$9,169.890

INTERESES A LAS CESANTIAS \$317.954

PRIMA DE SERVICIOS \$2,897.169
VACACIONES \$1,618.695
TOTAL: \$14,003.698

CUARTO: CONDENAR a la demandada AVIANCA S.A. al pago de la sanción moratoria correspondiente a la suma diaria de \$35.971 a partir del 12 de mayo de 2017 y hasta el 12 de mayo de 2019, valor que corresponde a la suma de \$25,899.120 a partir del 13 de mayo de 2019 deberá reconocer los intereses moratorios sobre el valor adeudado al demandante por prestaciones sociales, esto a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la súper-financiera hasta cuando se cancele el total de la obligación acá reconocida.

CUARTO (SIC): CONDENAR a la demandada AVIANCA al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías que corresponde a la suma de \$ 32, 594.317 todo esto conforme se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada AVIANCA S.A. de la pretensión relacionada en el numeral séptimo del libelo introductorio que corresponde a la dotaciones.

SEPTIMO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción que opera formulada por la demandada AVIANCA S.A. y declarar no probados los demás medios probatorios en relación con las condenas impuestas.

OCTAVO: Las **COSTAS** de esta instancia serán a cargo de las demandadas señalándose como agencias en derecho un millón de pesos a cargo de cada una de ellas”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas AVIANCA S.A. y la CTA SERVICOPAVA interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, SERVICOPAVA adujo, en el asunto quedó demostrado que el demandante nunca estuvo vinculado mediante contrato de trabajo y, por el contrario, se evidenció que la relación se dio con esa Cooperativa a través de convenio de asociación el cual terminó de manera libre y voluntaria por parte del actor mediante renuncia a ellos dirigida, con lo cual, en su sentir, este reconoció a SERVICOPAVA como contratante y no a la empresa cliente.

Resalta, en las cooperativas de trabajo asociado no existe una relación entre capital-empleador y menos una de “trabajador asalariado”, debido a que su patrimonio está formado principalmente por el trabajo de sus socios, siendo el trabajador, asociado y dueño.

Menciona, en la sentencia apelada se desconoció que el actor ejerció sus derechos como cooperado, cuando, por ejemplo, participó de las decisiones de la Cooperativa mediante la votación para elegir delegado; solicitó su ingreso voluntario a la CTA; autorizó los descuentos de su aporte social, los cuales, de hecho, fueron devueltos al momento de la terminación de la relación asociativa, teniendo derecho a la revalorización de los mismos y al retorno cooperativo.

En el mismo sentido, asevera, no se tuvo en cuenta que el demandante accedió a beneficios precisamente dada su calidad de trabajador asociado, tales como préstamos, auxilio de gafas, actividades de fin de año, etc., situación que no se consideró y se tomó solo como un valor agregado pasando por alto la vinculación por la cual tuvo derecho a acceder a ellos.

Alude, el actor en su interrogatorio confesó que suscribió un convenio de asociación con SERVICOPAVA, además, que fue esta quien lo afilió al sistema de seguridad social y pagó sus compensaciones ordinarias y extraordinarias, semestrales, anuales, los rendimientos de las compensaciones anuales, las cuales son equiparables con las prestaciones sociales devengadas por un trabajador vinculado mediante contrato de trabajo. Adicionalmente, anota, el demandante solicitó su compensación anual para realizar reparaciones locativas, por lo que no se entiende como se hace un reconocimiento de dineros, como si nunca se le hubieren pagado, y los que recibió durante su relación asociativa. Esta situación, en su criterio, genera un incremento injustificado del patrimonio del trabajador y constituye un doble pago por un solo servicio prestado.

Por otra parte, refiere, la juez también desestimó la declaración hecha por el liquidador de la cooperativa en la que se ratificó la suscripción del convenio de asociación del actor con SERVICOPAVA y que, aunque en efecto, el actor prestó sus servicios a AVIANCA, ello fue en virtud de la oferta mercantil suscrita entre las personas jurídicas, la cual no se celebró de manera fraudulenta o con el ánimo de defraudar al Estado, sino por el contrario, fue válido y ajustado al reglamento y a la legislación.

Señala, en autos no se tuvo en cuenta tampoco, que la ley de las cooperativas de trabajo asociado las faculta para celebrar contratos de comodato cuando los bienes empleados para desarrollar la labor no son propios, negocio jurídico que alude igualmente válido y que se incorporó a las diligencias.

Destaca, asimismo, no se advirtió que el carné con el que se identificaba el trabajador tenía dos caras, encontrándose en una la empresa cliente, por disposiciones de la Aerocivil y la OPAIN, que precisan que el operador aeroportuario con certificación debe ser visible, y por otra, se establecía claramente que era trabajador asociado de SERVICOPAVA.

Critica el que no se hubiere atendido la tacha formulada por esa Cooperativa respecto de la prueba testimonial practicada a solicitud del demandante, anotando sobre estos, WILLIAM PADILLA ni siquiera estuvo en la misma área del actor, por lo que su dicho se basó en hechos que no le constaban directamente en tanto no desarrolló las mismas funciones del demandante, lo que también ocurrió con el testimonio de NELSON a quien no le constó nada directamente, solo creía, le parecía, y estaban basadas en su propia realidad pues es claro, dice, que estaba buscando reconocimiento que le podría servir como antecedente en un proceso que promovió el deponente contra las demandadas.

En ese orden, considera, sino prosperaba la tacha, era claro que debía concluirse que lo que desarrollaba el actor no les constaba a los testigos, destacando de sus versiones la coincidencia frente al convenio que el demandante tenía con SERVICOPAVA, y que era esta quien efectuaba las afiliaciones a seguridad social y el pago de sus compensaciones.

De otro lado, sostiene, en autos no se configuró ninguno de los elementos del contrato de trabajo por cuanto la prestación del servicio fue para SERVICOPAVA a favor de la empresa cliente, pero dentro del margen de una oferta mercantil válida realizada con todas las formalidades; la subordinación, asevera, no se probó que fuera la empresa cliente quien ejerciera la misma máxime cuando, según los testigos, las órdenes eran dadas por los líderes quienes eran personal de SERVICOPAVA, y, en todo caso, apunta, de existir la

misma en una cooperativa de trabajo era obvio que esta era ejercida por la CTA y no por AVIANCA, resaltando, conforme la prueba recaudada, la facultad disciplinaria era ejercida por la SERVICOPAVA y no por un tercero, aunado a que, también está demostrado que el actor ejerció su “*ánimo de señor y dueño y propietario de una cooperativa*” no solo cuando votó, sino también cuando accedió a los beneficios ofrecidos por esta. Advierte, la remuneración de los servicios del demandante fue efectuada durante 11 años por la Cooperativa.

Frente al pago de prestaciones sociales y vacaciones, asegura, la juez desconoció la cancelación de los emolumentos propios de una cooperativa que son equivalentes a estas y olvidó realizar la compensación correspondiente.

Con relación a la sanción por no consignación de las cesantías, dijo, no se tuvo en cuenta que las cesantías como tal no existen en una cooperativa de trabajo, no obstante, se desatendieron las pruebas en la que consta que las compensaciones anuales con sus rendimientos fueron devueltas al trabajador en su liquidación final, e incluso, las compensaciones anuales fueron entregadas parcialmente al demandante a solicitud de este para ser disfrutadas en los años 2008, 2010, 2012 y 2013.

Insiste, la vinculación mediante convenio asociativo no está sometida a las disposiciones de la legislación laboral y no existe contrato de trabajo, aclarando, el artículo 63 del Decreto 2025 fue declarado nulo por el Consejo de Estado en febrero de 2018.

Por último, indica, SERVICOPAVA se encuentra constituida bajo el marco legal y con el cumplimiento de las exigencias normativas para su funcionamiento, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y, en su lugar, se le desvincule del proceso¹ (Cd a folio 1043 cuaderno 3 récord: 36:30, acta a folio 1045 a 1046 cuaderno 3).

¹ “*Encontrándome dentro del término procesal para hacerlo, de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación en favor de mi prohijada SERVICOPAVA fundamentado en: Me permito manifestar que causa desconcierto y extrañeza las razones y apreciaciones realizadas por la honorable juez al emitir el fallo de primera instancia, por ende solicito de manera respetuosa al honorable tribunal revocar la decisión de primera instancia y proceder no solamente a la no concesión de las pretensiones solicitadas por el actor sino además a la desvinculación de mi representada en el presente proceso.*”

Ello habida cuenta que como ya quedo demostrado en la presente demanda, jamás tuvo la calidad de trabajador en ejecución de un contrato de trabajo sino que su vínculo siempre se dio con mi prohijada a través de convenio de asociación, relación asociativa que aclaro, jamás se terminó de manera unilateral por parte de mi prohijada sino que termino por una decisión libre consciente y voluntaria por parte del actor, donde no tuvo ninguna injerencia mi representada, tal y como el mismo actor lo manifiesta en los hechos de la demanda y en el escrito de renuncia que presentó donde acepta que dicha relación asociativa se terminó por motivos propios y personales del actor que jamás obedecieron, ni a la empresa cliente ni mucho menos a mi prohijada, es más, dicha renuncia que omitió la juez de primera instancia de manera respetuosa La dirigió específicamente a mi prohijada SERVICOPAVA, quedando clarísimo que él a quien reconocía como la persona que lo vinculo fue a mi representada SERVICOPAVA y jamás a la empresa cliente, es más, no se evidencia ni una sola prueba mínima de que él hubiese radica algún escrito ante la empresa cliente donde hubiese manifestado su deseo de renunciar. En ese orden de ideas, causa extrañeza el desconocimiento claro de los hechos propios del actor.

Con base en lo citado, es evidente que el demandante nunca tuvo la calidad de trabajador y fue reconocido por él, nunca tuvo una vinculación laboral sino asociativa, razón por la que no hay lugar al reconocimiento de ningún tipo de contrato de trabajo, ni con mi representada ni mucho menos, como lo afirmó la honorable juez de primera instancia un contrato realidad con la empresa cliente. Frente al contrato realidad me permito manifestar, no es claro para la suscrita, de manera respetuosa como la honorable juez falla un contrato realidad con AVIANCA desconociendo abiertamente lo que ya se encuentra completamente probado y comprobado en el proceso, es más, hasta por el mismo actor que manifiesta haber firmado el convenio de asociación con SERVICOPAVA y cuando la renuncia la presento a mi prohijada, jamás a la empresa cliente.

Es menester resaltar que en las cooperativas de trabajo asociado no existe y nunca ha existido una relación entre capital empleador y mucho menos una de trabajador asalariado pues el capital de esas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además que el trabajador es el mismo asociado y dueño, tal y como quedó probado y demostrado en el proceso que obviamente omitió de manera respetuosa la juez de primera instancia, no en una, sino en varias ocasiones cuando el actor ejerció sus derechos como cooperado, derechos que él ejerció y que la juez desconoció por completo:

1. Cuando ejerció su derecho a participar de las decisiones de la cooperativa, las cuales nunca fueron tenidas en cuenta en las consideraciones para emitir el fallo de primera instancia. Como lo manifesté, él ejerció su derecho a participar de las decisiones de la cooperativa como dueño al votar para elegir el delegado que quería que lo representara en las decisiones que se tomaban en la cooperativa, tal y como quedo probado, y se anexó al proceso, que el voto para elegir al delegado que quería que lo representara en la asamblea general del año 2017 donde se toman las decisiones que rigen a la cooperativa a la cual pertenecía. En ese orden de ideas, si yo desconozco completamente que no pertenezco a una entidad, pues no participo en las votaciones para elegir quien quiero que me represente en la misma.

2. Cuando el actor solicitó a la cooperativa su ingreso de manera voluntaria, cabe aclarar que en ningún momento dentro del proceso quedó probado ni siquiera sumariamente que el consentimiento del actor al momento del ingreso estuviera viciado por error fuerza o dolo. En ese orden de ideas, nadie obligó al actor ni nadie constriñó su consentimiento.

3. Cuando el actor autorizó así como su ingreso de manera libre, consciente y voluntaria los descuentos de los aportes sociales a que tenía derecho, cabe aclarar, descuentos que le fueron devueltos en su totalidad al momento que se terminó la relación asociativa, en ese orden de ideas, no solamente tuvo derecho a los descuentos de esos aportes sociales sino además a una revalorización de los mismos y aunado a lo anterior también tuvo derecho al retorno cooperativo. Qué significa el retronó cooperativo? El retorno cooperativo es que solamente tienen derecho los trabajadores asociados a disfrutar de las utilidades que da la cooperativa, utilidades que uno tiene cuando es socio y dueño de una cooperativa. En ese orden de ideas, aquí el actor no solamente tuvo devolución de aportes, tuvo revalorización de los mismos y tuvo retorno de utilidades de la cooperativa y el día de hoy se desconoce por completo eso, es decir, que en ese orden de ideas “él ganó una plática por pertenecer a un sitio que jamás, en ese orden de ideas habría pertenecido”

Creo que fueron hechos que de manera respetuosa la jueza de primera instancia omitió al momento de pronunciar el fallo. Adicional a eso, también se desconoció claramente cuando el actor en su calidad de dueño, como ya lo manifesté, recibió esas retribuciones, pero más aún, no se tuvo en cuenta los beneficios a los que pudo acceder cuando tuvo la calidad de trabajador asociado, él no solamente solicitó préstamos a la cooperativa, recibió beneficios adicionales todos los fines de año mientras estuvo vinculado, solicitó auxilio de gafas, solicitó préstamos a unas tasas que no tiene ni siquiera una entidad bancaria, préstamos a los que él solamente podría haber accedido por haber tenido la calidad de trabajador asociado vinculado a través de un convenio de asociación, en ese orden de ideas, el adquirió todos los beneficios y todos los derechos del trabajador asociado, y el día de hoy desconocemos todos estos beneficios a que tuvo derecho y decimos que sencillamente fue un valor agregado. Por qué? pues no se tiene claro porque se está desconociendo la vinculación por la cual sí tuvo derecho a acceder a ellos.

Ahora bien, respetuosamente tampoco se entiende como el juez desestimó en el presente fallo lo que el mismo actor confesó claramente en su interrogatorio de parte, donde ratificó que él había suscrito un convenio de asociación, entonces. Cómo se desconoce hoy algo que yo estoy confesando y que efectivamente el actor manifestó haber tenido con SERVICOPAVA, que efectivamente fue mi prohijada la que lo afilió a EPS y que fue SERVICOPAVA quien confesó que le pagó tanto sus compensaciones ordinarias y extraordinarias así como su liquidación final, que fue mi prohijada quien confesó que le pagó sus compensaciones semestrales que equivaldrían a prima, sus compensaciones anuales que equivaldrían a unas cesantías y que le dio esos rendimientos de esos intereses anuales que equivaldrían a unos intereses a las cesantías, así como también confesó que solicitó compensaciones anuales, es decir, sus cesantías. Si hubiese sido un contrato de trabajo a mi prohijada y no a la empresa cliente y las solicitó para hacer reparaciones locativas, entonces no se entiende cómo es posible que el día de hoy sea condenada mi prohijada al pago de unas compensaciones como si nunca se le hubiesen cancelado, entonces, estamos hablando que el actor no solamente recibió durante toda su relación asociativa el pago de las mismas sino que hoy se le están reconociendo como si jamás se le hubiesen pagado, generando en ese orden de ideas un incremento al patrimonio del trabajador por un servicio que prestó una vez en un doble pago, pero adicional a eso se está generando un detrimento ostensible al patrimonio de mi prohijada y de la empresa cliente.

En este orden de ideas estamos generando con este fallo de manera respetuosa su señoría un doble pago por un solo servicio prestado, adicional a eso es claro también manifestar que el juez de manera respetuosa de primera instancia después de haber confesado el mismo actor de haber disfrutado de todos y cada uno de los beneficios de SERVICOPAVA durante 11 años que duró el vínculo con mi prohijada falle que jamás tuvo un convenio sino que por el contrario tenía un contrato con un tercero desconociendo todos y cada uno de los pagos de los que él se hizo acreedor y de los que el disfrutó a lo largo de estos 11 años, ratificando más aun lo que se encuentra probado en el plenario, además de la confesión del actor en el presente proceso.

También desestimó la juez de primera instancia que con las declaraciones del liquidador solo se ratificó una vez más que efectivamente el actor suscribió un convenio con SERVICOPAVA que claro, que prestó sus servicios para una empresa cliente, porque entre la empresa cliente AVIANCA y SERVICOPAVA se había suscrito una oferta mercantil, oferta mercantil que no se hizo de manera fraudulenta ni con ánimo de defraudar al estado, ni mucho menos, fue una oferta mercantil completamente válida, como se celebra con todos los reglamentos y legislaciones como se celebra un contrato entre dos entidades diferentes, la cual siempre fue válida, y que los bienes con los que efectivamente pudo haber desarrollado las funciones del actor eran propiedad de la empresa cliente, sí, pero también es cierto que el juez desestimo que es claro que la ley para las cooperativas les dice que efectivamente les da la facultad que si los bienes no eran propios los podían adquirir a través de un contrato de comodato para un préstamo de uso para que se pudieran desarrollar, contrato de comodato que también es completamente válido y que también se anexó como tal en las pruebas del plenario las cuales no se tuvieron en cuenta.

También dejó completamente claro con su interrogatorio el liquidador que el carnet con el que se identificaba el actor por SERVICOPAVA tenía dos caras, en una cara se encontraba la empresa cliente como quedó completamente claro que fue por disposiciones de la Aero civil y de la OPAIN donde siempre el operador aeroportuario que tenga la certificación, debe llevar como tal esa cara pero por la cara posterior decía claramente que era un trabajador asociado a SERVICOPAVA, hechos que tampoco se tuvieron en cuenta como tal en el fallo de primera instancia.

No obstante lo anterior, tampoco es claro como el juez de primera instancia no a tendió a la tacha de testigos propuestas por la aquí demandadas, ya que de los testimonios rendidos por los testigos del actor a los cuales no les consta nada frente al actor y a los cuales me permito aclarar específicamente, frente al testimonio del señor William Padilla ni siquiera estuvo en la misma área en la que estaba el actor, es decir que todas las manifestaciones en las que se basaron las consideraciones de manera respetuosa del juez de primera instancia ni siquiera les constaban porque no ejercían las mismas funciones, creía, le parecía, pero nada le constaba con certeza por que las mismas como tal no las desarrolló. Adicional a eso ha de tenerse en cuenta que el señor Nelson al igual que el señor William Padilla tampoco nada le constaba, porque el tampoco desarrollaba las funciones del actor ya que él era auxiliar conductor, funciones completamente diferentes, que él creía, que él le parecía, porque estaban en unas cuadrillas, pero nada que tenga relevancia como tal, sin dejar de mencionar que las manifestaciones del señor Nelson estaban basadas en su propia realidad y sobre todo porque es claro que él estaba buscando que se le reconocieran por que le podrían servir por antecedentes para un proceso que tiene en contra de las aquí demandadas.

Frente a los testimonios era claro que efectivamente si no prosperaba la tacha se debía haber considerado de manera respetuosa que nada de lo que desarrollaba el actor les constaba y sí se debió tener en cuenta de dichos testimonios que efectivamente todos ratificaron al unísono que el actor tenía un convenio con SERVICOPAVA, todos en su testimonio ratificaron al unísono que quien les pagaba la EPS, el fondo de pensiones, quien los afilió a ARL fue mi representada y no la empresa cliente, quien le pagó la liquidación final al actor fue mi prohijada y no la empresa cliente a la que hoy de manera errada se

manifiesta como tal. También todos manifestaron que no fue despedido de manera arbitraria, que fue algo que obedeciera a la omisión, a algún tipo de fuero o específicamente a la personalidad del actor sino que efectivamente el renunció de manera voluntaria por motivos netamente personales que nada tenían que ver con la aquí demandadas.

En ese orden de ideas es claro también tener presente que aquí tampoco se configuraron ninguno de los elementos del contrato de trabajo, no se dio ninguno y lo voy a desvirtuar de la siguiente manera. La prestación personal del servicio efectivamente el señor la realizó para SERVICOPAVA prestando servicios para la empresa cliente pero dentro del margen de una oferta mercantil completamente válida la cual se hizo con todas las formalidades. Frente a la subordinación jamás quedó probado que fuera la empresa cliente quien fuera su empleador entre comillas, todas vez que las funciones en los testimonios de cada uno de los testigos los cuales no entiendo por qué se desestimó de manera respetuosa, ellos manifestaron que las ordenes se las daban los líderes y quienes manifestaron que estos líderes eran efectivamente personal de SERVICOPAVA.

En ese orden de ideas, es clara que la subordinación si existiera en una cooperativa de trabajo, obviamente estaba dictada por mi prohijada y no por la empresa cliente. También quedó claro con los testimonios y dentro del plenario que la facultad disciplinaria era ejercida por mi prohijada y no por un tercero, también quedó completamente demostrado que él ejerció su ánimo de señor y dueño y propietario de una cooperativa, no solamente cuando votó cuando eligió quien quería que lo representara en las decisiones de la cooperativa, sino además cuando utilizó los créditos y los beneficios que tenía SERVICOPAVA solamente para sus trabajadores asociados. Con respecto al pago por la prestación del servicio, todo el histórico de pagos y la liquidación que reposa en el plenario, donde queda completamente demostrado que quien le pagó durante esos 11 años fue mi prohijada y no la empresa cliente, pagos que fueron desconocidos de manera respetuosa por el juez de primera instancia, generándoles un doble pago con este presente fallo al actor como tal. Con lo citado, solicito al honorable tribunal tener en cuenta que la naturaleza asociativa del demandante quedó completamente demostrada, así como quedó completamente desvirtuados los elementos que configuran u contrato de trabajo como tal.

Ahora bien, frente al pago de prestaciones sociales aunado a lo anterior, solicito al honorable tribunal tener en cuenta como de manera respetuosa la juez de primera instancia omitió y desconoció arbitrariamente al emitir el fallo que mi representada le pago al actor todos y cada uno de los emolumentos propios de una cooperativa de trabajo asociado como lo es una compensación mensual ordinaria y extraordinaria que equivaldría su si hubiese sido un contrato de trabajo a salario, una compensación que equivaldría a las cesantías, unos rendimientos a esa compensación anual que equivaldrían a intereses sobre las cesantías pero no con la misma tasa o porcentaje que ordena el código sustantivo del trabajo sino por una tasa superior a lo ordenado en el régimen laboral, como también desconoció el pago de una compensación semestral que equivaldría a una prima que se canceló no solamente en Julio sino también en diciembre como quedó registrado en los históricos de pago sin dejar de mencionar que le pagó una prima o compensación adicional en navidad. Adicional al tema, también se desconoce cómo se le pago al trabajador asociado un descanso anual que es el equivalente de vacaciones i hubiese sido un contrato de trabajo y se le pagó tiempo suplementario que equivaldría a horas extras, desconociendo también el auxilio de transporte legal y extralegal, un auxilio de alimentación legal y extralegal que le otorgó la cooperativa por mera liberalidad al actor.

En lo que se refiere a la indemnización por no consignación de cesantías es claro que el juez de primera instancia desconoció que el concepto como tal de cesantías no existe en una cooperativa de trabajo asociado, también desconoció y desatendió las pruebas obrantes en el proceso donde consta que dichas compensaciones anuales con sus respectivos rendimientos e fueron devueltos en su totalidad al actor en su liquidación final, es más, estas compensaciones anuales de cesantías fueron entregadas parcialmente al actor por su propia solicitud, para ser disfrutadas por el mismo en varias ocasiones tal como consta en la pruebas obrantes en el plenario en los años 2008, 2010, 2012 y 2013 es decir, reconocerle hoy el pago de las mismas es reconocerle un doble pago por algo que ya disfrutó por solicitud del actor, pruebas que claramente y que de manera respetuosa la juez de primera instancia no valoró, pago para que su honorable tribunal para que sean por ustedes considerados que al ser desconocidos hoy y no compensados por la honorable juez de primera instancia configuran tanto como un doble pago, generando un enriquecimiento sin justa causa en favor del actor y un empobrecimiento como ya lo habíamos manifestado en contra de las aquí demandadas siendo una conducta totalmente adversa y contraria a derecho, aunado a lo anterior me permito manifestar que fue tan claro el convenio de asociación y es tan claro que las cooperativas de trabajo existen y que los rigen una legislación completamente diferente a las normas laborales que me permito citar lo siguiente:

“Por definición legal el artículo 70 de la ley 79 de 1988 ha definido que las cooperativas de trabajo son aquellas que vinculan al personal de sus asociados para la producción de bienes, la ejecución de obras y prestación de servicios, entre tanto, por desarrollo jurisprudencial se ha indicado que las cooperativas en general son empresas asociativas sin ánimo de lucro en las cuales los asociados o usuarios según el caso son los dueños y su aporte puede ser en dinero, en especie o industria tal como lo ha indicado la

honorable corte constitucional en sentencia C -211 del 2000 de manera que las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre de varias personas de asociarse para trabajar mancomunadamente bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos reglamentos internos o estatutos”, lo anterior en la medida que como ya se ha indicado anteriormente y que es de pleno conocimiento la calidad de socio y trabajador existe en una sola persona que se vincula a la cooperativa mediante un contrato de asociación . De esta manera y teniendo en cuenta que el vínculo contractual que une a la persona con la cooperativa de trabajo asociado es un vínculo asociativo de conformidad al artículo 3 de la ley 79 de 1988 que escapa y se diferencia ampliamente del vínculo laboral que existe entre empleador y trabajador, podemos llegar a concluir que las relaciones entre los asociados de las cooperativas se encuentran al margen de las normas que regulan las normas laborales, esto es las propias entre trabajadores y empleadores, razón por la que se puede concluir sin duda alguna que los asociados no son sujetos pasivos del código sustantivo del trabajo y por lo mismo en su calidad de asociados a una cooperativa no pueden ser sujetos jamás a la legislación laboral.

Lo primero que se debe dejar claro en el marco de esta demanda es que el convenio asociativo no es un contrato de trabajo, clara mente entre el demandante y mi representada jamás existió una relación laboral sino asociativa, ese orden de ideas la relación asociativa no se rige por las normas del código sustantivo del trabajo sino por el de decreto 4588 de 2006 en su artículo 11 que supone la naturaleza del convenio asociativo que es absolutamente distinta a la del contrato de trabajo. En el artículo 11 reza “acuerdo cooperativo de trabajo asociado es el contrato que se celebra por un número determinado de personas con el objeto de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa de trabajo asociado cuyas actividades deberá cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro, este acuerdo debe surgir de la manifestación libre (como ocurrió con el actor) y voluntaria con la persona natural que participa en la cooperativa de trabajo o que posteriormente se adquiere con el acuerdo cooperativo correspondiente”, que fue lo que paso en el presente caso, este acuerdo obliga a la sociedad a cumplir con los estatutos y regímenes de trabajo y compensaciones y a realizar el trabajo personal de acuerdo con sus aptitudes, habilidades capacidades y requerimientos en la ejecución de labores materiales e intelectuales sin que este vínculo quede sometido a la legislación laboral, de ahí que la corte constitucional haya en varias oportunidades que las cooperativas y sus asociados no tiene relación de índole laboral, al respecto es conveniente citar la sentencia t-305 de 2008 que indicó:

“Según el decreto 4588 de 2006 las organizaciones solidarias e caracterizan por asociar personas naturales de manera simultánea que son gestoras, contribuyen económicamente a la asociación”, que fue cuando el actor realizó los aporte sociales y son aportes directos de la capacidad de trabajo en desarrollo de las actividades económicas profesionales e intelectuales que fue el aporte de trabajo que realizó el actor frente a la empresa cliente con el fin de producir bienes y prestar servicios.

Es por ello que la conformación de organizaciones cooperativas se perfecciona a través de la celebración de un acuerdo cooperativo que surge a través de la manifestación libre y voluntaria de la persona natural, manifestación que en el caso que hoy nos ocupa jamás su consentimiento fue revestido de algún tipo de irregularidad que participa en su creación y posteriormente se le adhiere suscribiendo un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, en este caso, este acuerdo obliga al asociado a cumplir con los estatutos, regímenes de trabajo asociado y de compensaciones prestando sus aptitudes, capacidades, habilidades y requerimientos en la ejecución de labores materiales e intelectuales sin que este vínculo quede sometido a la legislación laboral. Entonces nótese que la razón de ser de la cooperativa si bien es contratar con terceros su autonomía es total y las relaciones jurídicas entre los asociados y la cooperativa y aquellos está regida por los estatutos y regímenes y jamás por una relación laboral.

Adicionalmente, me preciso manifestar o aclarar que frente a las consideraciones hechas de manera respetuosa por la juez de primera instancia no se tuvo en cuenta que el artículo 63 del decreto 2025 y muchos apartes del decreto 2025, en especial el que manifestó que no podía enviar trabajos en misión, algo que jamás hizo como tal mi prohijada fueron declarados nulos, esto sucedió en febrero del año 2018 por el consejo de estado, es decir, debe tenerse en cuenta que muchas de las consideraciones tenidas por el juez de primera instancia se están emitiendo en artículos que ya fueron decretados nulos por el consejo de estado para que sean tenidos en cuenta por el honorable tribunal. Estimada la naturaleza del vínculo jurídico los asociados, honorable tribunal, sea preciso indicar que la cooperativa SERVICOPAVA se encuentra plenamente constituida bajo el marco legal, cumpliendo todas y cada una de las exigencias normativas para su funcionamiento, por consiguiente, el acuerdo de trabajo asociado suscrito y ya extinto con el actor fue por renuncia voluntaria la cual obedeció, así como su ingreso, de manera voluntaria sin que en ningún momento hubiere sido constreñido su consentimiento, y no fue un contrato de trabajo sino un convenio de asociación como hoy de manera errada y temeraria lo pretende hacer ver el actor.

Con base en lo expuesto solicito su señoría se sirva a aceptar la apelación por parte de mi prohijada y al honorable tribunal se sirva a revocar el fallo de primera instancia y desvincular a mi poderdante del presente proceso solicitando además de manera respetuosa tampoco reconocer ningún contrato realidad con la empresa cliente toda vez como ya quedo ampliamente demostrado por las pruebas obrantes en el proceso el actor nunca sostuvo un contrato de trabajo sino un convenio de asociación y jamás ostentó una

A su turno AVIANCA, además de coadyuvar la alzada propuesta por SERVICOPAVA, lo adiciona en el sentido de señalar que en la sentencia, la juzgadora no tuvo en cuenta las doce excepciones de mérito propuestas por esa sociedad.

En ese orden de ideas, afirma, la juez de primer grado omitió referirse a la ausencia de demostración de la subordinación, máxime cuando se probó, con los testimonios y el interrogatorio absuelto por el demandante que todo dependió de SERVICOPAVA, por lo que en el proceso se están favoreciendo los intereses del demandante sin fundamentos de hecho y de derecho, otorgando de manera inadecuada un doble pago, pues quien fungió como verdadero empleador fue SERVICOPAVA quien actuó con libertad legal, por lo que mal puede endilgársele mala fe cuando siempre ha actuado en cumplimiento de sus obligaciones legales, por lo que no encuentra razón o motivo para que se le endosen situaciones que a la postre no están demostradas.

De persistirse en las condenas, resalta, debe considerarse que en el fallo de primer grado nada se dijo respecto del fenómeno de la compensación como medio exceptivo, propuesto desde la contestación de la demanda, la que debió operar en el sentido de que SERVICOPAVA canceló todos los emolumentos como cooperado al demandante, precisando, lo único que se observó en el transcurso del proceso fue que se aplicaron indebidamente normas que no están acordes con lo pretendido en tanto SERVICOPAVA es una entidad independiente con autonomía financiera que nada tiene que ver con AVIANCA S.A., excepto la oferta mercantil que no está viciada en su consentimiento.

De otro lado se refiere al hecho de que se hubiera considerado que el demandante desarrollaba una actividad misional, que no se presentó, resaltando actuó de buena fe y no violó ningún derecho del trabajador quien de hecho era consciente de su calidad de cooperado y no de trabajador directo de AVIANCA²

condición distinta a la de asociado ¿, en consecuencia de lo argumentado también solicito absolver de cada una de las pretensiones invocadas por el actor, con lo anterior dejo sustentado el recurso de asociación por parte de SERVICOPAVA. Gracias su señoría.”

² *“Señoría muchas gracias, estando dentro de la oportunidad procesal, me permito interponer recurso de apelación contra toda la parte resolutive emitida por su señoría el día de hoy en donde sin fundamento se condena a mi representada AVIANCA S.A. cuando la apoderada de SERVICOPAVA ha sido muy*

específica en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se suscitó el vínculo asociativo y por ende las desvinculación cooperativa con SERVICOPAVA en ese orden de ideas, como primera medida manifiesto que coadyuvo en todas sus partes el recurso de que interpuso la apoderada de SERVICOPAVA y lo adicione en el sentido que la juez de primera instancia no las doce excepciones que se fundamentaron para solidificar la defensa de AVIANCA para contestar el libelo de la demanda y que fueron debidamente comprobadas en el transcurso del libelo del proceso, en especial que no quedó probada la subordinación del señor JUAN PABLO BEDOYA con AVIANCA, por el contrario, como lo ha dicho la misma apoderada de SERVICOPAVA, este señor fue cooperado de SERVICOPAVA y nunca suscribió contrato laboral ni por escrito ni de manera verbal con mi representada,.

En ese orden de ideas la juez de primera instancia omitió referirse a dicha excepción que está claramente demostrada, igualmente al no existir ninguna subordinación por parte de mi representada tampoco se le pueden imputar obligaciones que demanda la parte actora cuando ha quedado demostrado fehacientemente y no solamente con dichos de testigos y con el mismo interrogatorio del demandante sino con pruebas que todo dependió de SERVICOPAVA en ese orden de ideas, como la apoderada de SERVICOPAVA lo dijo aquí se está otorgando de manera inadecuada un doble pago, favoreciendo los intereses del demandante sin fundamentos de hecho y de derecho por lo que al existir un cobro de lo no debido la juez de primera instancia imputa condenas contra AVIANCA S.A. cuando está demasiado claro y me abstengo de seguir redundando sobre el tema, quien siempre fungió como verdadero empleador del demandante, señor Juan Pablo Bedoya era SERVICOPAVA, por ende esta empresa actuó con plena libertad legal como la apoderada legal lo acaba de señalar y que en el transcurso del proceso y en este recurso estamos diciendo, la juez de primera instancia no la tuvo en cuenta, por ende, mal puede endilgársele también a mi representada mala fe, mi defendida siempre ha actuado de buena fe y en cumplimiento de sus obligaciones legales, así que no se encuentra, razón, motivo o circunstancia para que se nos esté endilgando aprovechamientos en el sentido de disfrazar situaciones que a la postre no están demostradas, por el contrario, la oferta mercantil es muy clara, y téngase en cuenta honorables magistrados que este documento no fue objeto de tacha por ninguna de las partes, quiere decir tiene plena validez, si tuviera un vicio en ese sentido lo hubiera manifestado la apoderada del demandante desde la instauración del libelo de mandatorio.

Así las cosas, no se entiende por qué la juez de primera instancia le endilga un mal proceder a mi representada AVIANCA S.A. En idénticas condiciones y en el hipotético caso que en la segunda instancia se persista en algunas condenas, debo indicar desde ya que la que de primera instancia para nada el fenómeno de la compensación como medio exceptivo que se propuso al contestar el libelo de demanda, compensación en el sentido que SERVICOPAVA le canceló todos los emolumentos como cooperado al demandante, así las cosas si la juez de primera instancia hubiese tenido en cuenta esta figura, no estaríamos en tan enorme y desproporcionada condena a la que hoy estamos siendo sometidas, tan solo tuvo en cuenta parcialmente el fenómeno de la prescripción que fue la única a la que la juez de primera instancia le tuvo atención, porque no tuvo en cuenta que para AVIANCA hay una total inexistencia de las obligaciones que reclama el señor BEDOYA y que el a quo no las tuvo en cuenta a pesar de haber sido contundente la contestación, los documentos las declaraciones y el mismo interrogatorio tanto del demandante como del liquidador de la empresa SERVICOPAVA así las cosas, lo único que se observó en este transcurso de proceso y en el final de este mismo juicio jurídico fue que se aplicaron indebidamente normas que no vienen acorde con lo aquí pretendido,.

SERVICOPAVA es una entidad totalmente independiente con autonomía financiera y por ende nada que ver con AVIANCA S.A. El solo hecho que la haya unido con una oferta mercantil, que vuelvo a repetir no tiene ningún vicio del consentimiento y no tiene situaciones que merezcan reproche se debe tener por parte del honorable tribunal tener en cuenta las noemas que legalmente aplican tanto a AVIANCA como a SERVICOPAVA y en ese orden de ideas evitar estas desproporciones condenatorias a las que hoy estamos siendo sometidos.

También en el transcurso del fallo que fue objeto de impugnación en su totalidad también se tiene como si el señor BEDOYA haya tenido con AVIANCA una actividad misional, situación que aquí no se presentó, situación totalmente cooperada que difiere de un trabajo misional, en ese orden de ideas ruego a la segunda instancia tener por demostrado que AVIANCA actuó de buena fe, en ningún momento violó ningún derecho a una persona que nunca fue trabajador JUANPABLO BEDOYA porque lo fue de la cooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA y así el señor BEDOYA durante el transcurso del proceso e incluso como lo manifestó la apoderada el señor demandante es consciente que fue cooperado de SERVICOPAVA y no trabajador directo de AVIANCA S.A. por lo que no existe para que se de aplicación al artículo 23 del código sustantivo del trabajo.

Así las cosas, honorable señora juez solicito muy respetuosamente se me conceda el recurso el cual ampliaré en su momento procesal ante el honorable tribunal superior de este distrito judicial en su sala laboral para que sea esta instancia quien revoque estas condenas exorbitantes por las cuales está siendo sometida y poderdante y en consecuencia nos absuelva de todas y cada una de las pretensiones del libelo de demanda, tenga en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho que se presentaron al contestar el

(Cd a folio 1043 cuaderno 3 récord: 01:07:10, acta a folio 1045 a 1046 cuaderno 3).

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN PABLO BEDOYA las pretensiones relacionadas a folios 265 y 266, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 266 a 268, aspirando de manera principal se declare que entre él y la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA existió un contrato realidad de trabajo a término indefinido, derivado de la labor directa desempeñada desde el 6 de marzo de 2006 hasta el 11 de mayo de 2017 y que la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA actuó como simple intermediaria en dicha relación laboral. En consecuencia, se condene a las demandadas a reconocer y pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y dotación durante el tiempo que estuvo vigente el vínculo laboral junto con la indemnización moratoria por falta de pago prevista en el artículo 65 del C.S.T. -y subsidiariamente la indexación-, la sanción por no consignación oportuna de las cesantías y sus intereses, las costas y los derechos ultra y extra petita. En subsidio, de la petición de intermediación, pide se *“condene solidaria y mancomunadamente como responsables a las dos demandadas, por motivo de haber sido AVIANCA S.A. la beneficiaria directa”* de su labor. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y AVIANCA S.A. entre el 6 de marzo de 2006 y el 11 de mayo de 2017, estableciendo que SERVICOPAVA CTA actuó como una simple intermediaria, y se condenó a la primera a pagar a favor del trabajador demandante las prestaciones sociales reclamadas, a excepción de la dotación pretendida, y las vacaciones, junto con la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías. Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado que la actividad desempeñada por el actor en virtud del convenio de asociación fue una actividad misional de AVIANCA que desdibujaba su vinculación a través de cooperativa; además, en razón a que conforme las pruebas recaudadas era la usuaria quien asignaba turnos, capacitó al trabajador

libelo de demanda las excepciones que legal y oportunamente se formularon y proceda a condenar en costas a la parte actora, en los anteriores términos dejo descrito el traslado para presentar mis alegatos frente al fallo emitido por su señoría .Muchas gracias.”

y le otorgó beneficios, aunado a que los bienes eran propiedad de AVIANCA por lo que no encontró autonomía de la intermediaria, dando así preponderancia a lo ocurrido en la realidad. Se pronunció únicamente respecto de la excepción de prescripción la cual declaró parcialmente probada, liquidando por tanto los conceptos peticionados en la demanda.

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

Es menester memorar, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, precisamente el distanciamiento se presenta en ese sentido, pues entre tanto el demandante afirma que prestó sus servicios para AVIANCA, siendo SERVICOPAVA CTA una simple intermediaria, las demandadas se oponen, indicando que la relación laboral pretendida por el actor no existió, por cuanto este prestó sus servicios en virtud del convenio de asociación suscrito con la última, ostentando el actor la calidad de asociado.

Así las cosas, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura, es la forma como se ejecuta la prestación pues prima la realidad “*en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*”³

De esta manera, permite la doctrina y la jurisprudencia, examinar cómo se ejecutó la labor desarrollada por el actor, quien afirma haber prestado sus servicios para AVIANCA y en ese orden atendiendo a la ventaja probatoria

³ Citado por Américo Pla Rodríguez “Los Principios del Derecho del Trabajo”, de. De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio por cuanto acreditado dicho aspecto, se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701.⁴

En la misma dirección, teniendo en cuenta que la pasiva se opone a las pretensiones de la demanda bajo el argumento, que el vínculo del demandante fue con SERVICOPAVA CTA en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por el demandante (folio 365), debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo 25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que *“El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se realice”*.

A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas *“...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado”*.

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de

⁴ *“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.”

características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000⁵.

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

“ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el artículo 59 del mismo compendio normativo.

“ARTICULO 59.- En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.”
(Subraya de la Sala).

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

*“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o*

⁵ “Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario.

En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”

indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

*3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por** las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursoas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).*

(...)”

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

“Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”. (Resalta la Sala)

Precisado lo anterior aborda la Sala el estudio de los medios de prueba obrantes en el plenario.

En primer lugar, se tiene que AVIANCA en el interrogatorio de parte absuelto por su representante legal⁶, dijo no ser cierto que tuviera personal que coordinaba actividades terrestres, además, que la función desarrollada por SERVICOPAVA en virtud del vínculo existente entre esas personas jurídicas, era independiente y autónoma, solo que bajo la supervisión de AVIANCA, anotando, las actividades desarrolladas por la Cooperativa se enmarcaron en los términos contractuales. Con relación a la determinación de los horarios mencionó que existía independencia de la Cooperativa en cuanto a las personas que destinaría para la operación, pero en lo referente al sitio, era claro que las tareas debían ejecutarse en las instalaciones aeroportuarias. Aludió, si bien el Ministerio de Trabajo, Territorial Cali, le impuso sanciones por desconocimiento de las normas de intermediación, adujo que contra la misma se interpusieron los recursos

⁶ Cd folio 1037, cuaderno 3, récord 10:58.

respectivos que están pendientes de ser resueltos por lo que esa determinación no está en firme. Respecto de la plataforma “AVANCEMOS”, aseguró no haber dado órdenes al demandante por allí. Frente a las herramientas de trabajo, dijo desconocer si todas eran de propiedad de AVIANCA pero recordó que celebró un contrato de comodato con la Cooperativa para facilitar el uso de las mismas. Al indagársele por el seguro tomado por AVIANCA en el que aparece como beneficiario el demandante, ilustró que ello se hace en cumplimiento de las reglamentaciones y en virtud de la naturaleza especial de la CTA, precisando, ello fue una obligación pactada con esta última. Indicó, el demandante también tenía beneficio de alimentación y transporte, pero compartían proveedores con SERVICOPAVA y era esa la que asumía el pago. Acerca de las capacitaciones, aclaró que esa también era una obligación contractual asumida con SERVICOPAVA quien financiaba las mismas y que daba estas a muchas otras empresas.

Por su parte el liquidador de SERVICOPAVA⁷ en representación de esta, ante el estrado mencionó que los elementos de trabajo empleador por el demandante en el desarrollo de sus labores si bien eran de propiedad de AVIANCA, le habían sido entregados en comodato a la CTA, incluso, algunos trabajadores usaban recursos propios que luego le eran reconocidos. Sobre las capacitaciones, apuntó no ser cierto que no efectuara las mismas y por el contrario, manifestó que no había ningún impedimento para contratar la realización de estas a través de terceros, pero pagados por la Cooperativa, como en efecto se hizo. En referencia a las instrucciones, dijo que las funciones eran determinadas por la Cooperativa según el manual de funciones y que, aunque siempre asumió la subordinación, era claro que existían labores de supervisión.

A su turno, el demandante en su interrogatorio⁸ expresó, suscribió convenio cooperativo con SERVICOPAVA el 6 de marzo de 2006 aclarando que “siempre trabajó para AVIANCA” en el cargue y descargue de maletas y luego cambió a auxiliar de asistencia clientes. Sostuvo, la CTA lo afilió a pensión, salud y riesgos profesionales, además le pagó la liquidación correspondiente cuando renunció, precisando vio el dinero depositado en su cuenta pero no supo de qué

⁷ Cd folio 1037, cuaderno 3, récord 30:55

⁸ Cd folio 1037, cuaderno 3, récord 41:54

era. También sostuvo que disfrutó de su descanso anual, que realizó aportes sociales los cuales le fueron devueltos al renunciar. Adujo, el carné que usaba tenía dos caras, por un lado se identificaba a AVIANCA y por el otro figuraba SERVICOPAVA. Dijo que pidió permisos a SERVICOPAVA, así como las compensaciones anuales y préstamos de libranza. Comentó que en 2017 votó para nombrar miembros de la asamblea.

En el expediente se recaudaron igualmente los testimonios de NELSON EDUARDO RUIZ PERDOMO⁹, MARLENE INFANTE PRADA¹⁰ y WILSON DÍAZ PADILLA¹¹.

El primero, dijo que conoció al demandante hace 10 años porque compartieron área de trabajo en el cargue y descargue de aeronaves, precisando, laboraban en operaciones terrestres, en la misma cuadrilla aunque desarrollando diferentes cargos, solo tuvieron un periodo de 4 meses en el que ejecutó idénticas funciones a las del actor. Ahora, aunque sostuvo que el demandante recibió capacitación en operaciones terrestres e ingresó a un semillero, posteriormente precisó que no estuvo con el actor en ninguna de ellas por lo que no le consta directamente. Indicó, la actividad del actor se regía por las políticas de AVIANCA -manual para operación seguridad aeroportuaria- y sus jefes, asegura, estaban vinculados con esa sociedad. También dijo que la dotación les era entregada por personal de AVIANCA y tenía logos de esa compañía, que los turnos laborales eran programados en una plataforma denominada “*stream live*” por personal de AVIANCA. Comentó que existía otro recurso digital llamado “avancemos” en el que se realizaban capacitaciones por AVIANCA que solo eran superadas con un 80%. Relató, cuando se cometían faltas se comentaba la situación al jefe inmediato que era el “líder de rampa”, quien a su vez comunicaba al “líder de terminal” y este al “Duty Manager” y estos determinaban si los mandaban a descargos, proceso que era adelantado por la Cooperativa de Trabajo Asociado. Comentó que tenían acceso a los beneficios de AVIANCA como el casino, la ruta y el auxilio educativo. Desconoce si al demandante le iniciaron algún trámite disciplinario. No vio desprendibles de nómina del actor, desconoce quien le pagaba, y no le consta directamente quién le entregó la

⁹ Cd folio 1037, récord 54:46

¹⁰ Cd folio 1037, cuaderno 3, récord 1:40:15

¹¹ Cd folio 1037, cuaderno 3, récord 2:12:29.

dotación al demandante, tampoco conoce la vinculación de los líderes de rampa pero infiere que eran de AVIANCA porque el carné estaba identificado con ese nombre. Deduce que SERVICOPAVA era una intermediaria porque a través de esta última era que les pagaban, pero no sabe como se hacían los pagos o de dónde salían los recursos.

MARLENY INFANTE PRADA¹², afirmó que estuvo vinculada a SERVICOPAVA en calidad de Directora Administrativa, por lo que a su cargo estuvo la jefatura de recursos humanos, de jurídica, de salud ocupacional, entre otras, razón por la cual tiene conocimiento que el accionante estuvo vinculado como cooperado, para el cumplimiento del contrato suscrito entre SERVICOPAVA y AVIANCA, recibiendo directrices de los líderes de servicios que estaban vinculados con esa CTA, con dotación entregada por SERVICOPAVA, y al interrogarle sobre el pago al demandante señaló que recibía las compensaciones ordinarias y extraordinarias, anuales, variables, semestrales, anuales, descanso anual, rendimientos, junto con todos los beneficios otorgados por ser asociado, mencionando entre otros el otorgamiento de créditos, actividades familiares, descuento para recibir servicios médicos, auxilio para montura. Al interrogarle sobre la vinculación del demandante, manifestó que se iniciaba un proceso de pruebas posterior a ello, el actor presento solicitud de afiliación a la CTA la cual se acepta y se suscribe el acuerdo, precisando que para ello debió allegar varios documentos. Comentó que el proceso disciplinario era realizado por la Cooperativa a través del abogado vinculado para ese fin. Mencionó, el carné tenía dos caras en la que se identificaba tanto el proceso al que estaba vinculado como su pertenencia a SERVICOPAVA, ello para cumplir con los requerimientos de la Aerocivil y la OPAIN porque la relación de estas últimas era con la línea área por eso debía identificarse. Relató, el reporte de nómina era enviado al correo electrónico del trabajador y podía imprimirse en la página de la CTA. Ilustró que los representantes de los trabajadores eran elegidos por votación en asamblea y que el demandante estuvo elegido para la asamblea como en 2015 o 2016. Sostuvo, el trabajador recibió capacitaciones de distinta índole y entiende que algunas fueron realizadas por AVIANCA por así estar acordado.

¹² Cd. fol. 587, record: 19:48

Por su parte WILSON DÍAZ PADILLA, señaló que distingue al demandante desde el 2011 porque trabajaron juntos en AVIANCA a través de SERVICOPAVA, por lo que le consta que este desempeñó actividades como auxiliar de servicio en tierra, en el área de cargue y descargue de equipaje y que luego pasó a ser auxiliar de apoyo especialmente cuando viajero viene con conexiones. Aludió, el uniforme y el carné tenían distintivos de AVIANCA. Contó que las actividades se sujetaban al manual de AVIANCA y que tenían varios líderes. Evocó, tenían un sistema de comunicación digital en el que daban capacitaciones denominado AVANCEMOS que tenía logo de AVIANCA. Dijo, recibían los beneficios de AVIANCA como el casino, tiquetes, ruta, etc.; que los uniformes y la dotación era entregada en el edificio de SERVICOPAVA pero por persona del AVIANCA. Refirió no haber visto el convenio suscrito por el demandante con la cooperativa, ni los desprendibles de nómina. No le consta quién le pagaba, cuándo renunció ni las razones que adujo para ello, tampoco las capacitaciones recibidas por el demandante pues nunca estuvo con él en ninguna de ellas, infiere que su situación era igual a la del actor, tampoco que le consta que haya entrado a la plataforma AVANCEMOS, tampoco tuvieron los mismos turnos. Desconoce si el actor fue sujeto de procesos disciplinarios.

En este punto, debe precisar la Sala solo el testimonio vertido por MARLENE INFANTE, goza de credibilidad por cuanto su versión fue espontánea y clara en su dicho, además de constarle directamente los hechos expuestos; no así los testimonios de NELSON EDUARDO RUIZ PERDOMO y WILSON DÍAZ PADILLA, pues en realidad sus declaraciones estuvieron más encaminadas a relatar sus situaciones personales y no les consta directamente quién impartía ordenes al demandante o quién era el empleador de estos, pues lo relatado no pasa de ser una mera percepción personal a raíz de los documentos con que se identificaba el personal, no debiendo olvidar, que esa sola circunstancia no da a entender *per se*, que las personas que impartían las instrucciones, por tener un carné con el distintivo de AVIANCA, estaban vinculados a esta. En todo caso, lo cierto es que desconocen las situaciones particulares de la vinculación del actor.

Ahora bien, al expediente se incorporó prueba documental, de las que se destacan las siguientes:

- Certificación expedida el 17 de mayo de 2017 por el Jefe del Departamento Jurídico de SERVICOPAVA (folio 225) en el que consta que:

“El señor JUAN PABLO BEDOYA ARRIETA identificado con la cédula de ciudadanía No. 92189454 desarrolló sus labores Asociativas en la Cooperativa de Trabajo Asociado- SERVICOPAVA, dese el 6 de marzo de 2006 hasta el 11 de mayo de 2017, en la ciudad de Bogotá. El último cargo asociativo desempeñado fue de AGENTE OPERACIONES TERRESTRES.”

- Copia del carné de identificación con logotipo de AVIANCA (folio 226 y 227).
- Copia del carné del aeropuerto el dorado en el que se identifica al demandante como trabajador de SERVICOPAVA (folio 228).
- Copia del correo electrónico de fecha 4 de febrero de 2016 (folio 234), dirigido al actor, en el que se da respuesta a una reclamación, remitido por ADRIANA BARAJAS CARO desde el dominio “@avianca.com”.
- Copia del correo electrónico de 12 de mayo de 2016 dirigido a OSCAR SILVA – Coordinador de Transporte de Avianca- de parte del demandante, en la que solicita ayuda por los inconvenientes presentados en la ruta, advirtiendo que SERVICOPAVA ya tiene conocimiento del asunto (folio 235)
- Copia póliza seguro de vida grupo en la que figura como tomador AVIANCA S.A. y como asegurado el demandante (folios 237 y 238).
- Certificación expedida por AVIANCA S.A. el 16 de diciembre de 2010, al demandante por haber culminado el programa de formación profesional integral “técnico en mantenimiento de motores Diesel” (folio 239).
- Certificación expedida por AVIANCA el 7 de noviembre de 2007 en la que consta que el actor recibió entrenamiento- taller en “*Manejo de Conductas Seguras en Rampa*” (folio 240).

- Contrato de pasantía suscrito entre el actor y AVIANCA, por un término de 6 meses comprendidos entre el 20 de marzo de 2010 y el 29 de septiembre de 2010, con el fin de realizar las actividades necesarias para obtener su título de técnico mecánica motores Diesel (folio 245 a 246).
- Comunicación dirigida a SERVICOPAVA, suscrita por el demandante, en la que manifiesta su voluntad de renunciar al cargo a partir del 11 de mayo de 2017, aduciendo motivos personales, con sello de recibido por parte de la Cooperativa en esta última fecha (folio 247 y 919).
- Misiva del 16 de mayo de 2017 dirigida al actor en la que SERVICOPAVA acepta su renuncia a las funciones que desempeñaba como AGENTE OPERACIONES TERRESTRES (folio 248 y 920).
- Copia paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación (folio 249 y 921).
- Certificación expedida por el representante legal suplente de la cooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA, (folio 880) en la que consta:

“Que entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava y la empresa cliente Avianca, se suscribió una oferta mercantil para prestar servicios de soporte en actividades no misionales de la empresa cliente.

Que a su vez, la oferta mercantil suscrita no fue prorrogada por parte de la empresa cliente Avianca, finalizando la relación contractual atrás referida a partir del treinta y uno (31) de diciembre de 2017.

Que los trabajadores asociados de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, en razón a la finalización de la oferta mercantil, no se les permite el ingreso a las instalaciones aeroportuarias donde realizaban sus labores asociativas desde el 31 de octubre de 2017.

Que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA de común acuerdo con sus otras empresas clientes, han decidió finalizar las ofertas mercantiles suscritas entre las partes, con cortes entre el 30 de noviembre y 31 de diciembre de 2017.”

- Copia del convenio de asociación suscrito entre “la precooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA” y el demandante el 6 de marzo de 2006 (folio 908), por el cual el trabajador se obliga a desempeñar funciones como AUXILIAR AISTENCIA EN TIERRA de acuerdo con la oferta mercantil firmada entre AVIANCA y SERVICOPAVA, así como el convenio de asociación suscrito con esa cooperativa.
- Solicitud de afiliación a la precooperativa, suscrita por el actor y dirigida al director ejecutivo de SERVICOPAVA (folio 909).
- Aceptación afiliación como asociado de la precooperativa SERVICOPAVA (folio 910).
- Autorización de descuento de aportes voluntarios, en la que el actor autoriza a SERVICOPAVA a descontar mensualmente de sus compensaciones ordinarias y/o extraordinarias la suma de \$13.600 por concepto de aportes voluntarios que incrementen su cuenta individual de aportes sociales (folio 911). En esa misma comunicación, el demandante manifiesta que se somete a las disposiciones legales y a la reglamentación de SERVICOPAVA para la devolución total o parcial de esos aportes voluntarios.
- Acta convenio de capacitación en la cual se acuerda la realización del programa Mantenimiento de Motores Diesel (folio 912), al cual el trabajador asociado -demandante- se obliga a asistir a todas las caleses lectivas y productivas, salvo incapacidad, fuerza mayor o caso fortuito, así como a no retirarse ni del curso ni de la Cooperativa, antes de finalizar el mismo.
- Copia de la constancia de afiliación de JUAN PABLO BEDOYA a caja de compensación, salud, pensión y riesgos profesionales (folios 914 a 917) por parte de SERVICOPAVA.

- Carné de identificación del demandante (folio 918), en el anverso se visualiza su nombre y el logotipo de AVIANCA, en su reverso, el siguiente texto:

“Este carné se expide a su portador en atención a la relación comercial que tiene Avianca con la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO. Quien lo porta es Trabajador Asociado de la Cooperativa en mención y se entrega únicamente para ser utilizado como identificación interna en las instalaciones de Avianca. En consecuencia, no implica ni genera relación u obligación laboral alguna entre su portador y la Empresa AVIANCA S.A.”

- Certificación de pagos efectuados por SERVICOPAVA a favor del trabajador, al sistema integral de seguridad social (folios 922 a 965)
- Relación pago de compensaciones realizado por SERVICOPAVA a JUAN PABLO BEDOYA desde el 2006 hasta el 2017 (folios 966 a 986).
- Solicitud de descanso por jornada electoral, como jurado de votación y elector, suscrita por el demandante, dirigida a SERVICOPAVA (folio 987 a 989).
- Solicitud de permiso por calamidad domestica dirigida a SERVICOPAVA (folio 990).
- Solicitud pago de compensación anual para reparaciones locativas y construcción (folios 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998 y 999) realizadas por el demandante a SERVICOPAVA.
- Documentos soporte de préstamos realizados por la Cooperativa a JUAN PABLO BEDOYA (folios 1024).

Del acervo probatorio vertido en autos, puede extraerse, que el demandante prestó servicios como auxiliar de asistencia en tierra y posteriormente como agente de operaciones terrestres, por el acuerdo cooperativo de trabajo asociado, suscrito entre el demandante y SERVICOPAVA, el 6 de marzo de 2006 (folio 908), ejecutando funciones de cargue y descargue de equipaje de los vuelos de Avianca, en virtud del contrato surgido de la aceptación de Avianca de

la oferta mercantil emitida por Servicopava de la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos (folios 494 a 499 y 500 a 536)

Conforme lo anterior, a juicio de esta Sala de decisión, aunque la prestación del servicio del actor fue en favor de AVIANCA S.A., lo cual da lugar a la aplicación de la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., lo cierto es que lo que deviene del material probatorio es que ello fue en virtud, de una parte, del convenio de asociación suscrito por el demandante en calidad de trabajador asociado con la cooperativa SERVICOPAVA, y de otra, a la oferta mercantil que esta última celebró con AVIANCA, advirtiendo, conforme las pruebas, la labor se ejecutó con las herramientas dispuestas por la CTA, adquiridas en virtud de un contrato de comodato celebrado con AVIANCA (folios 537 a 877) y bajo las directrices de la misma Cooperativa por medio de sus líderes de servicio, que según la testigo MARLENE INFANTE estaban vinculados con la CTA, siendo las labores realizadas por el demandante relacionadas con el objeto social de SERVICOPAVA (folio 420) en el que entre otros se encuentran “...servicios aeroportuarios, operaciones servicio a pasajeros, equipaje, carga, correo (...) y/o carga en rampa...”

Adicionalmente, quedo plenamente acreditado que la CTA realizó el proceso de vinculación del demandante, incluso desde la convocatoria, presentando el actor solicitud de vinculación como cooperado (folio 909) la cual una vez aceptada (folio 910) derivó en la suscripción del referido acuerdo cooperativo de trabajo asociado (folio 908) incluso se acreditó que el demandante efectuó aportes sociales y retiró los mismos al momento de su desvinculación, además, se benefició de las prerrogativas que ofrece la cooperativa a sus trabajadores asociados como, por ejemplo, los créditos, y el mismo confesó que participó en la elección de sus representantes, concluyéndose así que el promotor del litigio tenía pleno conocimiento de que su vínculo era con la CTA en calidad de cooperado.

Valga anotar además, no se advierte de ningún medio de prueba que el poder subordinante fuera ejercido por AVIANCA, contrario a ello, se verifica que el mismo fue desplegado por la Cooperativa de Trabajo Asociado demandada, situación que no era desconocida por el promotor del litigio pues era ante esta

que tramitaba sus permisos (folio 990) y los descansos por la participación en jornadas electorales (folios 987 a 989), así como el retiro de las compensaciones anuales para construcción y remodelación de vivienda (folio 991 a 999)

Ahora bien, es menester precisar, si bien teniendo en cuenta el objeto social de Avianca (folio 342) respecto de la labor ejecutada por el demandante, podría verse que aparentemente las encartadas pudieron incurrir en las prohibiciones del artículo 7 de la ley 1233 de 2008 y del artículo 63 de la ley 1429 de 2010, lo cierto es que en el caso de marras no hay lugar a dar aplicación a las consecuencias derivadas de las prohibiciones en comento, pues ante la evidente ausencia de subordinación, no es dable la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con Avianca. Además, está demostrado que en la realidad el actor fue trabajador cooperado de la CTA y comoquiera que las pretensiones del caso de marras se dirigieron al reconocimiento de derechos que solo son exigibles en virtud de la existencia del contrato de trabajo, tales como el auxilio de cesantías y la indemnización por despido injusto, indudablemente se tiene que absolver a las CTA demandada, debiendo por tanto revocarse la sentencia de primer grado.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio de los puntos objeto de apelación, y habiéndose arribado a distintas conclusiones a las condenatorias halladas por la juez a quo, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

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 la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA CTA, de las pretensiones incoadas en su contra por JUAN PABLO BEDOYA ARRIETA, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

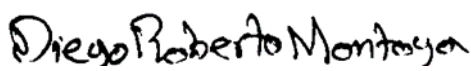
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RUBY DEL ROSARIO
ORTEGON CASTRO CONTRA COLPENSIONES y LA AFP PROTECCIÓN S.A.
(RAD. 28 2019 00399 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL, en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico a folio 169 vto.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones y de la demandante (fls. 166 a 169, 180 y 181), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PROTECCIÓN

y de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de octubre del 2020 (Cd a folio 158, record: 29:22, acta a folios 159 a 161), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora RUBY DEL ROSARIO ORTEGON CASTRO al RAIS con fecha 1° de febrero de 1999, por intermedio de la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCION S.A. y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en la consideraciones de ésta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora RUBY DEL ROSARIO ORTEGON CASTRO identifica con C.C. 51.766.863 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: Las costas de esta instancia están a cargo de las entidades demandadas, señalándose como agencias en derecho la suma \$300.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES. ”

Inconforme con la decisión la AFP PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, en cuanto a la condena de trasladar los aportes sin ningún tipo de descuentos por gastos de administración y seguro previsional, afirmando los gastos de administración son destinados en primera instancia a la conservación de los bienes administrados, asegurando dicha finalidad se cumplió con el pago de la comisión de administración y el aseguramiento del riesgo de invalidez y de sobrevivencia fue descontado y girado a la aseguradora de vida correspondiente con la cual se contrató el seguro previsional y que le brindó la cobertura en dichos riesgos a la demandante por prácticamente más de 25 años, lo que implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y de Colpensiones, aunado a que dichos seguros fueron pagados a un tercero que no

fue vinculado al proceso, por lo que solicita se revoque dicha condena (Cd. fl. 158, record: 31:19)¹

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión expresando que con el paso del tiempo la actora nunca realizo actos que supieran su no intención o inconformidad de no pertenecer a la AFP, pues a la fecha se tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias, engaños o falta de información en contra de ese perfeccionamiento del acto y la firma del formulario de afiliación, asegurando el mismo se ratificó en los términos del artículo 898 del Código de Comercio, igualmente indica que se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consiente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve (Cd. fl. 158, record: 34:45)²

¹ “De manera respetuosa manifiesto al despacho que presento recurso de apelación específicamente en cuanto a la condena que se acaba de impartir a mi representada de trasladar los aportes sin ningún tipo de descuentos por gastos de administración y seguro previsional, sea lo primero señalar señora juez que los gastos de administración tal como lo señala su propia definición son gastos destinados en primera instancia a la conservación de los bienes administrados, finalidad que se cumplió con el pago de la comisión de administración y que igualmente se hubiese cobrado a la demandante en caso dado de haber estado afiliada al régimen de prima media y dos al aseguramiento del riesgo de invalidez y de sobrevivencia porcentaje que fue descontado y girado a la aseguradora de vida correspondiente con la cual se contrató el seguro previsional y que le brindó la cobertura en dichos riesgos de invalidez y de sobrevivencia a la demandante por prácticamente más de 25 años.

Teniendo en cuenta estas consideraciones señora Juez, pues en primer lugar, a tenerse en cuenta que se cumplió con la conservación de los bienes administrados e igualmente con la generación de los rendimientos propios de los cuales se está beneficiando la demandante de tal manera que un traslado sin descuento de dichos gastos implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante en primer término y en segundo lugar el pago de una comisión de administración en favor de Colpensiones por más de 25 años, lapso durante el cual no ejerció ningún tipo de labor de administración que deba ser remunerada, repito pues con los gastos de administración que se sufragaron por más de 25 años y que es un gasto que lo establece la Ley 100 de 1993 en cada uno de los regímenes pensionales.

Ahora bien se plantea igualmente que se tenga que devolver el seguro de invalidez y de sobrevivencia la prima que se pagó a la aseguradora, esta es una prima la cual pues no (sic), Protección no es una entidad aseguradora de tal manera que se tuvo que girar a una tercera entidad por disposición legal, dado que no es una elección por parte de los afiliados y mucho menos de Protección haber descontado o no estos gastos tenían que haber sido girados a un tercero que los recibió, tercero que no fue vinculado a este proceso y que de ordenarse o darse tal disposición debería generarse una nulidad por falta de integración del litisconsorcio necesario, como quiera que no se vinculó a este proceso reitero a las aseguradoras que recibieron por más de 25 años los seguros de invalidez y de sobrevivencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones señora Juez, les solicito a los señores Magistrados que se revoque la condena de trasladar los gastos de administración y del seguro previsional con destino a Colpensiones ya que el mismo no ejerció ninguna actividad de administración durante más de 25 años de tal manera que igualmente se estaría lucrando de manera injustificada por una labor de administración que no ha generado y dos se estaría ordenando a mi representada devolver unos costos que no cobró y que fueron trasladados a un tercero que tampoco fue vinculado a este proceso y que de mantenerse dicha orden genera una nulidad por falta de integración del litisconsorcio necesario con dicha aseguradora. Gracias señora Juez.

² “Me permito presentar recurso de alzada en contra de la sentencia proferida solicitando sea revocada en su totalidad y del análisis de las sentencias se tiene que siendo el proceso valorado bajo la figura de la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora RUBY DEL ROSARIO ORTEGON CASTRO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 7, aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes cotizados en el RAIS y ésta última aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Protección no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con las cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro invalidez y sobrevivencia.

ineficacia y no de la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la actora nunca realizó actos que supieran su no intención o inconformidad de no pertenecer a la AFP, a la fecha se tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias, engaños o falta de información sea en contra de ese perfeccionamiento del acto inexistente en este caso la firma del formulario de afiliación. Téngase en cuenta la existencia señores magistrados, el artículo 898 del Código de Comercio que expresa la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento (sic) perfeccionara el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, igualmente si se quiere hacer el análisis desde el Código Civil tenemos que existe igualmente una ratificación expresa o tácita que trata el artículo 1752, 1754 del Código Civil, también tenemos en cuenta el artículo 1604 que expresa que la prueba de la diligencia de cuidado incumbe al que ha debido emplearla, lo anterior bajo la existencia del Decreto 2241 del 2010 artículo 4 numeral 5 que establece que las decisiones que se tomen dentro del sistema general de pensiones manifestadas a través de documentos firmados u otros medios idóneos implicara la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas, igualmente expresa que se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consiente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve, este silencio, descuido, indiferencia no puede ser alegado en la presente acción en atención a como ya lo repito, el artículo 898 del Código de Comercio que nos habla sobre la ratificación expresa del perfeccionamiento del acto ineficaz.

Así las cosas, a los señores Magistrados revocar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia y absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas. Gracias señora Juez”

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

Así las cosas, a folio 24 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 15 de agosto de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 6 de marzo del 2019 (fls. 87 y 88) y ante Protección el 8 de marzo de 2019 (fls. 89 a 91), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 286,25 semanas de cotización (fl. 134) equivalentes a 5 años, 6 meses y 17 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1° de febrero de 1999 (fls. 119 y 120), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy

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”.

PROTECCIÓN (se acepta en la contestación fl. 114) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

“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 desfavor de los consumidores financieros (…)

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 120), plasmado en el formulario de afiliación a Davivir hoy Protección, éste no constituye en manera

alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 137 y 138, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes DAVIVIR omitió en el momento del traslado de régimen (1° de febrero de 1999 fl. 120), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, administrada por PROTECCIÓN (folio 119), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen

de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en punto a la apelación de PROTECCIÓN los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales, sin que ello implique la vinculación de un tercero a ésta acción, situación que igualmente no fue alegada en la etapa procesal correspondiente por la AFP.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que

en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 145⁵), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

⁵ Por auto del 23 de enero del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 150)

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE PEÑA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, WEATHERFORD COLOMBIA LTD y WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH y como vinculada la AFP COLFONDOS (RAD. 32 2017 00384 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones (fl. 244), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 25 de agosto de 2020 (CD a folio 238, record 52:06 y acta a folio 239, en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE** la excepción de prescripción y **PROBADA** la excepción de inexistencia de intereses moratorios formulada por la demandada COLPENSIONES y no probar las demás excepciones formuladas.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que el demandante JORGE PEÑA, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 20 de febrero de 2012 en cuantía equivalente al mínimo legal mensual vigente y en 13 mesadas al año.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a pagar al demandante el retroactivo pensional causado entre el 28 de junio de 2014 y la fecha en que sea incluido en*

nómina de pensionados, retroactivo del cual se autoriza a la demandada COLPENSIONES a descontar lo correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a que haya lugar.

CUARTO: ABSOLVER al a demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada COLPENSIONES y a favor del demandante, tásese por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, **REMÍTASE** al superior en el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la decisión únicamente frente a la absolución de los intereses moratorios, aduciendo se causan a partir de la fecha del concepto que acogió COLPENSIONES de la sentencia de la Corte Constitucional que se menciona dentro de este proceso y por ende considera se debe hacer efectivo su pago. (Cd. fl. 238, record: 54:06)¹.

Colpensiones por su parte recurre el fallo señalando la entidad ha actuado dentro de los términos de Ley, señalando que frente al reconocimiento de la prestación en su momento se indicó que debía allegarse un nuevo dictamen. (Cd. fl. 238, record: 55:33)².

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JORGE PEÑA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 2 a 4, las cuales encuentran fundamento fáctico en los hechos narrados a folios 4 y 5, solicitando se declare prestó sus servicios para General Pipe Services (hoy Weatherford South América GMBH) del 10 de septiembre de 1984 al 31 de octubre del 2000, en

¹ “Gracias señor juez, me permito presentar recurso de apelación solamente en cuanto a la declaración de inexistencia de los intereses moratorios por no pago oportuno de la pensión de invalidez otorgada en este proceso.

La fundamento en que si bien es cierto, COLPENSIONES, para negar la pensión lo hizo a través de las normas vigentes al momento de proferirse dicha resolución, estos intereses se causan a partir de la fecha del concepto que acogió COLPENSIONES de la sentencia de la Corte Constitucional que se menciona dentro de este proceso. A partir de esa fecha y de dicho concepto, se deben de causar dichos intereses hasta el día que se haga efectivo dicho pago. En esos términos dejo plasmado el recurso su señoría

² “Su señoría, estando dentro del término, interpongo recurso de apelación toda vez que COLPENSIONES ha manifestado que ha actuado dentro de los términos de ley, ha hecho todo lo que la entidad ha tenido por hacer y frente al reconocimiento de la prestación, en su momento se indicó que se debía allegar el nuevo dictamen, cosa por la cual COLPENSIONES no tomó la decisión.”

consecuencia se condene al reconocimiento y pago del cálculo actuarial el cual debe ser trasladado a Colpensiones, con el fin de que dicha entidad le reconozca y pague la pensión de invalidez a que tiene derecho a partir de la fecha de su declaración, junto con el retroactivo correspondiente desde el momento en que cumplió los requisitos, mesadas adicionales, intereses moratorios y costas del proceso; no obstante el apoderado del accionante en audiencia llevada a cabo el 25 de agosto del 2020, **desistió** de todas las pretensiones incoadas frente a Weatherford Colombia, Weatherford South América GMBH y Colfondos, razón por la cual el litigio continuó única y exclusivamente en torno al tema del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones (Cd. fl. 238, records: 8:39 a 9:09 y 10:45 a 13:47, acta fl. 239) **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, pues se otorgó la prestación pensional, luego de considerar que de acuerdo al criterio de la Corte Constitucional según el cual la estructuración de la invalidez no corresponde a la fecha de nacimiento del demandante sino a la calenda en la cual se dictaminó la pérdida de la capacidad laboral (20 de febrero del 2012), impuso condena al pago de la misma desde tal data, fijando la suma de la primera mesada pensional en cuantía del salario mínimo y 13 mesadas al año, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de junio del 2014 y absolviendo de los intereses moratorios.

De ésta manera y atendiendo el desistimiento efectuado por la parte actora de las pretensiones en contra de Weatherford Colombia, Weatherford South América GMBH y Colfondos, se tiene que no fue motivo de debate dentro del presente asunto, la condición de invalido que ostenta el señor **JORGE PEÑA**, lo cual se corrobora en documento que obra a folio 30, en el cual se consigna que el grupo Médico Laboral del Instituto de Seguro Social le determinó una pérdida de capacidad laboral del 57.73% por los padecimientos de “*Diabetes Mellitus Insulinodependiente*” y “*Sordomudo*”, de origen, enfermedad común y fecha de estructuración 25 de diciembre de 1960, **data de su nacimiento** (fl. 23) tampoco el hecho de que la enfermedad que padece tiene el carácter de congénita (ver fl. 30) pues así lo determinó el ISS en el dictamen No. 790 sin que se presentara objeción alguna.

Reseñado lo anterior, a efecto de dilucidar la procedencia de los anhelos de la parte actora es de advertir, a pesar de la pérdida de capacidad laboral estimada

por el ISS hoy Colpensiones en un 57.73%, desde la fecha de su nacimiento, lo cierto es que el actor se vinculó a la vida laboral, cotizando al sistema general de pensiones un total de 996,14 semanas, entre el 1º de noviembre de 1994 y el 30 de abril del 2020, conforme se colige del reporte emanado por dicha entidad, obrante a folios 246 a 250.³

En ese orden de ideas, bueno resulta traer a colación los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos en las Sentencias T-427 de 2012, T-022 de 2013 y T-70 de 2014, última de ellas en la que esa Corporación señaló de manera clara y textual:

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

Al tenor del entendimiento jurisprudencial frente al tema, surge evidente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la posibilidad de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración establecida por la entidad encargada de proferir el dictamen hasta la fecha desde la cual el padecimiento de salud o la enfermedad le impide al afiliado continuar laborando, o la data en que se profiera el dictamen.

Advirtiendo ésta Corporación, tal posición no se aparta de la disposición normativa aplicable, que en el caso de autos sería la Ley 860 de 2003 vigente para la data en que se emitió el Dictamen de PCL (20/02/2012 fl. 30), por cuanto, no se omite la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para acceder al derecho, ni se desconoce las conclusiones arribadas por el ente encargado de emitir los respectivos dictámenes, pues memórese que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de Decreto 917 de 1992⁴, la fecha de estructuración, es cuando el individuo

³ Enviado por el Juzgado de primer grado al correo electrónico, dado que pese a que fue citado en las consideraciones del fallo de primera instancia no se aportó junto con el expediente, precisando el obrante en el plenario correspondía a persona diferente al aquí accionante (ver fls. 54, Cd. fl. 221 y 245).

⁴“ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de

presenta una pérdida de capacidad laboral y en ese orden, como se indicó la aplicación del criterio constitucional referido no deriva en un desconocimiento de los postulados legales, simplemente se trata de una situación particular y diferente, que obliga al operador judicial a realizar una valoración de las situaciones fácticas específicas, teniendo en cuenta que la realidad de los afiliados que solicitan el reconocimiento de una pensión de invalidez, no puede ser valorada de manera unificada, sin compadecerse de las situaciones particulares de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad congénita, que independiente de una fecha de estructuración, puede repercutir o no en la capacidad laboral del individuo, en cuanto que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición hasta un momento determinado.

En ese orden de ideas y atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, que *“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”*, resultaría procedente el reconocimiento de la prestación pensional del señor JAIME PEÑA desde la fecha de la última cotización y más cuando la Corte Constitucional en la sentencia T-651 del 2016 adujo en sus consideraciones que *“correspondía tener en cuenta la fecha en la que se efectuó el último aporte, siendo esto el momento en el que se concretó la invalidez”*.

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

“Siendo ello así, cobra vigor lo adocetrinado en sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada en la CSJ SL3992-2019 y en la CSJ SL409-2020. Allí, la Corte precisó su postura respecto a la fecha a partir de la cual se pueden contabilizar los 3 años indicados en la Ley 860 de 2003, en perspectiva de acreditar las 50 semanas de cotización exigidas. En la primera providencia mencionada, explicó que:

(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”

[...]

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

[...]

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, **decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.**" (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

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

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

"4.8. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral, y, por tanto, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad

productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social⁵. En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario⁶.” (Subrayas fuera de texto)

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

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

Frente al primer punto, como se explicó en sede extraordinaria la situación de la demandante encaja dentro de las patologías de tipo crónico y degenerativo.

Ahora bien, en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.

De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

⁵ Al respecto, en la Sentencia T-580 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), este Tribunal reiteró que, en eventos como el estudiado en esta oportunidad, *“por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones se empeoran con el tiempo y la persona continúa su vida laboral con relativa normalidad, se deben tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas hasta cuando su condición de salud le haga imposible continuar laborando y cotizando al sistema (...).”*

⁶ Un ánimo de defraudar al sistema puede evidenciarse, por ejemplo, en los casos en los que una persona debido a su pérdida de capacidad laboral no puede continuar trabajando pero con el fin de obtener una prestación a cargo del sistema pensional, efectúa aportes simulando la existencia de un contrato de prestación de servicios o de trabajo.

En el presente asunto, se acredita que el accionante ingresó a laborar al servicio de GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED (*hoy Weatherford South América GMBH ver fl. 113 acepta hechos 2 a 5 de la demanda –fl. 4-*) el 10 de septiembre de 1984 y hasta el 31 de octubre del 2000, desempeñando el cargo de SERVICIOS VARIOS tal como se señala en la misiva de folio 24, empleadora que le efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones a partir del 1° de abril del 1994 y hasta el 31 de octubre del año 2000 (Ver folio 246 y 246 vto), así mismo se evidencia en la historia laboral que el promotor de litigio también estuvo vinculado como trabajador dependiente con las siguientes sociedades así (ver fl. 248 vto):

- Constructora Elite L: Septiembre 2001 (23 días) y octubre del 2001 (30 días).
- Unión Temporal Horac: Agosto 2002 (4 días) y septiembre 2002 (11 días).
- Servipozos de Colombia: Septiembre 2003 (30 días)
- Ingenieros Civiles Contratistas LTD: Enero 2007 (30 días), Febrero 2007 (30 días) y marzo 2007 (1 día).

Con ello se acredita que el promotor del litigio certificó que los aportes a pensión se efectuaron en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual, hasta el mes de marzo del año 2007 *-de manera interrumpida-*, pues fue la última vinculación que tuvo como trabajador **dependiente**, en tanto si bien obran cotizaciones hasta el mes de abril del año 2020 las mismas fueron en calidad de trabajador independiente (ver fls. 246 vto y 247), desconociendo la sala si tales aportes fueron producto de labores realmente efectuadas por el actor y en ese orden se ha de entender que su último aporte lo fue en marzo del año 2007 entendiéndose fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico.

Con todo, mal podría decirse que una persona es inválida sólo con ocasión de un incidente posterior a su nacimiento⁷, pues, lamentablemente, muchos seres humanos nacen con serias deficiencias físicas y/o psicológicas que les impiden desarrollarse en forma normal, siendo inválidos desde tal momento; diferente es,

⁷ “...Si se aceptara esta interpretación, se estaría admitiendo que a las personas que nacieron con discapacidad, por razón de su especial condición, no se les debe garantizar la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez, derechos que sí están reconocidos a las demás personas...2 (Sentencia T-022 de 2013).

que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición.

Ésta es la situación de autos, pues acorde a la valoración efectuada por la entidad accionada, el actor, debido a su diagnóstico, tiene una deficiencia del 40.38%, discapacidad del 4.10% y minusvalía del 13.25%, para un total de pérdida de capacidad laboral del 57.73% (fl. 30 vto), siendo calificado únicamente hasta el 12 de febrero del 2012 sin que por el hecho de haber logrado, de alguna manera, realizar una actividad económica productiva, pierda la condición de inválido.

En ese orden, resulta procedente la contabilización de las semanas exigidas por la ley desde la fecha de última cotización realizada como trabajador dependiente, bajo el entendido que desde dicha calenda deja de laborar, lo que conlleva a colegir que justamente desde allí el actor quedo impedido para seguir laborando, acreditando de **marzo del 2004 a marzo del 2007** (último aporte de Ingenieros Civiles Contratistas LTD) tan solo 61 días de aportes, es decir; **8.71 semanas** así (ver fl. 248 vto):

- Marzo a diciembre 2004 = 0 cotizaciones
- Enero a diciembre 2005 = 0 cotizaciones
- Enero a diciembre 2006 = 0 cotizaciones
- Enero 2007 = 30 días
- Febrero 2007 = 30 días
- Marzo 2007 = 1 día

Advirtiéndose al accionante como en líneas anteriores se mencionó, si bien obran aportes de diciembre del 2004 y de marzo a diciembre del 2005, los mismos fueron realizados por el propio actor (fl. 246 vto), brillando por ausencia pruebas tendientes a registrar actividades laborales ejecutadas por el señor JORGE PEÑA que den lugar a fundamentar los aportes efectuados como independiente, sin que acreditara la existencia de una retribución a causa de una actividad laboral efectivamente ejercida de manera autónoma, lo cual da a lugar a colegir que dichas cotizaciones no tienen los alcances para soportar el reconocimiento de una pensión de invalidez en los términos derivados de una enfermedad degenerativa como es el caso en examen y en ese orden no es viable contabilizar dichas semanas a efectos de acreditar los requisitos para obtener la prestación pensional.

Razón por la cual, es claro que el señor JORGE PEÑA no acreditó el requisito de 50 semanas exigidas por la ley 860 del 2003 dentro de los 3 años anteriores a la última cotización efectuada como trabajador dependiente y en ese orden no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa, procediendo sin más consideraciones a la revocatoria de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

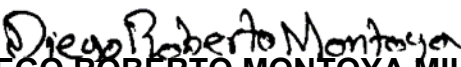
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JORGE PEÑA**.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO PARRA SAAVEDRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 03 2019 00132 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 211 a 215, 216 a 219, 220 a 223 y 224 a 228), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de septiembre de 2020 (Cd a folio 204, récord: 2:11:17, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 205 a 207), en la que se resolvió:

***“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del demandante CESAR AUGUSTO PARRA SAAVEDRA, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 29 de abril de 1996, con efectividad a partir del 1 de julio del mismo año, así como los traslados horizontales que con posterioridad se dieron, en especial, el traslado de PORVENIR a PROTECCIÓN S.A. realizado el 10 de junio de 1998 con efectividad a partir del mes de agosto del mismo año. Todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.*

ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento que hubiese realizado alguna, bonos pensionales, en el caso de encontrarse redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero sin descuento alguno, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

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

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

ARTÍCULO QUINTO: ABSOLVER al demandante de todas y cada una de las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, incoadas en su contra en la demanda de reconvención presentada por la demandada PROTECCIÓN S.A., todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

ARTÍCULO SEXTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES para que una vez reconozca la pensión de vejez al demandante, solo cancele la diferencia entre la pensión que viene cancelando PROTECCIÓN y la que posteriormente reconozca COLPENSIONES y solo mientras el actor perciba al mismo tiempo y por las mismas fechas las dos pensiones, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO: CONDENAR en costas, junto con las agencias en derecho a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas.

ARTÍCULO OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión, o la demandada COLPENSIONES consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S.”

Inconformes con la decisión, los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, PROTECCIÓN S.A. refiere, no se demostró en el plenario vicio alguno del consentimiento al momento del traslado de régimen realizado por el actor (error, fuerza dolo), tampoco que su decisión no haya contado con suficiente información pues, por el contrario, dice, en el interrogatorio de parte absuelto este indicó que estaba asesorado y mostró conformidad con la ilustración recibida, el

conocimiento respecto de las características de ambos regímenes pensionales y su deseo de permanecer el RAIS, confesión que asegura, debe valorarse como plena prueba y de manera indivisible.

Resalta, el interés del actor es netamente económico e itera en que los fondos cumplieron con su deber de información en los términos los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

De otro lado, sostiene, los traslados horizontales ocurrieron luego de una asesoría realizada por PROTECCIÓN en el año 2007, por lo que, incluso antes de que se estableciera el deber del buen consejo, había cumplido con esa carga al reasesorar al actor, lo que también corrobora el deber de este de permanecer en el RAIS.

Menciona, no es posible alegar la causación de perjuicio alguno por cuanto el demandante para la data del tránsito de régimen iniciaba la construcción de su futuro pensional y no existía forma de determinar cómo resultaría este pues las proyecciones resultan siendo meras expectativas.

Por otra parte, arguye, se ignoró el estatus de pensionado que ostenta el demandante que constituyó en cabeza suya una situación jurídica nueva que le impide acceder a la ineficacia del traslado, precisando, los afiliados tenían la opción de elegir entre los dos regímenes previstos por el sistema penal colombiano el cual debía ser conocido por estar contenido en la ley (CD folio 204, récord 2:15:29¹, acta folios 205 a 207).

¹ “Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, de manera respetuosa presento recurso de apelación, el cual procedo a sustentar de la siguiente forma:

Me aparto de la decisión proferida por el Despacho el día de hoy, basado en los siguientes aspectos:

El primero de ellos, se logró demostrar en el plenario contrario a lo que se pensó por parte del despacho, que no existe ninguna prueba de que se hubiera viciado el consentimiento en el traslado del señor CESAR AUGUSTO PARRA SAAVEDRA o que el mismo fuese ineficaz, o estuviere viciado de nulidad por haberse tenido una decisión sin suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio, el actor, indicó que estuvo primero asesorado, segundo y que estuvo de acuerdo con esa asesoría, con esa información suministrada. Demostrado está también en el plenario que el interrogatorio de parte, y pues acá me aparto un poco de lo manifestado por el señor Juez, es plena prueba de la asesoría suministrada al actor, del conocimiento y características de ambos regímenes pensionales, de el deseo del actor de permanecer en el régimen de ahorro individual y que esta confesión debe tornarse como plena prueba de manera indivisible puesto que la confesión es así, indivisible, y aquí el interrogatorio de parte busca y persigue eso, que el actor confiese como pasó en este caso.

Tampoco quedaron demostradas consecuencias negativas por parte del demandante, en este orden de ideas, pues el interés jurídico como lo dijo el aquí, es simplemente un interés legal, económico discúlpeme, y no

A su turno, COLPENSIONES, solicita la revocatoria íntegra de la sentencia. En ese orden, critica la valoración probatoria efectuada por el a quo ya que en su sentir, el indicio no está excluido por la norma procesal laboral como medio

quedó demostrado, su señoría, tenga en cuenta el tribunal que los fondos privados cumplieron con lo preceptuado en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 94 relativos al deber de información para los afiliados y fueron aceptados por el demandante al momento de suscribir los formularios donde se expresa que con su suscripción deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

Tampoco se verifica en este proceso, que conforme al artículo 1509 el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y que no se acreditó que la demandante al momento de celebrar el acto jurídico hubiese podido incurrir en algún hecho de, en algún error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, el mismo lo dijo, aquí tenía claridad sobre qué estaba suscribiendo.

Tampoco se estableció en este proceso de dolo, porque no se demostró, no hubo forma de demostrar ni hubo artificios o engaños que provocaran error en el demandante para que su afiliación tuviera estas características.

Así las cosas pues no existen elementos de juicio que permitan establecer que hubo error, que hubo negligencia, que hubo una coacción y menos aún, que no se hubiese cumplido con el deber de información, puesto como reitero, el interrogatorio de parte fue muy claro en demostrar que el señor sí sabía, sí tenía las condiciones y en gracia de discusión no se pueden perder de vista su señoría que los traslados horizontales se dieron posterior a una asesoría por parte de mi representada y que protección para el año 2007, antes de que la misma Corte estableciera en el año 2009, el deber del buen consejo, cumplió con esa carga de brindar una reasesoría al demandante, situación que demuestra claramente que el deseo del señor CESAR AUGUSTO PARRA, era permanecer en el régimen de ahorro individual y el lo ratificó también en el interrogatorio de parte.

Así las cosas no podemos decir entonces que del hecho que no se aporte una documental distinta a los formularios de afiliación por parte de porvenir, signifique que no se haya dado la asesoría al momento del traslado, se dio la asesoría al momento del traslado, ratificada por el interrogatorio de parte, se dio la asesoría al momento del traslado con PROTECCIÓN, ratificada en el interrogatorio de parte, se dio la reasesoría antes de que cumpliera los 10 años de entrar en una restricción de la ley 797 de 2003, como está probado documentalmente y en el interrogatorio de parte.

Entonces, tampoco se podría alegar que se le hubiera causado algún perjuicio al demandante puesto que para la fecha del traslado primigenio estaba comenzando apenas a crear un camino, un futuro pensional y no había siquiera, forma de determinar como sería su futuro pensional 20 años después, en ese momento las proyecciones simplemente resultaban siendo meras expectativas.

Ahora bien, se ignoró por parte del despacho que aquí ya hay una situación jurídica consolidada que es el estatus de pensionado que tiene el señor CESAR AUGUSTO PARRA y en ese orden de ideas, como lo indique previamente, el hecho y el plazo que tenía el señor Cesar Augusto para presentar una demanda de nulidad, fue hasta la vigencia de su estatus como afiliado y en este momento con una situación jurídica nueva, porque cuando él se convirtió en pensionado adquirió una situación jurídica nueva, y firmó sobre esa situación jurídica nueva de manera libre y voluntaria, es que tenemos que tener claro que ya la situación quedó consolidada, que hay una situación jurídica nueva que no se puede desconocer por parte de el fallador de primera instancia.

También se puede dislucidar (sic) honorables magistrados que el sistema pensional colombiano dio dos opciones claramente específicas a las personas obligadas a cotizar al sistema y fue escoja entre el régimen de prima media que es un fondo común y el régimen de ahorro individual que es un fondo privado. Entonces, estas afiliaciones se hacen en virtud de la ley, en virtud de esa ley que tampoco puede alegar su desconocimiento conforme el 1509 del C.C.

Así las cosas, teniendo una situación jurídica consolidada, teniendo un nuevo estatus y habiendo firmado un nuevo contrato de pensión, la, no procede de ninguna manera que se declare la ineficacia de una situación jurídica que ya como indique no se puede cambiar porque el señor es pensionado.

En estos términos solicito al Honorable Tribunal, revoque la sentencia hoy proferida y conceda las pretensiones incoadas en la contestación de la demanda. Muchas gracias."

probatorio, particularmente porque, asegura, en el interrogatorio de parte se hicieron aseveraciones como la pérdida de un millón de pesos mensuales por aceptar una modalidad pensional en el régimen de ahorro individual, respecto de la cual también indicó no tener prueba alguna, lo que en su sentir, pone en duda todos los hechos de la demanda.

Señala, no era posible aplicar de manera analógica al caso concreto, el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia por cuanto no estamos frente a un afiliado sino a un pensionado quien conocía las características del régimen pensional, que firmó y aceptó unas condiciones que ahora pretender desconocer por no encontrarse conforme con el monto de su mesada pensional. En este mismo punto, indica, al caso si debe importar si el demandante tiene o no un régimen de transición.

Por otra parte, reprocha que el juez de primer grado acuda a las sentencias proferidas dentro de las acciones constitucionales como precedente, por no ser extensivos sus efectos al asunto bajo análisis, ya que, entiende, eso sería tanto como admitir que la ineficacia del traslado debe ser concedida siempre, lo cual, sugiere, constituiría un desgaste innecesario del aparato judicial (CD folio 204, récord 2:24:31, acta folios 205 a 207)²

² “Muchas gracias su señoría, encontrándome en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar mi recurso de alzada para efectos de que el cuerpo colegiado del Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Laboral de Bogotá, estudie y revoque en integridad el fallo proferido en primera instancia.

Los criterios que se deben tener en cuenta se solicitan al Tribunal para efectos del estudio respectivo se cimantan en tres aristas esenciales, el primero, la valoración probatoria que efectuó el juez en primera instancia por cuanto, como se podrá observar dentro del expediente que una vez se arrime, se hace alusión sobre las categorías que este apoderado dijo en sus alegatos, ello en primera medida en lo que tiene que ver con el indicio. Si bien es cierto el Despacho hace alusión sobre las diferentes o sobre la diferente carga propositiva que debe tener el indicio los mismos simplemente se debe tener consideración que el código de procedimiento laboral, articulado 51 y siguientes, en ningún momento me discrepa o me excluye el indicio para elemento material probatorio. Así mismo se hace remisión expresa al artículo 165 del C.G.P. sobre los cuales dentro de los elementos materiales probatorios o los elementos de pruebas, se constituye el indicio, no obstante se debe tener en consideración lo siguiente: el despacho para efecto de pronunciarse sobre lo que este apoderado llamó el indicio, perdió de vista cual era el criterio que este apoderado hacía referencia para efectos de tener en consideración el indicio, categoría que hago referencia para que justamente sea el Tribunal el que haga la verificación en lo que al tema nos concierne y sobre ello se debe tener en consideración en primera medida que un indicio no es un elemento que per sé constituya por sí una prueba, lo que si nos permite por medio de este es entender las calificaciones jurídicas que deben tener en primer momento las circunstancias fácticas, en segunda medida los elementos materiales probatorios y en tercer paso la resolución por medio de los diferentes elementos constitutivos del despacho del juez dentro de los criterios de razonabilidad y sana crítica debe efectuar para el mismo. Sobre ello se llama la atención que dentro del interrogatorio de parte vertido sí hacía manifestación o hizo manifestación sobre unas circunstancias de la cual no tiene prueba alguna, acá la categoría no es verificar si este indicio de hacer una categoría es efectivamente la prueba, en ninguna parte este apoderado solicitó al despacho en primera instancia que se hiciera esa categoría, se invitaba a que para efectos desde el primer paso de una persona hacer una manifestación de esta índole se puede evidenciar o se puede caer todo un petitum de una demanda. Si una persona llega, dentro de un interrogatorio, bajo la gravedad del juramento y nos hace una

manifestación de la pérdida de un millón de pesos mensual por aceptar una categoría del régimen de ahorro individual y al preguntarse si tenía algún tipo de prueba o alguna circunstancia para efectos de acreditarla, no tiene absolutamente nada, qué podemos llegar a pensar sobre todos los demás hechos que nos hace referencia en la demanda, por ello acá no se podía y como se le solicitó al despacho en primera instancia, no hacer aplicación analógica a unos casos en concreto, porque es que el caso no se parece a los que siempre se está manejando dentro de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es que acá no estamos hablando de un afiliado, estamos hablando de un pensionado, estamos hablando no de una persona que no tenga conocimiento de las características, estamos hablando de una persona que firmó, aceptó unas condiciones que le propuso protección para efectos de poderse pensionar y hoy día tumbarlas como el mismo demandante hizo verificación dentro del interrogatorio porque no le gustó la mesada pensional.

Es que aquí no estamos pretendiendo por si le gusta o no le gusta la mesada pensional, acá lo que se busca es la garantía de un derecho constitucional, seguridad social, y ese derecho siempre se ha mantenido incólume porque es justamente por eso que el señor Cesar hoy se encuentra pensionado.

Bajo esas categorías, no podemos dar aplicaciones analógicas a los criterios de la Corte Constitucional y Suprema de Justicia y son sobre los que este apoderado ha hecho mención, debe tenerse en cuenta no el indicio como una prueba sola, sino como se puede colindar frente a las diferentes circunstancias fácticas que fueron esbozadas dentro de la demanda y las cuales fueron ratificadas hoy día al empezar la diligencia.

Así mismo, se debe tener en consideración y el despacho en primera instancia lo conoce no obstante tengo que hacer referencia, dentro de los criterios que este apoderado siempre ha hecho o mantenido su postura en las circunstancias en las que se hace alusión de las sentencias de tutela. Existen claro, y este apoderado en ningún momento hace un desconocimiento jurisprudencial de las mismas, el problema que esto nos conlleva a futuro es el siguiente, al caso que en este nos ocupa, ¿es una sentencia de tutela que tiene cabida para el demandante? ¿El demandante colocó algún tipo de tutela frente a este caso? Al momento de las pruebas documentales, en ningún momento las colocó, pero sí se invocan para efectos de como el despacho como en ocasiones ha hecho referencia, reforzar o dar criterios interpretativos para efectos de las consideraciones que de este emanan pero en este caso, y como este apoderado hace mención y solicita al Tribunal pues una cautela frente al tema, si bien se puede verificar la sentencias de tutela en las cuales el despacho siempre señala para efectos de la providencia, estas tutelas podemos entender que sí o sí se debe conceder la ineficacia del traslado, entonces bajo ese criterio de solamente aplicar las sentencias de tutela, qué criterio tiene entonces desgastar al aparato judicial unas audiencias de dos horas treinta y siete minutos que llevamos hasta el momento, porque siempre se va a conceder una ineficacia del traslado, independientemente si se falla en primera, en segunda instancia, siempre tiene que haber un fallo condenatorio según las sentencias de tutela, entonces no tendría ningún tipo de ejercicio metodológico, dogmático ni jurisprudencial, tratar de llevar un trámite de estos cuando simplemente ya colocamos una tutela y no desgastar así la administración de justicia, por ese este apoderado siempre ha dicho que las sentencias de tutela no tienen que ser aplicables para el caso que nos ocupa.

Así mismo se referencia sobre la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pero es que esta línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es bien cierto es de la jurisdicción ordinario, pero es que acá estamos hablando es de un derecho fundamental y ese derecho fundamental ya lo ha señalado la Corte Constitucional en diferentes y reiteradas jurisprudencias e incluso ya nos ha dicho que únicamente se puede trasladar una persona cuando cumpla con el régimen de transición.

El despacho en primera instancia hace mención en sus consideraciones que no tienen nada, o dentro de las consideraciones que nos ha hecho la Corte Suprema de justicia no tiene nada que ver si tiene o no tiene régimen de transición, pero es que incluso el mismo proyecto de ley que hoy en día se estaba tramitando en el congreso, dentro de las características de traslados express exigen un régimen de transición de 750 semanas al 1 de abril de 1994, ¿coincidencia? Son las categorías o la infidencia que este apoderado siempre tiene que hacer referencia porque es que dentro de la línea jurisprudenciales que se ha sentado la Corte, efectivamente si hay un problema y es un problema que ya lo estamos viendo en la actualidad y se solicita al Tribunal que bajo esos criterios se tengan consideraciones para el caso que nos ocupa.

Bajo esos criterios, se debe entrar a estudiar, se debe o se insta al Tribunal para efectos de que el fallo que se emita sea justamente o acorde al caso particular que es este que nos estamos viendo acá y no aplicar por simple analogía las diferentes sentencias que nos ha explicado la Corte suprema de Justicia.

Bajo estos criterios se deja sentado este recurso de alzada, muchísimas 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 del demandante CESAR AUGUSTO PARRA SAAVEDRA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 8 y 9, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 8, aspirando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado del ISS (hoy COLPENSIONES) a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, se declare para todos los efectos legales que se encuentra válidamente afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, se condene a PROTECCIÓN S.A a trasladar el valor total de los aportes realizados a su favor junto con los rendimientos causados, el valor del bono pensional, las sumas adicionales con sus respectivos intereses a COLPENSIONES y a esta última a computar los tiempos cotizados en el RAIS dentro de su historia laboral respetando los IBC reportados en su momento a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. Pide además, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez de conformidad con lo reglado en los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, de manera retroactiva desde la causación del derecho debidamente indexadas. En subsidio, de la nulidad del traslado, pide se condene a PROTECCIÓN a reliquidar y pagar la pensión de vejez de manera retroactivo conforme las reglas estatuidas para el régimen de prima media con prestación definida, a que se refieren los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, a título indemnizatorio por *“el perjuicio irremediable causado”*.

Dentro del término de traslado respectivo, la demandada PROTECCIÓN formuló demanda de reconvenición contra el demandante solicitando de manera principal, se declare válida su afiliación a PROTECCIÓN, suscrita el 10 de junio de 1998. De manera subsidiaria y en caso de declararse la nulidad de la afiliación pretendida en la demanda y se ordene la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual pide se le condene a reintegrar las sumas de dinero pagadas por concepto de mesadas pensionales junto con sus rendimientos e intereses. **Obteniendo, frente a la demanda principal, sentencia de primera instancia**

favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor, condenando a la AFP PROTECCIÓN, actual administradora de pensiones del demandante, a devolver los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus rendimientos frutos e intereses, sin deducción alguna, que en virtud de las afiliaciones del demandante se encontraran en su cuenta de ahorro individual trasladándolas a Colpensiones, y declarando que el actor se encuentra válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, y autorizando a esta entidad a cancelar solo la diferencia de la pensión que llegue a reconocer al demandante, lo anterior, tras considerar que la demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea al demandante al momento del traslado de régimen pensional, en los términos sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo que dicho traslado no era eficaz o válido.

Con relación a la demanda de reconvención consideró el juez suficiente los argumentos esbozados para declarar la ineficacia del traslado para desestimar las pretensiones principales y frente a las subsidiarias, adujo, el demandante es un tercero de buena fe y en esa medida, no estaba obligado a restituir lo recibido.

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

Así las cosas, a folio 131 vto. milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 29 de mayo de 1955,

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”.

por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 4 de octubre de 2018 (folios 33 a 35), es decir, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 68 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 205,57 semanas de cotización (folios 234 a 236⁴), equivalentes a 13.37 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de abril de 1996 (folios 22, 176 y 154) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

⁴ Historia laboral expedida por Colpensiones, extraída del expediente administrativo aportado en medio magnético de folio 98, impreso para mayor claridad.

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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.)

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

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

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

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

(…)

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

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

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, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por el actor el 29 de abril de 1996 (folio 176).

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que PROTECCIÓN reconoció al demandante, mediante oficio del 28 de septiembre de 2017, pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, en cuantía de \$2.659.669 (folios 31-32, 132-133), en virtud de la solicitud que para el efecto realizó el actor (folio 127 y 128), prestación que según lo manifestado por el demandante al absolver el interrogatorio⁶ le viene siendo cancelada situación que se verifica de la certificación expedida por PROTECCIÓN (folio 151) en la que constan los pagos efectuados por mesadas pensionales hasta el 22 de agosto de 2019. Adicionalmente, esa misma AFP certificó que CESAR AUGUSTO PARRA SAAVEDRA es pensionado por vejez desde el 13 de octubre de 2017 (folio 150).

Lo anterior, conduce a concluir que el demandante al momento de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado había perdido la calidad de afiliado y por el contrario detentaba la de pensionado, en tanto ha venido beneficiándose de la prestación económica, hasta hoy, desde hace casi tres años, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las AFP como administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema

⁶ Cd folio 204, récord 16:51.

general de pensiones⁷, condición que perdió el demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por PROTECCIÓN, adquiriendo la categoría de pensionado por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que *“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”*.

Sobre el particular, debe precisarse, aunque la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus providencias ha declarado la ineficacia de traslado entratándose de personas que han adquirido el derecho pensional, lo cierto es que dicho precedente no resulta aplicable en el asunto bajo examen por tratarse de supuestos fácticos disímiles; en ese orden, por ejemplo, en la sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de 2008, analizó el caso de un pensionado trasladado del RPM al RAIS cuando tenía 62 años de edad, esto es, encontrándose en la prohibición legal de trasladarse, situación que no acaece en el sub lite en tanto el traslado se realizó cuando le faltaban más de 20 de años para adquirir la edad mínima de pensión en prima media –tenía 38 años (folio 147 vto.) no existiendo en su caso prohibición legal alguna para que se efectuara ese tránsito de régimen.

⁷ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

Del mismo modo, tampoco resultan coincidentes los hechos de esta demanda con los analizados por el Alto Tribunal en la sentencia con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, procedía la ineficacia dado que el traslado de régimen se produjo cuando el actor había adquirido el estatus de pensionado en el régimen de prima media con prestación definida y se le generó un perjuicio en tanto se le postergó por más de 5 años el reconocimiento pensional bajo los presupuestos del régimen de ahorro individual, castigándolo con la disminución del valor del bono pensional dada la redención anticipada⁸, condiciones estas que, se itera, no se configuran en el caso bajo estudio pues su derecho pensional no se había consolidado al momento del traslado.

Con todo, se itera, la acción fue encaminada por un pensionado a quien se le efectuó el reconocimiento y pago de la prestación de vejez desde el año 2017, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 20 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por PROTECCIÓN, se tiene que adquirió el estatus de pensionado, beneficiándose de la misma durante aproximadamente tres años.

De lo que viene de decirse, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 29 de abril de 1996, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia.

En lo que atañe a las pretensiones subsidiarias del petitum demandatorio, baste con indicar no es procedente imponer a la AFP el reconocimiento de un derecho pensional en los términos previstos para el régimen de prima media con prestación definida, dado que se trata de dos regímenes pensionales diferentes con regulaciones legales propias, y en lo atañe a los perjuicios, luce evidente su improcedencia, pues no se encuentran probados.

⁸ “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”

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocarán y quedarán a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 3 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por CESAR AUGUSTO PARRA SAAVEDRA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

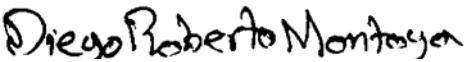
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NANCY LUCIA
BENAVIDES CASTAÑEDA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y
PORVENIR (RAD. 32 2019 00824 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderada judicial de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., para actuar en nombre de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme con el certificado de existencia y representación aportado al expediente.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR,

PROTECCIÓN y de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de octubre del 2020 (Acta en el archivo 13 del expediente digital, audiencia virtual record: 1:39:12,), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR como no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante NANCY LUCIA BENAVIDES CASTAÑEDA a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A de fecha 13 de octubre de 1994 así como su posterior traslado entre administradoras del régimen individual con solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir S.A a trasladar con destino a Colpensiones las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Protección S.A a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Colpensiones de recibir a la demandante NANCY LUCIA BENAVIDES CASTAÑEDA como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba afiliada al momento de traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A a favor de la demandante tásese por secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin costas respecto de Colpensiones y Protección.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión en lo favorable a la demandada Colpensiones **REMITASE** al superior al grado jurisdiccional de justicia.”

Inconforme con la decisión la AFP PORVENIR recurrió la decisión aduciendo haber cumplido con las obligaciones vigentes para el momento de la afiliación a Colpatria hoy Porvenir en el año 1994, tan es así que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre e informada de conformidad al documento que obra en el plenario que cumple los presupuestos del artículo 11 del decreto 662 del año 1994, indicando éste es la única prueba documental con la que cuenta su representada, como quiera que para dicha época no existía obligación de dejar ningún soporte adicional respecto a la acto de afiliación, considerando dicho documento es prueba de la afiliación de la demandante sin que pueda exigirse ningún requisito adicional respecto del deber de información que hoy

impone el despacho a la AFP, como quiera que la ley no lo exigía para dicha época.

Manifiesta, que lo motiva el traslado de régimen pensional de la demandante es un tema económico que se colige de las diferencias que pueden existir en la mesada pensional entre lo que recibiría la demandante en el régimen de prima media y lo que podría ser su pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, motivación que de ninguna manera puede prosperar o puede confirmar la sentencia de primera instancia, refiriendo que del que el estatuto orgánico financiero no se impone una carga específica respecto del tipo de información que deba suministrarse, la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentarios tampoco lo hacen, por lo que itera no se pueden imponer obligaciones que fueron desarrolladas con normatividad del 2010 y 2015.

Por otro lado, expresa la demandante realizó un traslado horizontal hacia protección caso en el que Porvenir no tuvo información, lleva más de veinte años realizando al sistema general de pensiones a través del régimen de ahorro individual con solidaridad y además realizó actualizaciones a través del asesor que la visitaba en su empresa.

Considera, hubo un incumplimiento también por parte de la demandante respecto de su deber de información, pues es una profesional que plasmó su voluntad de manera libre y como consumidor financiero también tenía unas obligaciones frente al sistema como conocerlo, inclusive su regulación se encuentra en la ley y su desconocimiento no sirve de excusa, señalando la actora nunca se acercó ni el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, ni ante Colpatria hoy Porvenir, ni ante Protección a indagar sobre los requisitos para su derecho pensional y en tal sentido señala un descuido por parte de la demandante que no la exonera de ninguna manera.

Frente a la condena a la devolución de lo que corresponde a sumas de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, solicita que en caso de que se confirme la decisión de declarar la ineficacia de traslado se absuelva a su representada de la condena a estas sumas por cuanto considera que al haberse declarado la ineficacia y no la nulidad no hay lugar a las

restituciones mutuas en los términos de que lo ordena el despacho, pues la gestión realizada por las AFP genero unos rendimientos a favor de la demandante sin que los mismos se puedan desconocer, precisando dichos descuentos del aporte tienen regulación legal como lo establece el artículo 20 de la ley 100 de 1993. En lo que tiene que ver con los descuentos por seguros previsionales indica dichas sumas ya fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras y Porvenir no cuenta con dichos montos en su poder.

Finalmente señala que la prescripción si debe operar teniendo en cuenta que a su juicio no hay una relación estricta entre la ineficacia y el derecho pensional por lo que si procede el fenómeno prescriptivo (Audiencia virtual, record: 1:41:01)¹

¹ “De manera respetuosa solicito al Honorable Tribunal Superior en primer lugar revocar en su integridad la sentencia proferida por el despacho por las siguientes razones:

Considero que en este caso mi representada se encuentra acreditado que mi representada cumplió con las obligaciones vigentes para el momento de la afiliación a Colpatria hoy Porvenir en el año 1994, en tal sentido la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre e informada de conformidad al documento que obra en el plenario que cumple los presupuestos del artículo 11 del decreto 662 del año 1994. Este es la única prueba documental con la que cuenta mi representada como quiera que para dicha época no existía obligación de dejar ningún soporte adicional respecto a la acto de afiliación, en tal sentido considera mi representada de que dicho documento es prueba de la afiliación de la demandante pero además que no puede exigirse ningún requisito adicional respecto del deber de información que hoy impone el despacho a mi representada, como quiera que la ley no lo exigía para dicha época.

Adicionalmente considera mi representada que en este caso se pasó por alto que de acuerdo con el interrogatorio de parte inclusive con el expediente de esta demanda puede apreciarse que motiva el traslado de régimen pensional de la demandante es una motivación económica que se colige de las diferencias que pueden existir en la mesada pensional entre lo que recibiría la demandante en el régimen de prima media vs lo que podría ser su pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad y de esta manera pues debe tenerse en cuenta que esta es la verdadera motivación y que de ninguna manera puede prosperar o puede confirmarse la sentencia de primera instancia encontrándose en este caso cual es la realidad de lo que motiva el traslado pensional.

Aunado a ello considera mi representada que en este caso se pudo establecer la información suministrada pero además se pudo validar con el interrogatorio de parte que la demandante realizo actos de relacionamiento que fueron pasados por alto por este despacho como quiera que realizo traslados horizontal hacia protección igualmente mi representada en este caso como la parte actora señala que no tuvo información cuando inclusive el demandante realizo traslado horizontal, cuando lleva más de veinte años realizando al sistema general de pensiones a través del régimen de ahorro individual con solidaridad y cuando además realizo actualizaciones a través del asesor que la visitaba en su empresa y que podía darle de la información que requiriera de acuerdo con el interrogatorio de parte.

En lo que tiene que ver con el deber de información considera mi representada de que en este caso se está imponiendo a Porvenir en virtud de la afiliación a Colpatria obligaciones que no se encontraban vigentes para el momento de la afiliación y en tal sentido debe tenerse en cuenta que para dicha época octubre de 1994 no existía ninguna norma que impusiera en cabeza de las administradoras de los fondos de pensiones entregar información detallada sobre los dos regímenes pensionales o entregar proyecciones pensionales, entonces en esa medida si mi representada en este momento se está declarando la ineficacia imponiéndole obligaciones y requisitos que la ley no había establecido para ninguna administradora hacia el año 1994 sobre el particular debe reiterarse que el estatuto orgánico financiero surge inclusive con anterioridad a las administradoras de pensiones pero no impone una carga específica respecto del tipo de información que deba suministrarse, la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentarios tampoco lo hacen, entonces en esa medida no podemos imponer obligaciones que fueron desarrolladas con normatividad del 2010 y 2015.

La AFP PROTECCIÓN interponer recurso parcial de apelación en lo que tiene que ver con la orden de trasladarse a Colpensiones lo correspondiente a la comisión de administración y seguro previsional durante el tiempo que la

Así mismo considera mi representada de que en este caso se pasa por alto por parte del despacho que hubo un incumplimiento también por parte de la demandante respecto de su deber de información y se impone toda la carga en cabeza de mi representada. Tenemos que la demandante es una profesional que plasmó su voluntad de manera libre, pero además que como consumidor financiero también tenía unas obligaciones frente al sistema como conocerlo, inclusive su regulación se encuentra en la ley y su desconocimiento no sirve de excusa y conocer las implicaciones de su decisión, pero la demandante en su interrogatorio de parte acepta que nunca se acercó ni el instituto de seguros sociales hoy Colpensiones, ni ante Colpatria hoy Porvenir, ni ante protección a indagar sobre los requisitos para su derecho pensional y en tal sentido claramente hay un descuido por parte de la demandante de que no la exonera de ninguna manera y que ante el conocimiento inclusive actual de las diferencias de lo que podría ser su mesada pues realmente es lo que motiva el traslado.

Ahora bien mi representada debe reiterar que no existen norma alguna que regule la ineficacia de traslado de régimen pensional y de que ninguna manera la ley 100 estableció que una eventual omisión en la información al momento de traslado de lugar a la ineficacia por tal razón pues no comparte las consideraciones del despacho ni los fundamentos jurídicos del mismo, pues el artículo 13 de la ley 100 regula es una afiliación libre y voluntaria pero nada regula en relación con el deber de información como tampoco el artículo 271 de la misma norma que dispone la ineficacia pero frente a actos de coacción por parte del empleador o de las entidades del sistema que de ninguna manera se ha presentado en este caso.

Entonces ante estas circunstancias mi representada solicita que se revoque la sentencia por cuanto no hay lugar a la ineficacia de la misma por omisión al deber de información como lo estableció el despacho.

De manera subsidiaria y frente a la condena a la devolución de lo que corresponde a sumas de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia mi representada solicita al despacho que en caso de que se confirme la decisión de declarar la ineficacia de traslado se absuelva a mi representada de la condena a estas sumas por cuanto considera de que al haberse declarado la ineficacia y no la nulidad no hay lugar a las restituciones mutuas en los términos de que lo ordena el despacho.

Adicionalmente considera mi representada que en este caso el despacho pasa por alto que las AFP demandadas cumplimos con las obligaciones legales, entre ellas la debida administración de los recursos de la demandante por aportes pensionales. Tan es así que la gestión realizada por las AFPs en este caso mi mandante y Protección generó unos rendimientos a favor de la demandante de qué manera de que el despacho ordena trasladar a Colpensiones pero de qué manera contradictoria desconoce la gestión de las administradoras al disponer que debamos trasladar a Colpensiones los montos que se descontaron para tal finalidad, debe tenerse en cuenta inclusive de que dichos descuentos del aporte tienen regulación legal e inclusive la demandante hubiese permanecido afiliada al régimen de prima media una parte de sus aportes también se hubiese destinado para gastos de administración y para invalidez y sobrevivencia como lo establece el artículo 20 de la ley 100 de 1993, razón por la cual considera mi representada de que no puede desconocerse de ninguna manera la gestión realizada por el fondo privado.

En lo que tiene que ver con los descuentos por seguros previsionales debe tenerse en cuenta dichas sumas ya fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras y que mi representada no cuenta con dichos montos en su poder, pero adicionalmente no puede desconocerse de ninguna manera de que la demandante durante todo el lapso que ha estado vinculada en el régimen de ahorro individual con solidaridad concretamente con mi representada tuvo cobertura frente a estos riesgos en consecuencia no hay lugar al traslado más aun teniendo en cuenta de que con dichas sumas no se va subsidiar el derecho pensional. Así las cosas consideran mi representada que en estos términos y de confirmarse la ineficacia el traslado debe darse de conformidad a lo establecido en el artículo séptimo del decreto 3995 de 2008.

Por último se aparta también mi representada de las consideraciones frente a la prescripción, pues se considera que en este caso si opera, debe tenerse en cuenta que a juicio de mi representada no hay una relación estricta entre la ineficacia y el derecho pensional por lo que si procede el fenómeno prescriptivo y en tal sentido la demandante confeso en el interrogatorio de parte, inclusive que conoció las diferencias y las circunstancias que motivaron la presente demanda desde hace más de siete años cuando un asesor laboral asistió a las instalaciones de su empleador. Por dicha razón considero que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta. En estos términos dejo por sustentado el recurso de apelación muchas gracias.”

demandante permaneció afiliada a esa administradora, manifestando no ser procedente que se ordene la devolución de dichos conceptos toda vez de que se trata de comisiones ya causadas, durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos estipulados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, considerando que con la condena impartida se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante.

Expresa que de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 tanto el régimen de prima media como el régimen de ahorro individual ese 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones se destina para pagar la comisión de administración de la prima de seguro previsional, este último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o por sobrevivencia dicha administradora pague la suma adicional para financiar esta prestación, por lo tanto no está legitimada Colpensiones para recibir tales comisiones por una cuenta que nunca administro y porque entre otras no existe cuenta de ahorro individual en el régimen de prima media.

Aduce que aunque se declare o se considere una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato de afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y así las cosas por la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene Protección derecho a conservar dicha comisión si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la demandante.

Frente al seguro previsional anuncia éste fue girado a una aseguradora para que en caso de existir el siniestro de invalidez o sobrevivencia dicha aseguradora pague esa suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, siendo pagada mes a mes a una aseguradora durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada con esta administradora, por lo tanto considera se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y así trasladársela a Colpensiones, además de que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto suscrito por la demandante y AFP Santander que

hoy es Protección, resaltando frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguros previsional si opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica de vejez. (Audiencia virtual, record: 1:52:24)²

² “Interpongo recurso parcial de apelación ante el Tribunal de Bogotá respecto a la orden del numeral cuarto en lo que tiene que ver de trasladarse a Colpensiones lo correspondiente a la comisión de administración y seguro previsional durante el tiempo pues que la demandante ha permanecido afiliada a esta administradora. No es procedente que se ordene la devolución de dichos conceptos toda vez de que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Con la condena de primera instancia en que se ordena a mi representada devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos frutos de la buena gestión de administración realizada por Protección en este caso, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérselo que devolver a Colpensiones.

De conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 tanto el régimen de prima media como el régimen de ahorro individual ese 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones se destina para pagar la comisión de administración de la prima de seguro previsional, este último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o por sobrevivencia dicha administradora pague la suma adicional para financiar esta prestación y en este orden de ideas debe indicarse que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido no se produciría unas consecuencias y es que el contrato de afiliación nunca existió, que protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos por ende no se generaron y no existió tampoco cobro de administración, por lo tanto no está legitimada Colpensiones para recibir tales comisiones por una cuenta que nunca administro y porque entre otras no existe cuenta de ahorro individual en el régimen de prima media.

Sin embargo también es posible tener en cuenta el artículo 1747 del código civil que habla de las restituciones mutuas frutos y deudas de mejoras y con base en esto debe entenderse que aunque se declare o se considere una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato de afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y así las cosas por la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene mi representada derecho a conservar dicha comisión si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la demandante.

Ahora frente al seguro previsional debe manifestarse que esta tal como se mencionó ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir el siniestro de invalidez o sobrevivencia dicha aseguradora pague esa suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive ya fue pagada mes a mes a una aseguradora durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada con esta administradora por lo tanto se encuentra imposibilitada mi representada para solicitar una devolución y así trasladársela a Colpensiones, además de que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto suscrito por la demandante y AFP Santander que hoy es Protección.

Es de resaltar que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguros previsional si opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica de vejez, por lo que son conceptos que si prescriben con conformidad a lo establecido en el artículo 448 del CST en armonía con el 151 del código procesal laboral que establece que el transcurso del tiempo de tres años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, la que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas se debe tener en cuenta que en el caso de confirmar la condena a mi representada debe asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por el mandato legal para la comisión de administración y las primas de seguro de invalidez y sobrevivencia se estaría en presencia entonces de una condena en perjuicios en contra del patrimonio de Protección la cual tendría que verse a la luz responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedo demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de

COLPENSIONES indica que no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la señora Nancy Benavides en relación al traslado, la cual si estaría afectando los intereses de Colpensiones y la descapitalización del fondo poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral si han realizado sus aportes al régimen de prima media, advirtiendo deberían ser los fondos privados quienes asuman el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media administrada por Colpensiones.

Solicita se tenga en cuenta que su representada se encuentra vinculada al presente proceso de forma residual y por ende se debe garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, como también todos los recursos de la cuenta individual de ahorro, los cuales se encuentran abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media, reiterando Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebro la actora y los fondos privados y estos actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada no puede ser favorecida ni perjudicada de dicha decisión. (Audiencia virtual, record: 1:58:08)³

la prueba opera frente a la pretensión de la ineficacia de la afiliación y no sobre el tema de los perjuicios no fueron pues debidamente demostrados por la parte demandante. De esta manera dejo presentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

³ “Gracias señoría en el momento me permito interponer recurso de apelación ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, teniendo en cuenta ya lo sustentado en mis alegatos de conclusión al igual reiterando que mi representada no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la señora Nancy Benavides en relación al traslado y esta si estaría afectando los intereses de Colpensiones y la descapitalización del fondo poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral si han realizado sus aportes al régimen de prima media, esto lo sustenté en base a la sentencia T-489 del 2010 la cual me permito resaltar “ La sala se permite destacar dos ideas relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional ellas son: a.) la primera tiene que ver con la protección del capital pensional no se puede permitir la descapitalización del fondo si las personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de diez años para concretar su pensión vejez a beneficiarse de un orden comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema b) En segundo término desde una perspectiva social se contaría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costas de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas”

Ahora bien Honorables Magistrados solicito con todo respeto se estudie a fondo lo indicado del fallo de primera instancia teniendo en cuenta que se declaró la ineficacia del traslado de régimen siempre por falta de el deber de información por parte de las AFP en su momento como se pudo probar pues no fue clara, precisa ni comprensible al momento del asesoramiento a la demandante, al igual honorables magistrados se observa que por parte de las AFP se falló en el deber de la oportunidad al no asesorar a la actora en relación a la prohibición legal toda vez que está en cabeza de los fondos privados brindar este asesoramiento en relación e indagar bajo qué régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir el tiempo límite de diez años

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora NANCY LUCÍA BENAVIDES CASTAÑEDA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda a folio 4 del archivo 2 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 11 del mismo archivo, aspirando de manera principal se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado ante las sociedades del régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir y Protección y se tenga como válida su afiliación al otrora ISS hoy Colpensiones, en consecuencia se condene a las AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización y demás dineros aportados durante todo el tiempo en que estuvo afiliada al régimen de ahorro individual, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que**

para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, así las cosas honorables magistrados deberían ser los fondos privados quien asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media administrada por Colpensiones.

Por lo anterior solicito ante los honorables magistrados se tenga en cuenta que mi representada se encuentra vinculada al presente proceso de forma residual puesto que de declararse la ineficacia de la afiliación efectuada ante el régimen de ahorro individual, tal efecto no puede ser reprochable a mi representante máximum cuando a quienes les asistía de brindar una información veraz y oportuna era a los fondos privados al momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al instituto de seguros sociales en su tiempo hoy Colpensiones.

Al igual solicito honorables magistrados de que ser confirmada la sentencia y teniendo en cuenta de que la responsabilidad profesional y directa recae sobre las AFPs estas deben de garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, puesto que esto es todo los recursos de la cuenta individual de ahorro las cuales se encuentran abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Por ultimo honorables magistrados ruego se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebro el actor, en este caso la actora y los fondos privados y estos actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes por lo cual pues independientemente de la decisión adoptada mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada de dicha decisión.

De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia.”

declarada la ineficacia condenó a dicha AFP a trasladar a Colpensiones las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora y a PROTECCIÓN (actual administradora) le ordenó retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

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 archivo 4 del expediente digital, concretamente en la consulta de ASOFONDOS aportada por la AFP PORVENIR se registra como fecha de nacimiento de la actora el 17 de enero de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el día 3 de octubre del 2019 (fls. 25, 26, 37 y 38 del archivo 2 expediente digital) y ante PORVENIR el 22 de octubre del 2019 (fls. 59 y 60 del archivo 2 expediente digital, es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 530,71 semanas de cotización (Archivo 12, resumen historia laboral válida para bono pensional

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”.

aportada por Protección) equivalentes a 10 años, 3 meses y 25 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 13 de octubre de 1994 (archivo 2 folio 74 y archivo 12 SIAFF), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (se acepta en la contestación) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha

información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que la mejor opción era trasladarse por que se podía pensionar a cualquier edad.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo hace ver en la apelación PORVENIR.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 73 archivo 2 digital), plasmado en el formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

⁶ Récord 19:22 Audiencia virtual.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes COLPATRIA omitió en el momento del traslado de régimen (13 de octubre de 1994 fl. 73 archivo 2), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial Vinculaciones archivo 12 digital) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, administrada por PROTECCIÓN (actual administradora de régimen de la actora –archivo 12 digital-), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR y PROTECCIÓN relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales, sin que ello implique la vinculación de un tercero a ésta acción, situación que igualmente no fue alegada en la etapa procesal correspondiente por las referidas AFP.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones (Archivo 7 expediente digital) respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta y alegada por Porvenir en su apelación y por Protección frente a los gastos de administración, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente

relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EMILCEN HUERTAS ALFONSO
CONTRA COLOMBINA S.A. (RAD. 35 2019 00532 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLOMBINA S.A., mediante correo electrónico del 5 de noviembre de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1 de septiembre de 2020 (Audiencia Virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 39:10, acta expediente digital), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la entidad demandada COLOMBINA S.A de todas las pretensiones reclamadas en su contra por EMILSEN HUERTAS ALFONSO.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción denominada inexistencia de la obligación a cargo de la demandada, la excepción de cobro de lo no debido y la excepción de buena fe.*

***TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante señalamos como agencia en derecho a su cargo la suma de 500 000 pesos, que se incluirá la liquidación de costas.*

CUARTO: En el evento de no ser apelada esta decisión se CONSULTARÁ con el superior.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la subsanación de la demanda (folios 93 a 95), encaminadas a que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido y que a partir del noviembre de 2013 debía percibir su salario conforme al promedio devengado durante el año anterior a su reubicación o al que percibían los otros trabajadores con las mismas funciones, conforme al principio de condición más beneficiosa. En consecuencia, se reliquiden sus prestaciones sociales y vacaciones desde noviembre de 2013 hasta la fecha de la sentencia. **Obteniendo sentencia de primer grado** adversa a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones. Ello tras considerar el juez de primer grado que con la reubicación no existió una desmejora salarial, por el contrario, dijo, su remuneración se ajusta a las normas que regulan el salario y las políticas de la empresa que en nada la han afectado.

Previo a resolver lo pertinente, es menester precisar, no es objeto de debate en esta instancia que entre la demandante y la demandada existe una relación laboral vigente desde el 5 de abril de 2010, hecho que además de haber sido aceptado por la pasiva desde la contestación de la demanda¹, se verifica de la documental visible a folios 19 a 24 y 153 a 158, correspondientes a la copia del contrato de trabajo suscrito.

¹ No hubo oposición a la pretensión de la demanda que procuraban la declaratoria de existencia del contrato de trabajo (Respuesta petición primera, folio 146). Y se aceptó como cierto el hecho primero 144.

En este punto también debe anotarse, no es motivo de discusión que la demandante desempeñaba la labor como vendedora TAT, cargo en el que devengaba un salario fijo y uno variable, siendo reubicada el 25 de octubre de 2013 por razones de salud y restricciones médicas, a actividades de apoyo administrativo en oficinas y apoyo en labores de archivo, tal como se advierte del otrosí al contrato de trabajo de folio 25 y vto.

Hechas tales aclaraciones la discusión que se plantea, atendiendo los términos en los que fue propuesta la demanda, se centra únicamente en determinar si hubo una afectación o disminución del salario de la demandante como consecuencia de la reubicación de la que fue sujeto, a partir de lo cual deba reajustarse su remuneración teniendo en cuenta el promedio del salario devengado en el año inmediatamente anterior a la reasignación de funciones. De la misma forma corresponde verificar si hay lugar a nivelar su retribución con aquella devengada por otros trabajadores que estén en idénticas condiciones.

Pues bien, para solventar tales cuestionamientos, debe partir la Sala por advertir quedó claro que la reubicación de la actora se dio en cumplimiento de las obligaciones que le incumben a la pasiva en calidad de empleador, de ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes² y en atención a las recomendaciones médicas que

² Al respecto, el Decreto 2351 de 1965, modificatorio del Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 16 determina:

"Artículo 16. Reinstalación en el empleo. 1. Al terminar el período de incapacidad temporal, los patronos están obligados: a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. La existencia de una incapacidad parcial no será obstáculo para la reinstalación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo; b) A proporcionarle a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. c) El Incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado". (Subrayado fuera de texto original) Las disposiciones enunciadas, son concordantes con lo establecido en los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989, que a la letra señalan: "Artículo 16. Todos los patronos públicos o privados están obligados a reincorporar a los trabajadores inválidos, en los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez si recupera su capacidad de trabajo, en términos del Código Sustantivo del Trabajo. La existencia de una incapacidad permanente parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo.

Artículo 17. A los trabajadores de los sectores públicos y privado que, según concepto de la seguridad competente de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares del empleo y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad."

fueron expedidas a favor de la trabajadora, tal como puede verse no solo del acta de reubicación de folios 163 y 164, sino también del otrosí suscrito de mutuo acuerdo por las partes (folio 161).

Ahora, en lo que respecta a la retribución, conforme las pruebas acopiadas al expediente, se observa que el salario de la demandante cuando laboró como vendedora TAT, estaba sujeta a un sistema de remuneración en la cual tenía un salario fijo de \$350.000 y una porción variable compuesto por: cumplimiento de cuota, número de referencia por factura, efectividad y cubrimientos, los que además fluctuaban dependiendo de la suma vendida y el rango de cumplimiento (folio 159).

Ahora, si bien en el otrosí con el que se produce la reubicación de la trabajadora, nada se dice sobre la retribución, lo cierto es que, en efecto, con el cambio no podía presentarse una desmejora y, en todo caso, su remuneración mensual no podía ser inferior al salario mínimo, situaciones que no se presentaron en autos, por las razones que pasan a explicarse.

Como se dijo, la remuneración de la demandante era mixta, esto es, estaba compuesta por una porción fija y una variable, último que dependía de las ventas realizadas y del cumplimiento de las metas propuestas por la compañía y que se remuneraba de acuerdo al sistema anexo al contrato (folio 159 y 160), por lo que, dependiendo este valor necesariamente de la actividad realizada por la demandante, es claro que dejó de percibirla en el momento en que cesaron sus actividades como vendedora.

Ahora, aunque es cierto que por el cambio de actividades a aquellas de oficina y, especialmente por no vender, la actora consecuentemente dejó de percibir el salario variable, también lo es que la sociedad convocada a juicio cuenta con una

Así mismo los artículos 4 y 8 de la Ley 776 de 2002, prescriben:

"ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO. Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría."

"ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios."

política salarial para el personal reubicado (folio 165), con la cual asigna un porcentaje al trabajador de lo que antes recibía como salario variable, que se adiciona a la porción fija, y que se paga sin consideración a la labor de ventas, el cual se refleja en la nómina como “*ajuste al garantizado*”.

En ese sentido, la demandante recibe como retribución por sus servicios el salario básico, reajustado anualmente, más el “*ajuste garantizado*” que suple la porción que antes era variable, tal como emana de los desprendibles de nómina que militan a folios 182 a 272, los que sumados, siempre han sido superiores al salario mínimo legal mensual vigente, para cada anualidad.

De lo que viene de decirse, aunque mutaron las condiciones salariales de la demandante, esta situación, a juicio de la Sala obedeció a razones objetivas y atendibles y no a un capricho de la sociedad demandada, pues como se dejó sentado al inicio, la misma se produjo en razón a la reasignación de las actividades, que encuentran sustento en las recomendaciones médico-laborales dadas a la demandante, a partir de las cuales la pasiva se vio obligada a reubicarla a un cargo compatible con sus aptitudes y capacidades.

El hecho que la reubicación de la trabajadora se haya dado como consecuencia de la merma de sus capacidades laborales por la afectación de su salud, no implica *per sé* que el empleador deba continuar generando el pago de un salario cuyas condiciones de causación, conocidas por la actora, no se configuran, máxime cuando se demostró que en realidad no existe una desmejora de las condiciones laborales originada en la reasignación de funciones en tanto continuó devengando el salario establecido para el cargo contratado.

Bajo tales consideraciones, no encuentra la sala que exista una desmejora salarial que imponga la necesidad de ajustar el salario de la demandante y, consecuentemente, reliquidar las prestaciones devengadas por la trabajadora.

Frente al segundo problema jurídico propuesto, es primordial para la Sala establecer si existe o no una desigualdad respecto del salario de un trabajador, frente al percibido por otro, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia, sea

de tal entidad que pueda por si sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral “a trabajo igual, salario igual”, consagrado en el artículo 143 del C.S.T. modificado por el art. 7 de la Ley 1496 del 2011.³

Se tiene entonces como requisito indiscutible para la aplicación del precitado principio, la demostración plena en juicio de los tres elementos constitutivos de la igualdad laboral, así como la existencia de un patrón de conducta comparable, frente al cual se pueda determinar que evidentemente existe una diferencia de trato salarial cuando se dan iguales circunstancias de hecho en el desempeño laboral.

Atendiendo lo anterior, aunque la demandante sostiene que no percibe el mismo salario de otros trabajadores que desempeñan las mismas labores, lo cierto es que tal aseveración no trascendió al plano probatorio, ni siquiera se indicaron las personas o parámetros a partir de los cuales se hiciera la comparación, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus aseveraciones es la 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”.

En ese orden, tampoco resulta posible un ajuste del salario de la demandante a partir de una “nivelación salarial”, en tanto no se acreditaron los elementos necesarios para proceder en ese sentido.

Así las cosas, iterando que en el caso de marras no se evidencia una desmejora salarial injustificada a la demandante y que no existen razones para dar aplicación

³ “ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. -Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 -. El nuevo texto es el siguiente:

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.
3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”

al principio “a trabajo igual salario igual”, se confirmará la decisión de primera instancia.

Agotada como está la competencia de la Sala por el estudio de los argumentos de apelación y habiéndose arribado las mismas conclusiones del juez a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo precedentemente expuesto.

SEGUNDA: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILLIAM GIOVANNY MOLINA MILLARES CONTRA INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS S.A. IMAL S.A. Y SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S (RAD. 36 2017 00585 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (correo electrónico del 5 de octubre de 2020), así como las demandadas IMAL S.A. y SERO S.A.S, mediante correos electrónicos remitidos el 7 de octubre de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

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 la demandada IMAL S.A., contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de junio de dos mil veinte (2020) (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:14:56), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor WILLIAM GIOVANNY MOLINA MILLARES y la empresa INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de febrero de 2011 hasta el 25 de diciembre de 2016.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A., a pagar la suma de \$7.453.807 por indemnización por despido sin justa causa.*

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de **SERVICIOS OCASIONALES SERO S.A.S.**, y no probada con relación a **INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.**

CUARTO: ABSOLVER a **INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.**, de las demás pretensiones incoadas en su contra y a **SERVICIOS OCASIONALES SERO S.A.S.**, de todas ellas.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a **INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.**, líquídense con la suma de \$750.000 a título de agencias en derecho.”

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales del demandante y la demandada **INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS – IMAL S.A.**, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, el apoderado de **IMAL** refiere su inconformidad frente a los extremos de la relación laboral y la duración del contrato, ya que de conformidad con las pruebas aportadas es claro que el vínculo entre las partes surgió a partir del 16 de febrero de 2012, y en esa medida, situaciones ocurridas con anterioridad a esa fecha, dice, no le son imputables a esa sociedad.

Estima, ratificar la conclusión del *a quo* es tanto como “*quebrantar el acuerdo de voluntades que de manera voluntaria, libre y consciente*” se celebró con el actor lo que va en contravía, asevera, del principio de buena fe que se predica de todas las relaciones contractuales¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada el 17 de junio de 2020, a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:17:27).

¹ “Muchas gracias, señora juez. Su señoría, el recurso de apelación que promuevo en esta instancia para que resuelva la laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se centra básicamente en el tema de los extremos temporales de la relación laboral y el término de la misma.

Esto, su señoría, teniendo en cuenta que de ninguna manera era dable acceder a la pretensión del demandante ni colegir lo que concluyó el despacho en relación con los extremos temporales de la relación laboral que existió entre el señor **MOLINA MILLARES** e **IMAL S.A.**, como quiera que de las pruebas que fueron allegadas al despacho, se observa claramente que el vínculo laboral suscrito entre las partes fue tan solo a partir del 16 de febrero de 2012. Por lo anterior, tratándose de circunstancias anteriores y que este fue un contrato a término fijo, y que, por circunstancias anteriores a dicha fecha, es decir, al 16 de febrero del 2012, no es dable que le sean imputables o reprochables a **IMAL S.A.**, circunstancias que no fueron de la vigencia del contrato de trabajo.

De acceder a esta pretensión, y de haber predicado lo que indicó el despacho, fue tanto como quebrantar el acuerdo de voluntades que de manera voluntaria, libre y consciente celebró el señor **MOLINA MILLARES** con mi representada y de esta forma, vulnerar el principio de la buena fe que debe predicarse de toda relación contractual. Debe recordarse que, en este sentido, la ejecución del contrato de trabajo debe ser de buena fe, lo que implica que las partes, en un futuro, no cambien en un futuro las condiciones propias del pacto que previamente celebraron. Ello, en armonía con el principio de que a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos.

En estos términos, discrepo de la decisión del despacho al considerar que el contrato de trabajo con el demandante fue a término indefinido y que su fecha de inicio fue a partir del 7 de febrero del 2011. Muchas gracias, señora juez.”

A su turno, la parte actora considera, la relación laboral debe tenerse en cuenta desde el año 2006, dado que un testigo certificó que el actor siempre estuvo trabajando con la demandada, independientemente de que no se haya detallado qué otras empresas de servicios temporales lo vinculaban, pues fue aceptado que era contratado bajo esa modalidad² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada el 17 de junio de 2020, a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:20:09).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante WILLIAM GIOVANNY MOLINA MILLARES las pretensiones visibles a folio 132 y vto., las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 132 vto. a 133 vto., aspirando de manera principal se declare que entre él y la empresa INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS S.A. – IMAL S.A. existe un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 20 de enero de 2006 el cual terminó de forma injustificada y sin autorización previa por parte de la inspección del trabajo de la territorial Bogotá en diciembre de 2016, pese a conocer su estado de salud, y sin el pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es, desconociendo su condición de sujeto de especial protección constitucional y por tanto, la estabilidad laboral reforzada que lo cobijaba, en virtud del tratamiento médico al que se debe someter con ocasión de la patología de tipo tiroidea que padece, debiendo

² “APODERADO PARTE DEMANDANTE: (2:20:09)

Sí señora juez, nosotros vamos a hacer uso del recurso de apelación en los siguientes términos:

Consideramos que la relación laboral sí debe tenerse en cuenta desde el año 2006, toda vez que el testigo certificó que el señor WILLIAM MOLINA siempre estuvo trabajando para IMAL. Independiente que no se haya detallado cuáles eran las otras empresas temporales con las que él trabajaba, sí se aceptó, por medio del demandado, que había otras empresas temporales que vinculaban al señor MOLINA por medio de ese tipo de contratos.

Entonces, consideramos que esa relación debe tomarse en esos términos, ya que IMAL y SERO aceptaron, y así lo hizo ver el testigo, que había otras empresas temporales y que siempre estuvo trabajando para la firma IMAL.

(JUEZ): El último pedacito no lo escuché doctor, no sé si se le apagó el micrófono ¿hace que... 15 segundos?

APODERADO PARTE DEMANDANTE: (2:21:48)

Decía que, esos hechos fueron aceptados por IMAL y SERO, que había otras empresas que trabajaban o que vinculaban personal de manera temporal y en misión para IMAL, o sea que el señor WILLIAM MOLINA siempre trabajó o tuvo ese vínculo laboral con IMAL, no solamente por medio de la empresa SERO, sino por otras empresas, así lo ratificó el testigo, que dijo que siempre había conocido, durante los 15 años que trabajó en la empresa, que el señor WILLIAM había desempeñado la misma función, por lo tanto, consideramos que esa relación laboral debe considerarse desde el año 2006. Muchas gracias.”

establecerse que el despido es nulo y no produjo efecto jurídico alguno. Pide igualmente se declare que la liquidación se efectuó desconociendo el real tiempo de servicios. En consecuencia, se condene a la demandada IMAL S.A. a reintegrarlo definitivamente al puesto de trabajo, sin solución de continuidad, en un cargo de igual o mayor jerarquía que pueda desempeñar según su condición de salud, así como a pagar a su favor la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 correspondiente a 180 días de salario, junto con los aportes a seguridad social, salarios, prestaciones sociales legales y convencionales que se hubieren causado entre el despido y su reinstalación al trabajo, al igual que los intereses moratorios, los derechos ultra y extra petita y las costas.

En subsidio del reintegro, pide se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. tomando en cuenta el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, junto con la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor e IMAL S.A. por el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 2011 y el 25 de diciembre de 2016, condenando a esta última a pagar a favor del convocante la indemnización por despido sin justa causa, y absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar que la empresa SERO S.A.S fue una intermediaria en la contratación realizada entre el 7 de febrero de 2011 y el 15 de febrero de 2012 en la que el actor fue vinculado como trabajador en misión al servicio de IMAL S.A. la cual excedió el término previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo que la usuaria, fungió como verdadera empleadora en dicho interregno debiendo considerarse que la relación laboral entre el demandante e IMAL nació el 7 de febrero de 2011 y feneció el 25 de diciembre de 2016 sin justa causa, contrato que debía tenerse a término indefinido.

Frente a la estabilidad laboral pretendida estimó la juez de primer grado no encontrar elementos que permitieran determinar que el demandante no podía ejecutar sus tareas en condiciones regulares, además de no encontrar calificación de pérdida de capacidad laboral, incapacidades o restricciones laborales que fueran de conocimiento del empleador.

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

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre el demandante y la demandada IMAL S.A. existió un contrato de trabajo a través del cual el actor prestó sus servicios como operario, situación que fue aceptada por la demandada desde la contestación de la demanda y determinada por la juez de primera instancia sin que, frente a la naturaleza de la vinculación se formulara reparo alguno.

Así pues, la inconformidad de las partes se concreta sobre el extremo inicial de la relación laboral, pues mientras el actor asegura que el contrato surgió en el año 2006, teniendo en cuenta las contrataciones hechas a través de empresas de servicios temporales, la demandada asevera que éste tuvo su origen el 16 de febrero de 2012.

Adicionalmente, discrepa la pasiva de que se determinara que el contrato se ejecutó a término indefinido pues ello, dice, no guarda correspondencia con la voluntad de las partes plasmada en el contrato de trabajo.

A efectos de corroborar si la parte actora cumplió con su carga probatoria, aborda la Sala el estudio de los medios de convicción aportados al plenario:

Al expediente se incorporó como prueba documental las siguientes que a continuación se relacionan:

- Comunicación del 23 de diciembre de 2016 dirigida al demandante, suscrita por el Gerente de Gestión Humana de IMAL en la que se informa sobre la terminación de su contrato “a término fijo” (folio 98 y 192), donde se lee:

*“Por medio de la presente nos permitimos informarle que su contrato a **término fijo con IMAL S.A.** vence el 15 de febrero de 2017; en razón a este vencimiento le informamos que no será prorrogado el contrato, así mismo le informamos que usted trabajará hasta el día 23 de diciembre de 2016”.*

- Certificación laboral expedida por IMAL (folio 99 y 193), en la que consta:

“Que el señor WILLIAM GIOVANNI MOLINA MILLARES, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.262.162 expedida en Bogotá, prestó sus servicios a esta compañía a partir del día 16 de febrero de 2012 y hasta el día 25 de diciembre de 2016, mediante contrato de trabajo fijo, desempeñando el cargo de TECNICO IV y devengando un salario básico mensual de UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1.753.151).” (Subrayas de la Sala)

- Certificación expedida por la empresa SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A.S el 26 de julio de 2017 (folio 122 y 123) en la que hace constar:

“Que el señor MOLINA MILLARES WILLIAM GIOVANNY (...) laboró en misión para la empresa INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A., mediante contrato por obra o labor determinada en el cargo de MECANICO, en las siguientes fechas:

- Desde el 20 de enero de 2.006 liquidándose a 30 de marzo de 2006
- Desde el 13 de noviembre de 2007 liquidándose a 24 de noviembre de 2008
- Desde el 07 de febrero de 2011 liquidándose a 15 de febrero de 2012.”

- Copia del contrato de trabajo a término fijo celebrado entre el actor e INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS – IMAL S.A. el 16 de febrero de 2012 (folios 187 a 191), en cuya cláusula segunda se pactó:

*“**SEGUNDA-. DURACIÓN:** Las partes acuerdan que el presente contrato tiene una duración definida de 6 meses, que rige a partir de la fecha de su firma y hasta el día 14 de agosto de 2012, si antes de la fecha de vencimiento de este término ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su decisión de no prorrogar el contrato, con antelación no inferior a (30) días, este se prorrogará por un periodo igual al inicialmente pactado. Tratándose de un contrato a término fijo inferior de un año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año y así sucesivamente (...)”*

- Copia del contrato “por el término que dure la realización de la obra o labor determinada” celebrado entre el actor y SERO S.A el 20 de enero

de 2006, como trabajador en misión, siendo la empresa usuaria IMAL S.A. (folio 261)

- Liquidación contrato de trabajo del 20 de enero de 2006 al 30 de marzo de 2006 realizada por SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A. (folio 267).
- Contrato de trabajo por el término que dure la obra o labor determinada celebrado entre el actor y SERO S.A. el 13 de noviembre de 2007, como trabajador en misión, siendo la empresa usuaria INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS – IMAL S.A. (folio 268).
- Comunicación del 24 de noviembre de 2008 en la que SERO SERVICIOS OCASIONALES S.A le informa al demandante la terminación de su contrato de trabajo a partir de esa fecha (folio 274) en la cual se lee:

“Por medio de la presente me permito comunicar a usted que su contrato de trabajo finaliza el día 24 de noviembre de 2008, por terminación de la labor para la cual fue contratado (a).

En efecto fue vinculado para ejecutar labores en misión en IND. METALICAS ASOCAIDAS IMAL S.A., como mecánico, actividad que ha finalizado conforme nos lo ha comunicado la Empresa Usuaria”

- Liquidación de contrato de trabajo entre el 13 de noviembre de 2007 y el 24 de noviembre de 2008 (folio 276), realizada por SERO SERVICIOS OCASIOANLES S.A.
- Contrato No. 40851 del 7 de febrero de 2011, celebrado entre WILLIAM GIOVANNY MOLINA MILLARES y SERO SERVICOS OCASIONALES S.A. (folios 280 y 281) como trabajador en misión, siendo empresa usuaria IMAL.
- Copia de la liquidación de contrato de trabajo, entre el 7 de febrero de 2011 y el 15 de febrero de 2012 (folio 289).

- Contratos de prestación de servicios suscritos el 28 junio de 2004 y el 1 de enero de 2011 entre SERO SERVICIOS OCASIOANLES e INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A. (folios 292 a 295 y 296 a 299) el cual tiene por objeto: “*SERO se obliga a colaborar con el USUARIO en la prestación de servicios de las siguientes actividades: en el área administrativa, contable, financiera, mercadeo, y operativa. La labor contratada se llevará a cabo en las dependencias del USUARUIO. El número de trabajadores en misión será determinado por el cliente - usuario-*”

En el expediente también se recaudó como prueba el interrogatorio de parte que absolvieron el demandante³ y el representante legal de IMAL S.A.⁴

El primero, en lo que interesa al tema discutido, refirió, siempre ha trabajado con IMAL, sin embargo, al cuestionársele si se vinculó con SERO en 2006 y luego de noviembre de 2007 a noviembre de 2008, respondió afirmativamente.

A su turno, el representante legal de IMAL al punto ilustró que le demandante inició a laborar para la compañía mediante contrato de trabajo a término fijo desde el año 2012 y aceptó que el actor con anterioridad prestó servicios como trabajador en misión a través de empresas de servicios temporales, laborando en ambos casos en mantenimiento.

En el acervo probatorio se recibieron además los testimonios de JOSE HERIBERTO SÁNCHEZ SANCHEZ⁵, TITO RAÚL PAEZ ARENAS⁶, JAIME HERNANDO COGUA HERNANDEZ⁷ y ANDRÉS LEONARDO CASTRO RODRÍGUEZ⁸.

Así, JOSE HERIBERTO SÁNCHEZ aseguró conocer al demandante desde hace 15 años porque trabajaron en IMAL como mecánicos. Indicó el deponente que trabajó para esa compañía entre 1987 y 2014. Dijo, el demandante entró por “*oficina intermediaria*” SERO pero no recuerda que otras porque nunca preguntó.

³ Audiencia realizada el 13 de febrero de 2020. Récord 57:04.

⁴ Audiencia realizada el 13 de febrero de 2020. Récord 43:29.

⁵ Audiencia realizada el 13 de febrero de 2020. Récord 1:14:51.

⁶ Audiencia realizada el 13 de febrero de 2020. Récord 1:28:13.

⁷ Audiencia realizada el 13 de febrero de 2020. Récord 1:43:21.

⁸ Audiencia realizada el 17 de junio de 2020, récord 20:06.

Como puede verse, el testigo se limita a indicar que conoce al demandante hace 15 años y que fueron compañeros de trabajo en IMAL pero no da ilustración alguna sobre la fecha en que el actor ingresó a laborar para esa compañía, ni las condiciones en que se dio dicha vinculación, tampoco precisa si la labor fue continua e ininterrumpida, no siendo suficiente este medio de convicción para dar soporte a las afirmaciones del convocante del litigio.

Por su parte TITO RAUL PÁEZ ARENAS, mencionó ser empleado de IMAL desde 2006, siendo jefe del demandante entre 2015 y 2016, pero ninguna referencia hizo sobre la calenda en que el actor ingresó a laborar a esa empresa. Igual ocurre con el testigo ANDRES LEONARDO CASTRO RODRÍGUEZ, quien ningún elemento aportó para dilucidar el punto cuestionado.

JAIME HERNANDO COGUA HERNANDEZ, gestor de servicio al cliente de SERO hace 15 años, señaló que el demandante tuvo tres vinculaciones con esa empresa de servicios temporales como trabajador en misión al servicio de IMAL, le consta porque hizo la contratación y las afiliaciones, siendo la última del 2011 hasta el 15 de febrero de 2012, lo que le da credibilidad a su dicho por versar sobre cuestiones de las que conoció directamente.

Conforme a lo anterior, esta Sala de decisión advierte, una vez valoradas todas las pruebas del proceso 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, no existió un único vínculo contractual como lo peticiona la parte actora, pues según los contratos adosados y las liquidaciones de los mismos, así como la forma en la que en la realidad se ejecutaron los mismos, se evidencian 2 relaciones de trabajo, así i) Del 13 de noviembre de 2007 al 24 de noviembre de 2008 y ii) del 7 de febrero de 2011 al 23 de diciembre de 2016, tal como procederá a exponerse:

En términos formales, la relación laboral del demandante se dio por diferentes contratos suscritos, en principio con SERO SERVICIOS OCASIONALES y luego, directamente con la empresa IMAL S.A., así:

INICIO	FIN	CONTRATO CON
20/01/2006	30/03/2006	SERO SERVICIOS OCASIONALES

13/11/2007	24/11/2008	SERO SERVICIOS OCASIONALES
7/02/2011	15/02/2012	SERO SERVICIOS OCASIONALES
16/02/2012	23/12/2016	IMAL S.A.

De igual forma, en autos, se constata, que en virtud de los tres primeros contratos el demandante prestó sus servicios a IMAL S.A., quien actuó como “*empresa usuaria*”.

Ahora, dado que el convocante del juicio prestó sus servicios como trabajador en misión en la empresa de servicios temporales SERO SERVICIOS OCASIONALES., se hace necesario indicar, la contratación de trabajadores en misión⁹ mediante empresas temporales, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 6 del decreto 4369 de 2006 el cual reza:

“Artículo 6. 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 requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

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.”

En ese orden, aun cuando en el trámite del proceso no quedó determinado cuál fue el motivo esbozado por IMAL para proceder a la contratación del actor a través de una empresa de servicios temporales, entendiéndose que está se ciñe a la causal tercera, esto es, para incrementos de producción, debe tenerse en cuenta que se establece un término máximo de duración de 6 meses prorrogables por 6 meses más, destacando en este aspecto, en el evento de superación de dicho termino

⁹ Artículo 4°. Trabajadores de planta y en misión. Los trabajadores vinculados a las Empresas de Servicios Temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.

Trabajadores en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias, aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la Empresa de Servicios Temporales.

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. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717¹⁰.

¹⁰ “En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

En el caso de marras para la Sala emana diáfano que el término legal permitido para los trabajadores en misión fue superado, en tanto los contratos del actor con SERO, al menos los que tuvieron vigencia entre el 13 de noviembre de 2007 y el 24 de noviembre de 2008 y del 7 de febrero de 2011 al 15 de febrero de 2012 excedieron el año (1 año y 11 días, y 1 año y 8 días, respectivamente) por el cual se podía contratar al demandante en calidad de trabajador en misión. Razón por la cual, al superarse en el presente asunto dicho margen de tiempo establecido en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se tiene conforme a la realidad vivida y probada en el caso de marras, la relación laboral del actor fue directamente con IMAL S.A. como verdadero empleador, en esos interregnos, siendo la empresa temporal demandada simple intermediaria.

En tono con tal conclusión, y teniendo en cuenta que entre los dos contratos referidos hubo una interrupción de un (1) año, siete (7) meses, trece (13) días, sin que se evidencie dentro del plenario prueba alguna de la prestación del servicio continua e ininterrumpida del demandante a favor de la demandada IMAL S.A, no es posible determinar que existió un único contrato de trabajo, como lo pretende la parte actora.

De otro lado, se tiene que entre la última vinculación con la temporal -en la que IMAL fungió como verdadera empleadora-, que finiquitó el 15 de febrero de 2012 y el contrato de trabajo celebrado directamente con el actor -el 16 de febrero de 2012 (folio 187)-, no existió ni un solo día de interrupción, advirtiendo además, la actividad desarrollada por el trabajador, según lo indicó el representante legal de esa sociedad, fue siempre la misma y su remuneración, tal como se advierte de la liquidación de folio 290 y el contrato firmado (folio 187) no varió, debiendo entenderse por tanto, que en este último interregno existió una única relación de trabajo, esto es, entre el 7 de febrero de 2011 y el 23 de diciembre de 2016 (folios 98 y 99)¹¹.

Así, y como se advirtió al inicio por la Sala, existieron dos contratos de trabajo, el primero entre el 13 de noviembre de 2007 y el 24 de noviembre de 2008 -por superación del término de contratación a través de la EST- y entre el 7 de febrero de 2011 y el 23 de diciembre de 2016 -último contrato con la temporal aunado a la vinculación directa con IMAL S.A.-.

¹¹ Recuérdese que el extremo final del vínculo laboral no fue objeto de controversia.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes, como lo adujo la juez de primer grado. Lo anterior, conforme lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la cual determinó que, al aparecer acreditadas varias vinculaciones laborales, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la Alta Corporación:

“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.”

En lo que toca a la modalidad contractual, es claro que al haberse determinado como verdadera empleadora la empresa usuaria, no puede establecerse como de obra o labor en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas ante la ausencia de contrato, razón por la cual se entiende para todos los efectos que el contrato fue, inicialmente, a término indefinido.

No obstante, no debe perderse de vista que entre las partes se firmó un contrato a término fijo de 6 meses el 16 de febrero de 2012 (folio 187 a 191), el cual, atendiendo las precisiones realizadas, y ante la presencia de unidad contractual, a

juicio de la Sala, solo tuvo la virtualidad de mutar la modalidad de la vinculación (de indefinido -por la primacía de la realidad- a fijo -por voluntad de las partes-), pues como ya se anotó no se efectuó una variación del cargo desempeñado, de la remuneración u otras condiciones de la relación laboral.

Al punto valga señalar, por una parte, el cambio de modalidad del contrato es potestativo de los contratantes, y el mentado instrumento contractual no fue desconocido ni tachado por el actor, quien tampoco advirtió la existencia de vicios del consentimiento o cualquier causal que conlleve a la nulidad o ineficacia del mismo, lo que le otorga plena validez.

Bajo tal entendido, si bien el de manera primigenia el contrato tuvo una modalidad indefinida, este mutó a fijo por 6 meses, por expreso acuerdo de las partes (folios 187 a 191), debiendo revocar en este punto la sentencia de primer grado.

En consonancia con lo que viene de exponerse, en lo que corresponde a la indemnización por despido sin justa causa -condena no apelada por el demandada- cuyo pago fuera ordenado por la *a quo*, en los términos del artículo 64 del C.S.T.¹² y considerando que la modalidad del contrato fue a término fijo, deberá modificarse su cuantía en tanto esta corresponde “*al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato*”.

Así, realizados los cálculos correspondientes, teniendo en cuenta las respectivas prórrogas del contrato¹³, se tiene que al vínculo le restaban 53 días para finalizar - Del 23 de diciembre de 2016 al 15 de febrero de 2017- y en ese sentido la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta el salario

¹² “En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.”

¹³

PRÓRROGA	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
Inicial (6 meses)	16/02/2012	15/08/2012
Prórroga 1 (6 meses)	16/08/2012	15/02/2013
Prórroga 2 (6 meses)	16/02/2013	15/08/2013
Prórroga 3 (6 meses)	16/08/2013	15/02/2014
Prórroga 4 (1 año)	16/02/2014	15/02/2015
Prórroga 5 (1 año)	16/02/2015	15/02/2016
Prórroga 6 (1 año)	16/02/2016	15/02/2017

determinado por la juez que no fue objeto de reproche -\$1.753.151- asciende a **\$3.097.233¹⁴**, por lo que se modificará la sentencia de primer grado en este punto.

Finalmente, es importante precisar al demandante que en la alzada no hizo referencia alguna a la estabilidad laboral reforzada que fuera despachada desfavorablemente por la juez de primer grado, no siendo el término de traslado concedido por esta Corporación mediante proveído del 29 de septiembre de 2020, la oportunidad para sustentar la alzada, ya que en los términos del artículo 66 del C.P.T y la S.S., las razones de inconformidad contra la providencia dictada debían ser expuestas de manera oral en ese mismo acto. Conforme lo anterior, pese a los argumentos expuestos por el actor en los alegatos surtidos ante esta instancia frente a la estabilidad laboral reforzada de la que asegura ser beneficiario, esta Sala se encuentra imposibilitada para analizar tal asunto de mérito, en virtud del principio de consonancia¹⁵.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se modificará la providencia apelada para establecer que el contrato se desarrolló a término fijo y modificar el valor de la indemnización ordenada.

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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de señalar

FECHA DE TERMINACIÓN	23/12/2016
VENCIMIENTO DEL PLAZO	15/02/2017
Días restantes (del 23 de diciembre de 2016 al 15 de febrero de 2017)	53
Salario diario (\$1.753.151 / 30)	\$ 58.438
TOTAL INDEMNIZACIÓN (DÍAS RESTANTES X SALARIO DIARIO)	\$ 3.097.233

¹⁴ **ARTÍCULO 66-A. PRINCIPIO DE CONSONANCIA.** <Artículo **CONDICIONALMENTE** *exequible*> <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.”

que el contrato de trabajo en los extremos referidos fue a término fijo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a IMAL S.A. a pagar a favor del demandante, por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$3.097.233**.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR VICTOR MANUEL
SÁNCHEZ ZAMUDIO CONTRA NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ Y AVANXE
S.A.S (RAD. 38 2017 00494 01).**

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, record: 47:26, acta expediente virtual), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** al señor NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor VICTOR MANUEL SÁNCHEZ ZAMUDIO, lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: EXCEPCIONES,** dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*

***TERCERO: SIN COSTAS** en la instancia.*

***CUARTO:** Si no fuere apelado oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el superior.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación. Con ese propósito, critica que el juez no hubiera ejercido sus facultades

extra petita cuando, en su sentir, el contexto de la demanda era claro y se surtió la notificación de NEIL OSWALDO y la sociedad AVANXE S.A.S. a quienes se refirió en el escrito introductor.

De otro lado, refiere, contrario a lo sentado por el juzgador de primer grado sobre la incorrecta formulación de la demanda, estima, hubo claridad en los hechos enunciados en los que indicó que NEIL OSWALDO era el representante legal y único accionista de la sociedad demandada y en ese sentido, dice existe una responsabilidad de él como persona natural o jurídica que no puede ser omitida.

Sostiene, de ajustarse al principio de la primacía de la realidad, podría evidenciarse conforme a los documentos aportados que existió una relación laboral y que la demanda se instauró contra las dos personas, natural y jurídica, por la solidaridad existente *“entre una persona que es la única persona accionista de una sociedad.*

Considera, con el fallo de primera instancia se vulneraron sus derechos fundamentales, por lo que pide se declare como probada la relación laboral existente entre el actor y *“solidariamente”* con la sociedad AVANXE S.A.S y NEIL OSWALDO quien es el único representante legal y socio de la sociedad convocada, se falle en beneficio de sus derechos y se tengan en cuenta todas las pruebas documentales aportadas. Del mismo modo, pretende se nieguen la excepción de prescripción formulada por el curador *ad litem* de la pasiva¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, record: 48:11, acta expediente virtual)

¹ *“Sí su señoría, de acuerdo al artículo 66 del código de procedimiento laboral, quiero sustentar mi recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia por usted dictada, señor juez.*

En primera medida, consideramos que siempre nos referimos desde el principio, desde el auto admisorio de la demanda, nos referimos tanto así al señor NEIL OSWALDO como a la sociedad AVANXE S.A.S., tanto así que, en las exigencias realizadas por el juzgado en el proceso admisorio de la demanda, fue requisito enviar notificaciones a la sociedad. No puede violar, su señoría, con esta sentencia, los derechos que son fundamentales, derechos intrínsecos de mi representado, alegando que no puede ejercer unas funciones extra petita cuando en el contexto de la demanda se evidencia que existe realmente una demanda.

A pesar de que usted, señor juez, con todo respeto, nos indica de que se formuló mal la demanda, considero que se dio claridad plena en todos los hechos de la demanda al indicar que NEIL OSWALDO era el representante legal y único accionista de esta sociedad, por tanto, existe una responsabilidad de él, bien sea como persona natural, o bien sea como persona jurídica, como quiera que no existen más socios dentro de la presente sociedad y no se puede omitir tal apreciación dentro de la presente sentencia.

Es importante señalar que, si nos ajustamos al principio de la primacía de la realidad, a groso modo se puede evidenciar en todos los documentos aportados en la sentencia, que efectivamente existió una relación laboral y que la demanda se instauró inicialmente, contra las dos personas, natural y jurídica, así como lo sustenté en mis alegatos de conclusión ¿por qué esto? Precisamente por la solidaridad que existe entre una persona que es la única persona accionista dentro de una sociedad, esta demanda se instauró desde un

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 VICTOR MANUEL SÁNCHEZ ZAMUDIO las pretensiones contenidas en el acápite respectivo de la demanda, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el libelo que reposa en el expediente electrónico, encaminadas de manera principal a que se declare que entre él y NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 2 de octubre de 2012, pactado de manera verbal, desempeñando como último cargo el de DIRECTOR OPERATIVO, ejerciendo su trabajo en las instalaciones de AVANXE S.A.S, devengando un salario promedio mensual de \$1.300.000, el cual terminó el 17 de abril de 2017 por “*renuncia motivada*” a causa del incumplimiento por parte del empleador en el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones. En consecuencia, se condene a NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ “*en calidad de propietario, representante legal y único accionista de AVANXE S.A.S.*” a reconocer y pagar a su favor la indemnización por despido indirecto, los salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, subsidio de transporte, compensación de vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud durante el tiempo que tuvo vigencia el contrato de trabajo, junto con la indemnización moratoria por “*el no pago oportuno de las cesantías e intereses a la cesantía*”, intereses legales e indexación.

principio, y desde el principio de la demanda se exigieron por parte de su despacho, los documentos para notificación, tanto a la persona natural como a la persona jurídica.

Por lo tanto, no se puede predicar en esta instancia de sentencia que no se puede fallar extra petita, considerando el contexto general de la demanda. Considero que se están violando derechos fundamentales, como lo digo, se están menoscabando más que evidentemente, los derechos de mi representado que ha tenido que esperar más de un año para poder solventar sus derechos ante esta instancia, por lo cual considero señor juez, que se debe conceder el recurso de apelación y en ese sentido, pues, que se surta en otra instancia la decisión que usted acaba de inferir.

(JUEZ)

Doctor, la idea es que el tribunal resuelva qué, en relación a la sentencia.

APODERADO PARTE DEMANDANTE (52:05):

Solicito en primera medida, que el tribunal declare como probada la relación laboral existente entre mi representado y, solidariamente, la sociedad AVANXE S.A.S y NEIL OSWALDO como quiera que es el único representante legal y único socio de la sociedad, lo cual no se está teniendo en cuenta dentro del fallo, teniendo en cuenta que, su señoría, con todo respeto, debe fallar en beneficio de los derechos de mi representado. También, solicito que el tribunal considere negar las excepciones por prescripción contempladas dentro de la contra demanda instaurada por el curador ad litem de la parte demandada, y se tengan en cuenta todas las pruebas documentales que se aportaron dentro del libelo del expediente. Eso es lo que solicito su señoría.”

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable, por cuanto, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar el juez de primera instancia que el contrato de trabajo existió con la sociedad AVANXE S.A.S respecto de quien no se formuló petición alguna, advirtiendo, no era dable acceder a las pretensiones de la demanda cimentada en la existencia de una vinculación contractual laboral del demandante directamente con el señor NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ pues lo que surge del acervo probatorio, particularmente del contrato y los comprobantes de aportes a seguridad social es una vinculación con la persona jurídica con quien no se pidió la declaratoria del contrato y no se pretendió tampoco responsabilidad solidaria, no siendo posible, en sentir del juez, modificar el querer del demandante cuando se pidió la declaratoria de existencia del contrato con la persona natural. Refirió, igualmente, no ser posible ejercer las facultades ultra y extra petita por cuanto no puede decirse que se discutió ampliamente el contrato de trabajo con AVANXE S.A.S para hacer abstracción de la forma en que se plantearon las súplicas de la demanda y deducir la existencia de la relación laboral con la persona jurídica y, consecuentemente, resolver sobre el reconocimiento de acreencias laborales, dada la ausencia absoluta de la parte pasiva quien estuvo representada por curador ad litem. Insiste, en la demanda no se dejó consignado por el actor la calidad de empleador en cabeza de la sociedad convocada al litigio.

Pues bien, aunque el recurso de apelación no resulta ser un modelo a seguir, entiende la Sala que la recurrente reprocha la negativa del juez a quo de acceder a las condenas del libelo introductor, pues en su criterio, debió declararse la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad AVANXE S.A.S. y accederse, en consecuencia, a cada una de las peticiones que soportaban el libelo introductorio.

Al punto, sea lo primero indicar, tal reparo se refiere a una circunstancia que no fue objeto de debate probatorio y frente al cual la demandada AVANXE S.A.S no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción, tal como incluso lo expuso el juzgador de primer grado, argumento que no podrá ser examinado por esta Corporación, no sólo porque con ello se sorprendería a la sociedad accionada, vulnerando sus derechos a la defensa y debido proceso, sino además porque ello iría en contravía del principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las

excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, y que no podrá condenarse al extremo demandado (AVANXE S.A.S) por un objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta, que es precisamente lo sugerido por el apoderado del actor en su recurso, al intentar variar los supuestos que sirvieron como fundamento a sus pretensiones.

Se indica lo anterior, por cuanto una lectura acuciosa del escrito demandatorio, permite establecer, sin lugar a equívocos, que los hechos y las pretensiones estuvieron encaminadas únicamente a que se declarara la existencia de una relación de trabajo directamente con NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ como “*persona natural, representante legal y accionista único de la sociedad comercial denominada AVANXE S.A.S*” entre el 2 de octubre de 2012 y el 17 de abril de 2017, con quien asegura celebró contrato verbal (hecho segundo²) sin hacer mención alguna a lo largo de la demanda sobre su vinculación con AVANXE S.A.S –declarada por el *a quo* en la parte motiva de la providencia, no discutida en esta instancia-, y menos aún, sin esgrimir argumentos tendientes a que se estableciera que entre estas personas –natural y jurídica- existió algún tipo de responsabilidad solidaria.

De hecho las peticiones se redactaron en los siguientes términos:

“1. Que entre EL EMPLEADOR NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ y VICTOR MANUEL SÁNCHEZ ZAMUDIO EN CALIDAD DE TRABAJADOR, se celebró un contrato individual de trabajo en la modalidad de indefinido.

2. Que dicho contrato inició el día dos (02) de OCTUBRE de 2012, tal como se pactó verbalmente entre las partes.

3. Que el ultimo (sic) cargo desempeñado por el demandante al servicio de la demandada fue el de DIRECTOR OPERATIVO; ejerciendo su trabajo en las instalaciones de AVANXE S.A.S.

4. Que durante la vigencia del contrato individual de trabajo el empleador le pagaba al demandante un salario promedio mensual de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1.300.000)

5. Que la fecha del DIECISIETE (17) de ABRIL de 2017, el trabajador dio por terminado unilateral mente (sic) su contrato de trabajo mediante RENUNCIA MOTIVADA a causa del incumplimiento por parte del empleador en el pago de

² “SEGUNDO: Con base en la propuesta de trabajo mencionada en el numeral anterior entre el empleador NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ en calidad de persona natural y VICTOR MANUEL SÁNCHEZ ZAMUDIO se celebró contrato de trabajo verbal.”(Negrilla y subrayas de la Sala).

Salarios, Vacaciones, Cesantías, Intereses a las Cesantías, Aportes a Pensión, Prestaciones Sociales, Primas e indemnizaciones por no pago oportuno de cesantías e intereses a las cesantías.

CONDENATORIAS

Solicito señor Juez que una vez declaradas las anteriores pretensiones, se condene:

A NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C. en calidad de empleador es responsable del reconocimiento y pago de todas y cada una de las acreencias laborales que mi prohijado tenga derecho; en calidad de propietario, representante legal y único accionista de AVANXE S.A.S entidad legalmente constituida con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., enunciando las pretensiones condenatorias así (...)

Ninguna pretensión subsidiaria se erigió en la demanda.

Sobre el particular es pertinente igualmente señalar, aunque en el hecho quinto del escrito introductorio el actor refiere que se formalizó su vinculación mediante contrato de trabajo escrito “utilizando la empresa AVANXE S.A.S (...) como empleadora” ello, contrario a ilustrar una verdadera relación de trabajo con tal sociedad, pretende exhibir, en virtud de la primacía de la realidad, que pese a tal formalidad su empleador siempre fue el señor NIEL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ. El supuesto fáctico aludido es del siguiente tenor:

*“**QUINTO:** Con fecha 16 de octubre de 2012 y por decisión personal del demandando NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ este decidió formalizar un contrato de trabajo por escrito a término indefinido utilizando la empresa AVANXE S.A.S, con domicilio en esta ciudad representada por su único accionista por el señor NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ como empleadora de mi poderdante, señor VICTOR MANUEL SANCHEZ ZAMUDIO, suscribiendo un contrato de trabajo a través del cual se vinculada para desempeñar subrepticamente el oficio de COORDINADOR DE SOPORTE TÉCNICO con las mismas condiciones que había sido contratado previamente mediante contrato verbal”*

Valga decir, en realidad la demanda no se dirigió contra la sociedad AVANXE S.A.S propiamente, pues a quien en realidad se convocó al litigio fue únicamente a NEIL OSWALDO MUÑOZ DIAZ “*persona natural y representante legal accionista único de la sociedad comercial AVANXE S.A.S*” y los incumplimientos en el pago de las obligaciones laborales –cuyo pago se persigue por este ordinario- se

imputan precisamente a la persona natural mencionada, como empleador (hechos cuadragésimo cuarto y cuadragésimo séptimo³).

Téngase en cuenta, la vinculación a la litis de la sociedad AVANXE S.A.S se da en realidad por disposición del juzgado quien mediante proveído del 30 de enero de 2018, adicionó el auto admisorio calendado 8 de noviembre de 2017, y dispuso por considerar, en principio, que la demanda se dirigía también en contra de tal sociedad.

La relación laboral contra la persona jurídica llamada al juicio, tampoco deviene de las exposiciones realizadas por el actor en las razones y fundamentos de derecho, las cuales se encaminaron solamente a ilustrar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo con el señor NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ, empero, ningún análisis se efectuó respecto de tal asunto –contrato de trabajo con AVANXE S.A.S y/o responsabilidad solidaria- del que pudiera la Sala determinar, en un ejercicio hermenéutico del escrito demandatorio, que era el querer del demandante que se discurriera dicho tema en este proceso.

A más de lo anterior, téngase en cuenta que la demandada AVANXE S.A.S. contestó la demanda a través de curador ad litem quien dijo no constarle ninguno de los supuestos fácticos que soportan la demanda.

En tal sentido, como se dijo al inicio, no puede ahora la Sala adentrarse al estudio de un asunto que no hizo parte de la discusión planteada por el convocante del juicio, en tanto debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidas por los interesados, máxime cuando la existencia del contrato de trabajo con la demandada AVANXE S.A.S tampoco hizo parte de la fijación del litigio, advirtiendo, la ley cuida especialmente que se construya y se profile, desde

³ “CUADRAGÉSIMO CUARTO: Con base en las acreencias laborales en mora a cargo del empleador NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ, este último fue citado por parte del trabajador al Ministerio de Trabajo el pasado VEINTICUATRO (24) de abril de 2017 en razón al injustificado incumplimiento de las obligaciones laborales que presentaba con mi representado. La parte solicitada no asistió ni justificó su inasistencia ante esa entidad gubernamental”.

“CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Durante la vigencia del contrato de trabajo mi representado presentó sus inconformidades frente a los pagos atrasados por concepto de pago de salarios, prestaciones sociales, caja de compensación, los cuales le eran descontados de la nómina y no eran aportados a las entidades competentes. Así lo indicó mi representado personalmente al empleador; y al observar su inoperancia optó por plasmar sus inconvenientes por escrito dirigido al empleador NEIL OSWALDO MUÑOZ DÍAZ como se demostrará en el contradictori (sic)”

el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate.

Finalmente, no sobre agregar, las facultades ultra y extra petita prevista en el artículo 50⁴ del C.P.T y la S.S. están reservadas únicamente al juzgador de primer y única instancia, potestad que en los términos de dicha preceptiva contiene un carácter facultativo y discrecional y no obligatorio, a través del vocablo “*podrá*”. En ella se refleja la independencia de las decisiones de la justicia (art. 228 C.P.), y el principio según el cual los jueces en sus providencias “*solo están sometidos al imperio de la ley*” (art. 230 C.P.) y está sujeta a los siguientes requisitos: Si se refiere a la condena *extrapetita*, los hechos que originen la decisión del Juez deben: a) haber sido discutidos en el juicio, b) estar debidamente probados. Si trata de condena ultra petita se requiere: a) que aparezca que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador, y b) que no le hayan sido pagadas.

De esta forma, los poderes ultra y extrapetita del Juez laboral guardan relación con la concordancia o consonancia que debe existir entre los hechos, las pretensiones, y las excepciones, con la decisión que tome el Juez en la sentencia, a la luz del art. 281 del C.G.P.

En los anteriores términos, ningún yerro puede endilgarse al fallador de primer grado pues no hacer uso de las facultades antes mencionadas hace parte de sus potestades como director del proceso.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del punto objeto de apelación, como quiera que se arriba a la misma conclusión

⁴ “ART. 50 *Extra y ultrapetita*. El juez de (primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (la frase entre paréntesis declarada inexecutable mediante sentencia C-662/98).

absolutoria hallada por el fallador de primer grado, lo que sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, valor que deberá ser incluido 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 LUZ STELLA FORERO BEJARANO CONTRA COLPENSIONES y LA AFP COLFONDOS S.A. (RAD. 21 2019 00551 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante y Colpensiones (fls. 210, 211, 215 y 216), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de septiembre del 2020 (Cd a folio 200, record: 1:28:06, acta a folios 201 y 202), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ STELLA FORERO BEJARANO al régimen de ahorro individual dada el 18 de abril del año 2001 con fecha de efectividad del 01 de junio del año 2001 por intermedio del fondo privado Colfondos S.A pensiones y cesantías y como consecuencia declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones tal como se dijo en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR A COLFONDOS pensiones y cesantías para trasladar todos los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ STELLA FORERO BEJARANO para ello se le concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES a activar la afiliación de la aquí la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS la excepciones presentadas por Colpensiones conforme a lo señalado.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos fijando a favor de la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 en costas frente a Colpensiones.

SEXTO: CONSÚLTESE con el superior esta decisión por ser adversa a los intereses de Colpensiones.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpone el recurso de apelación expresando que la responsabilidad del traslado es imputable a la AFP quien debe ser la que responda por la pensión de la demandante en los términos que se hubiese reconocido si hubiese continuado en el RPM, solicitando en caso de confirmarse la sentencia proferida autorizarla a realizar todas las acciones legales pendientes a resarcir los daños y perjuicios en materia económica que pueda llegar a sufrir su representada al momento de reconocer la pensión a la demandante. (Cd. fl. 200, record: 1:29:48)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LUZ STELLA FORERO BEJARANO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 6, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado que realizó del RPM al RAIS, en consecuencia se ordene a COLFONDOS trasladar el saldo de la cuenta de ahorro pensional con sus rendimientos a COLPENSIONES y a su vez ésta mantenga su afiliación sin solución de continuidad, se condene al

¹ “Si su señoría encontrándome dentro del término procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral el cual sustentare de la siguiente forma:

Solicitándole a ustedes señores magistrados muy respetuosamente revocar parcialmente la sentencia en cuanto hace referencia a las condenas impuestas a mi representada toda vez que ténganse en cuenta de cómo quedó demostrado en el litigio pues la responsabilidad del mismo es imputable al fondo quien debe ser el que responda por la pensión de la demandante en los términos que se hubiese reconocido si hubiese continuado en el RPM. De esta misma forma su señoría ruego ustedes que mi representada no sea condenada en esta instancia toda vez que como lo manifiesto el error o la falta de información es imputable al fondo. Y siendo así señores magistrados si se llegase a confirmar la sentencia proferida por el ad quem solicito a ustedes muy respetuosamente desde este momento autorizar a mi representada a realizar todas las acciones legales pendientes a resarcir los daños y perjuicios en materia económica que pueda llegar a sufrir mi representada al momento de reconocer la pensión a la demandante. De esta forma dejo sustentado mi recurso muchas gracias.”

pago de costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente ni las consecuencias del traslado de cara al régimen de transición del cual es beneficiaria la demandante, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración.

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

En ese orden, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 33 se tiene que la actora nació el 21 de junio de 1957, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, quedando claro, es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante a COLFONDOS el 18 de abril del 2001 (fls. 37 y 188 vto) y que para el primero de abril de 1994 la actora contaba con 12 años, 9 meses y 29 días de servicio (659.85 semanas fl. 206³), es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1°

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”.

³ Historia Laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 162.

de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁴, resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional con base en la

⁴ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, contrario a ello, se recibió como prueba testimonial, las manifestaciones de MARTHA HURTADO RODRIGUEZ⁶ y BLANCA LILIA ANZOLA CASTRO⁷, quienes afirmaron haber sido compañeras de trabajo de la demandante en la empresa PORPARTES LTDA., por lo que tienen conocimiento que la actora se trasladó de régimen pensional toda vez que la AFP COLFONDOS fue a las instalaciones de la empresa y en una charla general informó a todos los trabajadores que el ISS se acabaría y que por ende les convenía afiliarse a esa AFP dadas las ventajas que poseía el RAIS, tales como la rentabilidad y que se podían pensionar a cualquier edad.

⁶ Cd. fl. 200, record: 33:58

⁷ Cd. fl. 200, record: 47:03

Igualmente, debe destacarse con las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del juicio⁸, no se puede demostrar la información suministrada al momento del traslado, pues la actora se limitó en señalar que le indicaron que el ISS se acabaría, que en el RAIS tendría mayor rentabilidad y que su pensión sería mejor, sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

En la misma dirección no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a COLFONDOS el 18 de abril del 2001 (fol. 37), ello no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, en cuanto, conforme se examinó en autos, a la señora FORERO BEJARANO, desde luego, le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁹.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (18 de abril del 2001 fl. 37), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia y se dispuso por la Juez de primera grado.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante

⁸ Cd. fl. 200, record: 21:40

⁹ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

Finalmente se advierte no hay lugar a estudiar la excepción de prescripción en virtud de la Consulta en favor de Colpensiones como quiera que dicha entidad no la propuso.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

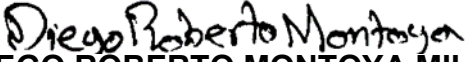
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO