

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -FONDO Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID (RAD. 01 2008 00878 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 707 a 713) y las demandadas Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (folios 694 a 706) y LEXCOM DE COLOMBIA (folios 714 a 716) 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 promovidos por las demandadas DEPARTAMENTO

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS (antes ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA) y la CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA, como integrante del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de septiembre de 2020 (Cd. fl. 688, Record 1:19:25, acta a folio 689 y 690), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral celebrada entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL antes ACCIÓN SOCIAL y CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA y el demandante CAMILO JOSE CAICEDO ACOSTA identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.271.032 con vigencia entre el 28 de diciembre del 2006 y finalización de la relación laboral el día 26 de septiembre del 2007 por decisión unilateral de los demandados conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a las demandadas DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL antes ACCIÓN SOCIAL y CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA a través de sus representantes legales o por quien hagan sus veces a pagar solidariamente a favor de CAMILO CAICEDO ACOSTA identificado con la Cédula de Ciudadanía 19.271.032 las sumas de dinero que por concepto a continuación se indican:

- a.) La suma de \$5.174.514 pesos moneda legal por concepto de cesantías.
- b.) La suma de \$463.981 pesos por concepto de intereses a las cesantías.
- c.) La suma de \$5.174.514 pesos moneda legal por concepto de prima de servicios
- d.) La suma de \$2.587.257 pesos moneda legal por concepto de compensación de vacaciones.
- e.) La suma de \$103.875.000 pesos moneda legal por concepto de indemnización por despido sin justa causa según lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.
- f.) La suma de \$230.333 pesos diarios correspondientes al salario devengado en la fecha de terminación del contrato esto es desde el 26 septiembre del año 2007 hasta cuando se verifique su pago por concepto de indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo conforme a lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación pretendida y pago propuestas por las demandadas respectivamente en el presente asunto y se releva el despacho al estudio de las demás por el resultado de la decisión.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL antes ACCIÓN SOCIAL Y CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA en forma solidaria las cuales serán tasadas por secretaria en su debido momento.”

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas DPS y CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, la apoderada del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA), sostiene, con el demandante no se dieron ninguno de los elementos de la subordinación, advirtiendo, de las pruebas arrojadas al expediente no se puede concluir que CAMILO JOSÉ ACOSTA acataba alguna orden de ACCIÓN SOCIAL, ni siquiera celebró su contrato con la entidad sino con el CONSORCIO ESPAÑOL.

Alude, las acciones desplegadas por el docente fueron para el cumplimiento del contrato 256 de 2006 celebrado con el Consorcio Español, bajo las reglas de la contratación estatal que faculta a los supervisores e interventores para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones al contratista sobre el desarrollo de la ejecución contractual.

Considera, no está acreditado que las instrucciones recibidas por el demandante sean vinculantes por cuanto quien las otorgaba no cumplía el rol de supervisor del contrato o representante de la entidad, ni se estableció que ALICIA LLORENTE fuera el enlace con ACCIÓN SOCIAL a través del cual se le hubiere dado una orden al demandante, por lo que no puede concluirse que las ordenes provenían de quien tuviera legitimidad para hacerlo.

Siguiendo dicha línea argumentativa, señala, cualquier requerimiento que se le haya hecho al señor Caicedo no implica *per sé* subordinación, sino que corresponde a la ejecución de actividades legítimas de supervisión que otorga la ley a efectos de garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contratado.

Resalta, el artículo 32 de la Ley 80 refiere expresamente que el contrato de prestación de servicios en ningún caso genera relación laboral ni pago de prestaciones sociales, ya que estos se celebran por un término indispensable y para una obra estrictamente determinada, como aquí ocurrió, advirtiendo, las

funciones desarrolladas por el demandante no eran propias de la entidad, ni del personal de planta de la misma, sino que se trataban de unas específicas para la ejecución de un proyecto de Acción Social.

Con relación a los correos electrónicos que sirvieron de fundamento a la sentencia, llama la atención respecto a que estos fueron enviados por “*Emilse Cifuentes- Administrativa*” y se cuestiona, si esta persona tenía legitimidad o competencia para impartir órdenes como el cumplimiento de horarios, situación que, insiste, no se acreditó. Idénticas apreciaciones realiza frente a otras misivas electrónicas remitidas por Martha Vallejo, y la experta, precisando, en ellas se denotan instrucciones para el cumplimiento de actividades y en todo caso, se hicieron por personas vinculadas al Consorcio y no a Acción Social.

De otro lado, menciona, si bien en virtud del convenio el experto catedrático tenía los tres componentes de enseñanza: virtual, presencial y semipresencial, no era necesario el cumplimiento de un horario, tan es así, dice, que él continuó laborando dos horas con la Universidad Javeriana y, en su sentir, ello no deriva en subordinación alguna.

Acerca de la solidaridad, alude, Prosperidad Social no fue beneficiario de la obra porque dentro de la misión y visión de esa entidad, no está la de dictar planes académicos, y por el contrario, su función es la de diseñar, idear y complementar políticas públicas para la superación de la pobreza y la equidad social, tampoco, asegura, tienen relación alguna con sus objetivos estratégicos siendo un proyecto que, en realidad, beneficiaba a la comunidad.

Hace hincapié en la cláusula 12.5 del Convenio celebrado con el consorcio en el que claramente se excluyó cualquier tipo de relación laboral y la ausencia de responsabilidad de la entidad en el impago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores¹ (Cd. fl. 688, Record 1:23:00, acta a folio 689 y 690).

¹ “*Muchas gracias señor juez.*

En primer lugar presento recurso de apelación ante el Tribunal Superior para que tenga en cuenta que entre el señor Camilo José Acosta y acción social no se dieron en ningún momento ninguno de los elementos contenido dentro del concepto subordinación dado por las altas cortes, en efecto de la documental arrimada

al proceso y del interrogatorio de parte efectuado al demandante y al representante legal de Lexcom Colombia se puede concluir que el señor Camilo José Acosta no acataba ordenes nunca en ningún momento de Acción social, no tenía obligación jurídica de acatar las mismas ni siquiera en la celebración de su contrato que celebro con el consorcio español, ni en ningún tipo de relación que se pueda evidenciar dentro del plenario. Además entre el demandante y el anterior acción social no existía ninguna estructura jerárquica predeterminada por un contrato o una norma, no existía contrato con objetivos ni dicha relación contractual existió y así se evidencia en los folios que integran el plenario. Esas acciones desplegadas por el docente eran para cumplimiento del contrato 256 del 2006 contrato que no celebro el docente con prosperidad social, el docente celebro otro documento con el consorcio español. El 256 fue celebrado entre prosperidad social y el consorcio español, este contrato o esas acciones que él tenía que desplegar eran necesarias en todo contrato estatal que está supeditado al estatuto general de contratación en el artículo 32 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios entre terceros artículo 32 de la ley 80 de 1993 que es el estatuto contractual y la ley 1474 del 2011 que en su artículo 84 establece "Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente". Entonces eso es evidente que no está acreditado que esas instrucciones que el recibía, dentro del plenario no está acreditado que sean jurídicamente vinculantes porque quien daba esas órdenes no cumplía el rol de supervisor del contrato, como en el caso él sabía que era la señora Alicia Llorente en ningún lado se ve que esta señora supervisora del contrato o enlace entre Acción Social y consorcio español haya emitido alguna orden al Señor Camilo Caicedo no se probó y no se ha rompido la presunción de buena fe e inocencia a favor de la entidad, más allá de toda duda razonable elementos que hacen parte del derecho constitucional a la defensa del debido proceso y a la contradicción toda vez que demostrar ese hecho seria determinar, si pudiese demostrar que efectivamente esas órdenes provenían de quien tuviera la legitimidad para hacerlo ahí si se rompería ese nexo de causalidad y se podría demostrar dicha subordinación, pero esas acciones desplegadas por quienes enviaron los correos que en todo caso no es ningún representante de prosperidad social y que ahora es la base para la condena que hoy se está apelando vienen de servidores que legítimamente no estaban designados como supervisores en ese contrato, ni que por parte de prosperidad social se evidencia orden alguna. Lo anterior significa que en ningún caso esto supone una subordinación cualquier requerimiento que se le haya hecho al señor Caicedo corresponde a la ejecución de las actividades legítimas de supervisión que otorga la ley de acuerdo al artículo 34 y 84 acabado de leer anteriormente, es una supervisión legítima de la ley contractual para las entidades estatales a fin de garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contratado, no se pudo inferir que cualquier acción en la cual se efectuó el requerimiento de un contratista o un subcontratista del estado deriven de un contrato laboral, por cuanto esto llevaría a que las entidades no pudieran desplegar su legítimo derecho y deber de ejercer supervisión legal la cual acarrearía serias consecuencias de índole administrativos, disciplinario y fiscal a los servidores públicos que ejercen dicha supervisión.

Entonces es decir de otro lado el artículo 82 de la ley 80 estatuto general del contrato por el cual se rige la entidad pública establece en su artículo 32 el contrato de prestación de servicios y subrayo en ningún caso estos contratos de prestación de servicios generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el termino estrictamente indispensable como en el caso que estamos observando, El señor se contrató para una obra estrictamente determinada como lo establece o lo permite el artículo 34 de la ley 80 estos contratos son suficientemente contemplados en la ley y se requieren cuando no hay personal suficiente de planta para ejercer estas funciones, y en este caso estas funciones que no eran de la entidad ni del personal de planta de la entidad, sino que eran para ejecutar un proyecto o acción, entonces nótese que la base de la condena son los correos arrojados a folio 266 en el asunto que dice "Horario" ese correo viene de una señora que aparece firmando de nombre Emilse Cifuentes a administrativa, administrativa y docente que funciones tenía ella ¿Tenía o no la legitimidad o competencia para impartir ese tipo de ordenes? ¿Tenía o no la calidad para dar órdenes de cumplimiento de horario? No se acreditó eso dentro del proceso al contrario parece que era docente no era ni supervisora ni interventora dentro del presente contrato, al contrario dentro de sus funciones como administrativa porque aparece como a administrativo no estaba legitimada para impartir dichas ordenes el contrato que lo requiere tampoco proviene de persona, el otro correo que proviene posteriormente a estos mismos en el folio 266 en estos folios que están los correos dice que es de una colega en el cual le están dando algunas no órdenes si no unas instrucciones en la forma como coordinaran los

programas académicos que tenían pendientes de esta señora Marta Vallejo quien tampoco tenía esa legitimación para dar ese tipo de órdenes. Así mismo en el artículo 264 se evidencia a Mari Lucia Vallejo perdon es experta y dispone actividades de gestión y administración de acuerdo con el plan de actividades, que al contrario prueban es la coordinación de la que ha hablado la jurisprudencia constitucional sobre el ejercicio de coordinación que debe hacer entre contratistas y colegas para el cumplimiento de actividades. Así mismo en el folio 267 esta señora María Lucia Vallejo hace ya llamado de atención y también ese llamado de atención se evidencia que no tiene esa legitimidad, ella no tiene esa competencia por cuanto es una experta colega, entonces no se probaron las funciones de ninguna de las señoras que están emitiendo órdenes y en el folio 261 las indicaciones de trabajo de Gustavo Palomares que al parecer si era el enlace en el consorcio español solamente establece actividades a desarrollar pero en ninguna parte del plenario se evidencia exigencia de horarios de quienes eventualmente si tendrían esa legitimación por parte del consorcio mas no de prosperidad social porque repito no existe un solo correo electrónico por parte de la señora Llorente que es la supervisora designada por ley de prosperidad social en el cual haga algún requerimiento al señor Caicedo o a las personas que corresponden que constituían el enlace en este consorcio.

Entonces a folio 260 se evidencia que lo relacionado con sus Honorarios eran dadas por la señora Claudia Salcedo indica cuales son los Honorarios y esta señora hace parte del consorcio pero en ninguna parte se evidencia que estas personas hayan impartido ordenes como en el caso de la administrativa y docente que son los correos que hoy son la base de la condena.

Ahora bien el demandante afirma en su interrogatorio que debía viajar a dictar clases por tanto dentro de la misma oferta técnica que se adjudicó en el convenio al consorcio español, se reitera que hace parte integral del contrato y que hasta folio 230 del plenario establece un plan de estudios que disponía dentro del mismo un contenido académico, virtual, presencial y semipresencial si lo observa señor juez el folio 230 a folio 238 se observa que la modalidad de enseñanza y de esas actividades que se debían desplegar el experto catedrático tenía estos tres componentes académico, presencial o semipresencial no era necesario esas horas específicas de manera presencial y de ese cumplimiento pues así está diseñado y así no se le presentó la oferta de prosperidad social, no fue de esa manera es así que el demandante no cumplía horario que el mismo acepta en su interrogatorio que continuaba dictando clases específicamente dos horas que ajusto con la Universidad Javeriana, entonces lo que conoce prosperidad social es que él tenía tres modalidades de plan académico presencial, virtual y semipresencial así aparece en la ficha técnica del folio 238 y 230 de lo cual tampoco se evidencia ni se puede derivar ninguna subordinación ni cumplimiento de horarios ni nada que conozca prosperidad social es claro que este debía cumplir con un contrato de prestación de servicios en horas determinadas para el cumplimiento de las mismas, téngase en cuenta que en la oferta técnica como quedo especificado en el párrafo anterior maneja distintas modalidades por eso es claro que para organizar su plan de estudio es lógico que debía hacer dentro de unas horas que debía destinar para el cumplimiento de esas funciones propias de la profesión de docente que se marca o define la doctrina como el mero ejercicio de la decisión liberal o como lo desempeñaría un contador, un médico y hasta un abogado para este caso debía dedicar horas en aras de la coordinación de la cual está suficientemente definido por la jurisprudencia que ese cumplimiento de un horario no significa subordinación sino actividades de coordinación de su tiempo para devengar sus honorarios muy bien pagos además que en aquella época consistían en 2500 Euros como se probó dentro del proceso.

Ahora bien las únicas pruebas sobrantes en el plenario de la presunta subordinación son las dos documentales y el interrogatorio de parte rendido por el señor Caicedo de ninguna de ellas se desprende tal subordinación por cuanto a los correos como quedo aclarado anteriormente no tenían fuerza vinculante por provenir de personas que no tenían la competencia para tal fin y manifiesta que organizo su informe y cuenta de cobro con otros expertos que tampoco fueron traídos a este proceso señor juez ni han a testiguado a su favor, al contrario la apoderada de la demandante desiste de los mismos dejando sin piso probatorio esta supuesta subordinación al no tener quien la atestigüe sino sólo su propia voz dentro de este proceso quien alega ostentar que con prosperidad social la cual nunca informo de la supuesta irregularidad en ninguno de sus contratos, en la ejecución de su contrato cuando es claro quien era el enlace y el supervisor del convenio marco como quedo expresado en los alegatos de la vez pasada que fue en octubre del 2017 presento la petición, la reclamación administrativa y un año después presenta una reclamación de las prestaciones.

A su turno, LEXCOM DE COLOMBIA argumentó no existir material probatorio suficiente que apuntara a demostrar la existencia de un contrato de trabajo, por el contrario, dice, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, siendo el actor consciente de la vinculación que tenía, quien además decidió someterse a un cronograma de trabajo, precisando, el tipo de proyecto a ejecutar requería de una disposición de tiempo dado que debía desarrollarse en dos años y debían coordinarse los horarios de Colombia y España.

Refiere, aunque la prueba documental no fue tachada, ello no significa que la misma no deba valorarse, y por ello, aunque el folio 261 se refiere a horarios, no puede desconocerse que este no tienen fecha, ni nombre del remitente o destinatario.

En cuanto a la solidaridad no es beneficiario de la obra prosperidad social porque dentro de la misión y de la visión que tiene prosperidad social no está dictar planes académicos mire que la visión de prosperidad social es la entidad de diseñar, idear y complementar políticas públicas para la superación de la pobreza y la equidad social y la misión es superar la pobreza extrema y la pobreza multidimensional en el año 2020, los objetivos estratégicos de prosperidad social tampoco tienen nada que ver con planes académicos ni con planes de enseñanza simplemente ellos desarrollan proyectos para ayudar una situación que favorecía a una comunidad que era superar el proceso de paz o la situación de violencia que estaba viviendo el País en esos años, entonces los objetivos estratégicos tampoco traen dentro su "misionalidad"(sic) nada que ver con planes académicos al contrario es gestionar la oferta de manera articulada a nivel interinstitucional dirigida a la inclusión social productiva de los hogares y comunidades y liderar políticas públicas de inclusión social orientadas a la superación de la pobreza y equidad social por lo tanto en el mismo contrato 256 en la cláusula 12,5 habla de la exclusión de la relación laboral en ese contrato se firmó, o sea en se contrató se firmó con ese consorcio la cláusula 12,5 donde habla de la exclusión de la relación laboral y que en ningún caso en este contrato prosperidad social debe responder por salario, o prestaciones dejados de percibir de contratos que ellos celebren con las personas que requieran para desarrollar el objeto del contrato 256, entonces también se había firmado cláusula de exclusión laboral que se allegó en la contestación de la demanda.

Entonces por esas razones señor juez y porque definitivamente prosperidad social no llevo beneficiado porque las actividades que despliego en ese momento fueron actividades alternas que no eran propias de la función misional de prosperidad social, ni de los objetivos estratégicos ni de las funciones determinadas en la ley en el actuar 2094 del 2016 establece quince funciones y en el anterior decreto de la anterior agencia nacional de la acción social 4152 del 2011 también el artículo seis establece unas 17 funciones las cuales las únicas que se desarrollan o que se asocian al contrato 256 es líder los mecanismos de coordinación interinstitucional como instancia de identificación, formulación, seguimiento y análisis de cooperación que recibe y otorga el país con los actores naciones, locales y territoriales no favorecen a prosperidad social porque eran para el proceso de paz.

En esos términos y en lo que yo acabo de explicar y manifestar respecto no existe solidaridad por cuanto no beneficia a prosperidad social, beneficia a la comunidad al proceso de paz el cual estaba atravesando el país y que no hace parte de planes académicos ninguna de las funciones que establece prosperidad social en primer lugar no existe solidaridad y no somos beneficiarios de la obra, en segundo lugar la persona designada por ley para ejercer la supervisión del contrato nunca conoció ni nunca impartió instrucciones por tanto no se puede condenar a prosperidad social"

Anota, el actor en su interrogatorio reconoció que tenía disponibilidad para manejar su tiempo en el periodo que trabajaba en el proyecto, lo que deviene también de los hechos 15 y 16 de la demanda, por lo que, de existir subordinación, asevera, el demandante debió tener un horario específico.

Sugiere, conforme el cronograma que se incorporó al expediente, puede verse que el demandante no tenía que cumplir algún horario, resaltando además, conforme lo asentó la apoderada del DPS, no hay soporte alguno que permita inferir que los correos fueron enviados por una persona competente para ello.

Frente a la solidaridad, asegura no haber sido beneficiaria del trabajo del demandante, pues en realidad la empresa entró al proyecto con el fin de cumplir una cuota colombiana, empero ni una sola instrucción impartió al actor, ni a ningún otro experto que hubiere participado dentro del proyecto, advirtiendo, su objeto social no tiene nada que ver con lo que estaba ejecutando el señor Camilo² (Cd. fl. 688, Record 1:39:10, acta a folio 689 y 690).

² “Gracias señor juez, presento recurso de apelación contra el fallo proferido con fundamento en que existe material probatorio que demuestra la existencia del contrato de prestación de servicios mas no la existencia de un contrato realidad abonado a esto con fundamento que el demandante tenía conciencia que desde un comienzo había aceptado someterse a un cronograma de trabajo. El tipo de proyecto que se iba a desarrollar requería de una disposición de tiempo teniendo en cuenta que solo se contaba con dos años para ejecutar un proyecto de tan alta envergadura como era un laboratorio de paz, su ejecución requería no solo coordinación con tiempos de Colombia sino también con tiempos de horario de allá de España, entonces eso también había que tenerlo en cuenta de ahí que se manejaran a nivel del contrato unos cronogramas. En el expediente existe un documento suscrito por el señor Camilo donde él dice que existe o más adelante van a existir unos cronogramas de trabajo y sobre ese tema nada se manifestó en el pronunciamiento.

Señala el despacho que las pruebas aportadas al proceso no fueron tachadas sin embargo eso no quiere decir que a cada prueba no se le deba dar la debida valoración, obsérvese que a folio 261 el documento que habla de los horarios laborales no tiene fecha, no dice quién es el remitente ni tampoco dice quién es el destinatario, entonces es documento que si realmente uno lo entra a mirar no le ve uno el encabezado como en el folio anterior que es un correo de gmail y si dice todos los datos este folio 261 yo lo observo y no tienen estos datos de ruta para determinar ¿Quién? ¿cómo? y ¿Cuándo? Fue enviado.

De otra parte existe reconocimiento del demandante en su interrogatorio que tenía disponibilidad de manejar su tiempo en el periodo en el que trabajaba en el proyecto y con la universidad esto también se manifiesta en el hecho 15 y 16 de la demanda, si estamos hablando que existe una subordinación laboral estamos diciendo que el demandante durante todo el periodo debió haber manejado un horario específico pero no, el reconoce en el interrogatorio que el manejaba su tiempo. También existe dentro del expediente un cronograma donde se vio que no asistió en todas las fechas establecidas en el programa, entonces ahí podemos observar que el señor no tenía que cumplir esa tan estricta ese horario abonado que con ese correo me apoyo con lo que dice la anterior abogada esos correos no tienen un soporte para decir que fueron enviados por la persona competente para ello.

De ahí que en cuento a las órdenes que manifiesta el demandante no se observan que estos hayan sido emanados por el competente resalto ese punto y comparto con la anterior apoderada sobre ese tema.

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

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 CAMILO CAICEDO ACOSTA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 306 a 308, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 298 a 306, aspirando se declare que entre él y los integrantes del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA conformado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAP, CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA (UNED), y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, se celebró y ejecutó un contrato laboral realidad a término fijo de 24 meses, el cual inició el 28 de diciembre de 2006 y terminó el 26 de septiembre de 2007 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Pide además, se declare que la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL y el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL

En cuanto a la solidaridad me opongo a la condena con base de establecida la solidaridad teniendo en cuenta que mi poderdante no era el beneficiario del trabajo esta empresa entro al proyecto solo con el fin de cumplir una cuota Colombiana ¿Qué se requería? El proyecto requería si se asignaba una entidad internacional se requería dentro del proyecto que participará una empresa Colombiana Lexcom dentro del expediente no hay una sola instrucción que haya impartido al señor Camilo y el mismo lo reconoce en su interrogatorio que él nunca recibió que le aprecio una persona muy agradable el señor Camilo pero que no recibió instrucciones y que no hay pruebas documentales que haya impartido el señor Camilo ni al señor Camilo ni a ningún otro profesional experto que haya participado en el proyecto. Lo que se limitó Lexcom a participar en el proyecto fue a cubrir esa cuota Colombiana y como su objeto social no tiene que ver con la labor que se estaba desarrollando por parte del señor Camilo el solamente se ocupó en una que otra ocasión respecto de aspectos logísticos pero nunca impartió instrucciones, su objeto social no tiene nada que ver con lo que estaba desarrollando el demandante y por eso no podríamos hablar de una solidaridad. Vuelvo y ratifico la actividad desarrollada por el demandante es ajena a la actividad de mi poderdante de ahí que no existe en el proceso de parte de actuación por parte de Lexcom impartiendo orden o instrucción al demandante o a cualquier otro profesional.

Con base en esto solicito al despacho tener en cuenta mi apelación que voy a ampliar oportunamente en base que no se dio una debida valoración de las pruebas en el proceso, muchas gracias señor juez”

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA³, son solidariamente responsables del pago de sus acreencias laborales. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a su favor las cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios causadas en vigencia de la relación de trabajo, junto con la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo pero únicamente con el Departamento Administrativo Para la Prosperidad Social y LEXCOM DE COLOMBIA a quienes se les condenó al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones pretendidas en el libelo introductor. Lo anterior tras considerar el juez de primer grado que en virtud de la primacía de la realidad se tenía que la relación personal estaba regida por un contrato de trabajo y no se desacreditó la subordinación, indicando que por el contrario, existían llamados de atención y asignación de horarios, además de que el demandante indicó que tenía que cumplir funciones, sin especificar a favor de quien se dio la prestación personal del servicio. De igual forma se refiere a la solidaridad contenida en el artículo 34 del C.S.T., para establecer que la beneficiaria de la obra era ACCIÓN SOCIAL (hoy DPS), pese a que ya había indicado que la relación laboral se dio directamente con esta. Valga anotar, la responsabilidad solidaria no quedó contenida en la parte resolutive de la sentencia, pues declaró un contrato de trabajo con LEXCOM y el DPS (ambas en calidad de empleador) y a renglón seguido ordenó pagar solidariamente.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, 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).

³ Si bien la demanda se dirigió inicialmente contra todas las integrantes del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA, en el proceso solo se encuentra vinculada actualmente la sociedad LEXCOM DE COLOMBIA S.A. dado el desistimiento formulado por la parte actora mediante escrito del 13 de julio de 2015 (folio 627) respecto de FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAP, la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA – UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, el cual fue aceptado mediante proveído del 26 de noviembre de 2015 (folio 638).

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.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si entre el actor y las convocadas a juicio existió un contrato de trabajo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, dada la controversia que se presenta, no tiene importancia la denominación que a la vinculación le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así las cosas, sostiene el demandante en el libelo introductor que en octubre de 2006 el Consorcio conformado por FIIAPP, UNED, LEXCOM y UCM, liderado por la primera, se presentó en la licitación EurpeAid/123300/D/SER/CO para la “Ejecución de un plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz” en Colombia, la que le fue adjudicada, en virtud de lo cual se suscribió Contrato 256 del 29 de noviembre de 2006 (hechos 1, 4 y 5, folios 298 y 299). Alude además, el 28 de diciembre ese mismo año suscribió contrato de prestación de servicios con FIIAPP (hecho 8, folio 301).

De ésta manera, se examinará inicialmente la forma en que el demandante ejecutó su actividad, durante el periodo en que se prolongó la vinculación contractual y si la misma se dio para las llamadas a juicio.

En ese orden, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio, encontrando que al plenario se aportaron las siguientes pruebas documentales:

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

- Copia de la oferta técnica “EuropeAid/123300/D/SER/CO “Ejecución de un plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz”, presentado por FIIPP (Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas), Corporación Lexcom de Colombia, Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Nacional de Educación a Distancia –UNED a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (folios 3 a 247). Dentro de este documento se encuentra la “Declaración de Exclusividad y Disponibilidad” en la que el demandante acepta “participar exclusivamente con el licitador Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas en la licitación de servicios mencionada” (folio 25), también se encuentra la descripción de su hoja de vida (folios 140 a 142)
- Respuesta emitida por Acción Social a la petición realizada por el actor, en la que, como aspectos relevantes informan (folios 248 y 249):

“2.) Respuesta a la pregunta 2: Según documento de constitución del CONSORCIO que ejecuta el “Plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz en Colombia”. El mismo está integrado por:

- *Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIAPP).*
- *Universidad Nacional de Educación a distancia (UNED)*
- *Universidad Complutense de Madrid (UCM)*
- *Corporación LEXCOM de Colombia.*

(...)

4.) Respuesta a la pregunta 4: La persona encargada de ACCIÓN SOCIAL para vigilar las gestiones dentro del desarrollo del contrato es la doctora ALICIA MARIA LLORENTE MENDEZ quien fue delegada por el Director General de ACCIÓN SOCIAL para ejercer la supervisión del contrato, a su vez se nombró según los términos de referencia un Comité operativo para velar por el cumplimiento del contrato.

5.) Respuesta a la pregunta 5. Según los documentos que reposan en Acción Social para la época de suscripción del contrato, (Noviembre de 2006) el representante del Consorcio era el Doctor Francisco Javier Baigorri Navarro (...) quien según el documento de constitución del Consorcio, está debidamente facultado para tomar las determinaciones que fuesen necesarias al respecto, con amplias y suficientes facultades.

(...)”

- Copia del contrato de Servicios No. 256 de 29 de noviembre de 2006 para acciones exteriores de la Comunidad Europea, financiado por el

presupuesto general de la comunidad europea (folios 250 a 254) suscrito entre la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL –ACCIÓN SOCIAL- y el CONSORCIO conformado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAP (sic), la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y LA PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA (UNED) y UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, representado por el gerente de FIIAPP.

- Copia del correo remitido por Sara Ruiz de FIIAPP (sruiz@fiiapp.org) (folio 255 a 259), en la que se da respuesta a los expertos del proyecto de formación laboratorio de paz II, entre ellos el demandante, respecto a las condiciones contractuales: inicio del contrato, duración, remuneración, descuentos a realizar, forma de pago, tipo de contratación, entre otros.
- Copia de la comunicación electrónica, de la que no es posible establecer el remitente (folio 260) donde se dan indicaciones para la remuneración del contrato, indicando la forma en la que FIIAPP pagará (folio 260).
- Copia de correo electrónico con el asunto “*horarios laborales oficina*” sin fecha de envió o recibido, ni identificación del remitente y destinatario(s) (folio 261).
- Correo enviado por gpalomares@poli.uned.es (Gustavo Palomares) el 1 de octubre de 2008, en calidad de “*Coordinador Ejecutivo Plan Formación II Lab.*”, dirigido entre otros al actor, con el asunto “*Prioridades del trabajo*” (folio 262) en el que se lee:

“(…) Con la Bienvenida a la Dra Vallejo en nombre del Consorcio del Plan de Formación del II Lab de Paz, me (sic) gustaría dar algunas directrices de trabajo para los próximos días derivadas de la última reunión mantenida por el

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Consortio en Madrid y que tienen una relación directa con los objetivos previstos en la comunicación oficial dirigida al Dr. Hoyos el 29 de junio que adjunto a este correo.

Resumo algunos de sus contenidos para establecer las dos prioridades en el trabajo que tenemos que realizar en los próximos días:

a) Concertar con UCP y Entidades la entrevista personal y prueba escrita que realizarán la Comisión de las Universidades que se desplazará a Colombia a partir del día diez de julio hasta el 26 de ese mes.

b) Establecer agenda con las ECR's para realizar la "mesa de tres patas" y firma de los acuerdos"

- Copia del correo remitido por María Lucía Vallejo en calidad de Experta Principal del Plan de Formación y Capacitación II Laboratorio de paz, al actor y otras personas, indicando la fecha de entrega de informa de gestión, actividades y resultados del mes de agosto (folio 264).
- Correo remitido por EMILSE CIFUENTES NAVARRO como Auxiliar Administrativo y Docente del Plan de Formación y Capacitación II Laboratorio de Paz, dirigido al actor, en el que se recuerda el horario de trabajo (folio 266).
- Correo enviado al actor por MARIA LUCIA VALLEJO "*Experta Principal Plan de Formación y Capacitación II Laboratorio de Paz*" en el que reitera la solicitud de informarle "*cuando necesiten ausentarse de la oficina*" (folio 267).
- Copia del Contrato de Colaboración en la ejecución del Proyecto "*Ejecución de un Plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz. Colombia*" suscrito entre el demandante y la FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA IBEROAMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS- FIIAPP, el 28 de diciembre de 2006, el cual se sustenta en las siguientes consideraciones:

"(...)

II. Que, en orden a sus fines fundacionales, la Fundación ha sido adjudicataria del Proyecto "Ejecución de un Plan de Formación y Capacitación en el marco

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

del II Laboratorio den Paz. Colombia” financiado en su totalidad por la Comisión Europea.

(...)

IV. Que habiéndose examinado en el Banco de Expertos de la FIIAPP los curricula vitae (sic) de diversos profesionales, el Sr. Camilo Caicedo Acosta guarda el perfil más idóneo para el Proyecto, ajustándose perfectamente a las necesidades del mismo.

Además, tal contrato tenía por objeto (folio 269)

“Primero.- Objeto y definición de tareas

1. EL EXPERTO se pone a disposición del Proyecto para trabajar en el mismo Experto Docente del Plan de Formación y Capacitación del II Laboratorio de Paz en Colombia (...)

En tal instrumento se pactó como lugar de prestación del servicio COLOMBIA.

- ADDENDUM N° 1 al Contrato de Servicios Profesionales de Experto, suscrito en Madrid, España, el 16 de febrero de 2007, suscrito entre la FIIAPP y el demandante (folio 272 y 273) en la cual, entre otras, se adicionan las siguientes cláusulas al contrato:

*“(…) **Segundo.-** Reafirmar que el experto ha firmado una declaración de exclusividad y disponibilidad con la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas para el proyecto denominado “Ejecución de un plan de formación y capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz. Colombia, Referncia de publicación EuropeAid/123300/D/SER/CO” declarando que estará dispuesto a trabajar desde la fecha de 1 de diciembre de 2006 a 1 de diciembre de 2008 y comprometido a no presentarse ni trabajar para otras licitaciones y contratos financiados por la Comisión Europea durante el periodo de ejecución del presente proyecto.*

Tercera.- Las partes acuerdan someterse a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil de Madrid cuantas cuestiones se planteen en relación con la interpretación y ejecución de este contrato”

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

- Comunicación dirigida a EVERARDO MURILLO SÁNCHEZ, Coordinador “Programa paz y Desarrollo y Laboratorios de Paz” de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – ACCIÓN SOCIAL, signada por GUSTAVO PALOAMRES LERMA como Coordinador Ejecutivo del Plan de Formación II Laboratorio de Paz e ISABEL RAMOS TALMA Jefe de Unidad América Latina FIIAPP (folio 274), en la cual informan que

“(…) ante la baja calidad de los trabajos encomendados y la reiterada falta de competencia de Don Camilo Caicedo Acosta, Experto docente del Plan de Formación y Capacitación, en las labores que tiene asignadas de acuerdo a los términos de Referencia y la Oferta Técnica del Proyecto y particularmente en su contrato, el día 26 de septiembre de 2007 le hemos solicitado que presente su renuncia al mismo.

Debido a que el señor Caicedo no ha aceptado nuestra propuesta, conforme al artículo 17.1 del Contrato de Servicios, solicitamos apruebe la rescisión del contrato del señor Caicedo con fecha de 30 de septiembre de 2007. (...)”

- Carta del 26 de septiembre de 2007, dirigida al actor, suscrita por GUSTAVO PALOMARES LERMA como “Coordinador Ejecutivo del Plan de Formación y Capacitación del II Laboratorio de Paz en Colombia” en la cual **el CONSORCIO** como ejecutor del plan de formación lo amonesta por el “deficiente desempeño de sus funciones” (folio 275).
- Misiva del 26 de septiembre de 2007, firmada por el Gerente de la FIIAPP en la que se comunica al demandante la decisión de resolver el contrato firmado a partir de esa data (folio 276).
- Certificación expedida por el CONSORCIO conformado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS – FIIAPP, la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID –UCM-, la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA – UNED y la Corporación LEXCOM DE COLOMBIA (folio 277), en la que informan:

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

“Que el señor CAMILO CAICEDO ACOSTA identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.271.032 de Bogotá D.C., trabajó como Experto Académico en el Plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz EuropeAid/123300/D/SER/CO, con una asignación mensual de 2.500 Euros, del 28 de diciembre de 2006 al 26 de Septiembre de 2007, en la ciudad de Bogotá”.

- Desprendibles de pago de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2007 (folios 278 y 279, 281, 282, 283, 284, 285)

En el asunto también se recibió el interrogatorio de parte que absolvieron, en su orden, el demandante y el representante legal de LEXCOM DE COLOMBIA S.A.

Así, el actor⁴ indicó que se vinculó como Experto en la “Unión Temporal”, no recuerda que contrato. El pago era previa presentación de cuenta de cobro junto con el informe de actividades según las indicaciones. La oficina de la “Unión Temporal” estaba ubicada en la 7ª con 32, asistían en determinados horarios. Debían ajustar horarios con España. Indicó que seguía instrucciones de Palomares y Clara. El cronograma de actividades estaba delimitado por la duración de la ejecución, se debía ajustar el desarrollo de la maestría al tiempo de la Licitación. Dijo, trabajaba como profesor de Cátedra en la Universidad Javeriana dos horas (de 7:00 a 9:00 a.m.) dos días por semana, pero como le empezaron a exigir horario, organizó el cronograma con sus alumnos y el resto del tiempo lo dedicaba en pleno al proyecto. Señaló, la estructura de sus informes estaba delimitada por el Consorcio y se presentaba de manera conjunta con los otros expertos. Reitera, su vinculación fue con el consorcio. Sostuvo, realizaba diferentes viajes para el proyecto, según el cronograma y las veces que fuera necesario.

Por su parte, el representante de LEXCOM, aseguró que el actor laboró como Experto académico del proyecto, desconoce cuáles eran sus funciones específicas porque esa empresa no manejó la parte de ejecución del proyecto e, indico que de hecho LEXCOM no cumplía ningún rol. Con relación al

⁴ Cd folio 686, récord 13:42.

cumplimiento de horarios, aseveró, los únicos que cumplían horarios eran los de la parte administrativa y un técnico y que, por lo general, los profesionales laboraban de acuerdo a los programas asignados por las universidades que manejaban el consorcio. Refirió, el actor tenía Contrato de Prestación de Servicios y el Coordinador era Gustavo Palomares, se hacían entregas a Acción Social. Dice, el salario del actor era en euros, pero no recuerda cuánto era porque los contratos se hicieron con los de España quienes a su vez fueron quienes escogieron al demandante. Frente al llamado de atención por incumplimiento de horario, ilustró que tuvieron dificultades para la realización de las reuniones para entrega de avances. Con relación a la terminación del contrato del demandante dijo que se le llamó la atención por los entregables, ya que le fueron devueltos porque estaban mal hechos y no se pudo cumplir a tiempo.

Pues bien, del análisis íntegro de la demanda y las contestaciones, así como los elementos de convicción detallados de manera precedente, para la Sala es claro que no se logró demostrar la prestación de los servicios personales del demandante en favor de ACCIÓN SOCIAL (hoy DPS) -una de las personas jurídicas con quien el juzgador de primer grado halló demostrada la existencia del contrato de trabajo- y en ese orden, ante la ausencia de prueba de este elemento, no es dable dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., ni entender, respecto de esta, que para el periodo del 28 de diciembre de 2006 al 26 de septiembre de 2007 fungió como “*verdadera empleadora*” (en caso de que se hubiera acreditado algún tipo de intermediación), pues para ello, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, era necesario que la parte actora cumpliera con su carga probatoria demostrando la prestación personal del servicio en favor de ACCIÓN SOCIAL (hoy DPS). De hecho, ninguno de los supuestos fácticos en que se fundó el escrito introductor apuntan a determinar que se prestó el servicio a favor de esa entidad del Estado, advirtiendo además, ni siquiera la pretensión que procura la declaratoria de existencia del contrato de trabajo se ruega respecto de ACCIÓN SOCIAL, pues lo que el actor procura de esta es que se determine su responsabilidad solidaria.

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Por el contrario, lo que insinúan los medios de convicción es la prestación personal del servicio del trabajador en favor del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA conformado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA (UNED), y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, y no únicamente respecto de una sola de sus integrantes, esto es, LEXCOM DE COLOMBIA como persona jurídica individualmente considerada y con quien el juez de primer grado declaró la existencia del contrato de trabajo.

Al punto, véase como el contrato de prestación de servicios formalmente suscrito, se celebró con la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, puntualmente en el marco de la realización del proyecto *“Ejecución de un Plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz. Colombia”*, del cual dicho consorcio fue adjudicatario y en virtud de la cual este suscribió Contrato de Servicios 256 de 2006 con ACCIÓN SOCIAL.

Además, de acuerdo con la respuesta dada por ACCIÓN SOCIAL a la petición que elevara el actor (folios 248 y 249) la FFIAPP a más de ser integrante del consorcio, era la representante del mismo a través de su gerente, el señor FRANCISCO JAVIER BAIGORRI NAVARRO y las instrucciones que le fueron impartidas al actor, fueron efectuadas a través del Coordinador GUSTAVO PALOMARES y personal vinculado al proyecto *“Plan de Formación II Laboratorio de Paz”* que era ejecutado, se insiste por el CONSORCIO.

A lo anterior se suma, que desde la contestación de la demanda, LEXCOM DE COLOMBIA aceptó que entre el demandante y el plurimencionado Consorcio, del cual es integrante, existió un contrato, pero de prestación de servicios (ver

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

fundamentos y razones de derecho, folio 590), confesión que es prueba de la prestación del servicio del actor a favor del CONSORCIO.

También resulta relevante la certificación que milita a folio 277 expedida por el Consorcio, en el que consta que el demandante trabajó como Experto Académico en el Plan de Formación y Capacitación en el marco del II Laboratorio de Paz EuropeAid/123300/D/SER/CO entre el 28 de diciembre de 2006 (data que resulta coincidente con la suscripción del contrato, folio 268 a 271) y el 26 de septiembre de 2007 (calenda en que el Gerente de FFIAPP anuncia la rescisión del contrato, folio 276).

Así, atendiendo la ventaja probatoria prevista en el artículo 24 del C.S.T, acreditada como se encuentra la prestación del servicio en favor del CONSORCIO demandado, y como quiera que no se aportó ningún elemento de prueba tendiente a desvirtuar la subordinación, es claro que la verdadera relación jurídica contradice lo que informa el contrato de prestación de servicios suscrito, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas, lo que permite concluir que existió una verdadera relación de trabajo entre el convocante del juicio y el CONSORCIO demandado.

Tal conclusión no se desvirtúa por el hecho de que, como lo confiesa el actor en su demanda (hechos 15 y 16, folio 302), este hubiera laborado en la Universidad Javeriana de manera concomitante al Consorcio, pues en la legislación laboral es perfectamente posible la coexistencia de contratos (artículo 26 del C.S.T).

En consonancia con lo que viene de decirse, lo procedente es la revocatoria de la sentencia de primer grado en tanto declaró la existencia del contrato de trabajo del demandante con LEXCOM –como persona jurídica independiente- y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes ACCIÓN SOCIAL) e impuso a cargo de estas el pago de salarios, prestaciones sociales, compensación en dinero de vacaciones, sanción moratoria e indemnización por despido sin justa causa, pese a que, como se vio, el contrato de trabajo no existió con estas dos sociedades.

Es importante en este punto hacer varias precisiones: en primer lugar, de acuerdo con el auto admisorio de la demanda (folio 312) la integración al proceso de LEXCOM fue en su calidad de integrante del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA y no como persona jurídica independiente de aquel, sociedad respecto de quien, como se expuso en precedencia, tampoco se probó la prestación personal del servicio de manera exclusiva, a partir de lo cual se pudiera establecer que el contrato de trabajo se dio únicamente con esa institución. Adicionalmente, aunque el contradictorio no se encuentra constituido con la totalidad de personas que integran el consorcio, dado el desistimiento de la demanda respecto de la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA (UNED) y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID (folio 627), que fuera aceptado por auto del 26 de noviembre de 2015 (folio 638), lo cierto es que los consorciados de manera individual asumen en forma total y absoluta las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato, respondiendo entre estos de manera solidaria, en tanto la figura del consorcio existe frente a la administración y los socios, más no frente a terceros, por cuanto la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros, quien en últimas deben reconocer las acciones u omisiones que se presentan con ocasión del nexo contractual.

Sobre el particular, valga memorar respecto a la naturaleza jurídica de un Consorcio, este corresponde a una agrupación de sujetos que no dan origen a una persona nueva, por lo que la capacidad sigue estando en cabeza de quienes lo conforman y no cuenta con personería jurídica propia, situación que imposibilita su comparecencia como parte dentro un proceso judicial. Así lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar:

“El artículo 7° de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, definió el consorcio en los siguientes términos: «Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman»; de acuerdo con esa disposición legal, el consorcio no forma una persona jurídica independiente de las personas que lo integran, lo cual se predica igualmente de las uniones temporales.

(...)

Por ello, la Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso»⁵ (Negrilla y Subrayas de la Sala)

De igual forma, con relación a la capacidad de los consorcios para comparecer en juicio, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia con radicación 18783 2 dic. 2008, precisó:

*“De otro lado y, al margen, la misma expresión “contra una persona que no tenía capacidad para ser parte”, comporta un gran desacierto en lo concerniente a la figura de los presupuestos procesales (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso, demanda en forma y competencia) ya que, **toda persona** (natural o jurídica, menor o mayor de edad, normal o demente, etc.), puede ser parte en un proceso, por tratarse de un sujeto de derechos, que puede ejercer éstos o contraer obligaciones. Cosa distinta es que pueda comparecer por sí misma o a través de representante, supuesto correspondiente a la capacidad para comparecer al proceso. Al respecto, es el propio artículo 44 del CPC, que, paradójicamente, cita el ad quem, el que en forma clara consagra que “**Toda persona** natural o jurídica puede ser parte en un proceso”.*

*Es decir, el presupuesto procesal de “capacidad para ser parte” se refiere a que al proceso solo pueden comparecer **personas**, naturales o jurídicas, con las excepciones que el citado artículo 44 del C.P.C. señala.*

(...)

El yerro del ad quem es en verdad ostensible. Si partió del postulado de haberse demandado a un consorcio que, conforme a su análisis, no tenía capacidad para ser parte, y profiere sentencia inhibitoria respecto del mismo, no le era dable, entonces, declarar, nada menos, que entre tal consorcio y el trabajador había existido un contrato de trabajo, pues, la existencia de éste nexo solo era dable atribuirle, como

⁵ STL4470-2014, Radicación No. 35906. M.P. Gustavo Hernando López Algarra.

*fuerza de derechos y obligaciones, **entre personas**, y, refulge que, de antemano, ya el fallador le había negado tal calidad a aquel consorcio; de otro lado, insólita, incongruente y contradictoria, en grado sumo, resulta dicha declaración de inhibición con la simultánea de existencia de contrato de trabajo con el mismo consorcio, pues implicaba vincularlo obligacionalmente, lo que resulta contrapuesto a la consecuencia de tal inhibición. Esto significa que, el ad quem, pregona, al mismo tiempo, que al proceso no había concurrido el empleador del demandante (las sociedades integrantes del consorcio), pero que el contrato de trabajo había existido con el consorcio demandado que sí había concurrido y que no tenía capacidad para ser parte: un verdadero contrasentido.*

Y, el dislate siguiente fue mayor: Si la relación sustancial entre trabajador y empleador, de donde se derivaba toda condena solicitada en el libelo, no era posible determinarla porque se había demandado a un consorcio que no tenía capacidad para ser parte, y que, por ende, no podía ser ni absuelto ni condenado, lo que generó inhibición, entonces, mal podía el ad quem proceder a imponer condena o absolución alguna, en forma independiente, a quien, con base en el artículo 34 del CST, se le había hecho comparecer, al mismo juicio, para que respondiera, solidariamente, por las condenas que se impusieran al empleador.

Es decir, ante la inexistencia de condenas respecto del empleador obligado, al beneficiario solidario no podía afectársele con ninguna que previamente no se hubiese impuesto a aquél, ya que su obligación no tiene carácter independiente sino derivado, porque no formó parte de la relación laboral de la que la prestación se origina, y, por ende, cualquier prestación que deba solucionar está condicionada a que se genere, con anticipación, en la persona del empleador.

Y, como en el sub lite, se ha hecho comparecer al mismo juicio a los presuntos empleador y beneficiario, la condena a éste resulta condicionada a que sea derivada de la impuesta a aquél. (negrillas en el original)

Por lo anterior, es claro que los Consorcios no pueden acudir directamente al proceso como demandantes o, para el caso en particular, como demandados, sino que deben hacerlo a través de las personas naturales o jurídicas que lo integran de manera individual, según corresponda, pues, se reitera el consorcio no tiene capacidad para ser parte.

Adicionalmente, conforme lo previsto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993⁶, las personas que integran el consorcio tienen una responsabilidad solidaria, lo que da

⁶ “ARTÍCULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1o. Consorcio:

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

cabida a que se convoque al litigio a uno solo de los miembros del consorcio, en los términos del artículo 1571 del Código Civil⁷.

Así lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3672 del 28 de agosto de 2019, reiterada recientemente en sentencia SL 282 del 4 de febrero de 2020, al considerar:

*“Tal y como lo señala el censor, del precepto antes mencionado -artículo 7º Ley 80 de 1993-, se desprende que la responsabilidad entre los miembros que componen el consorcio es solidaria en lo concerniente a: «todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato», **por ende, bien podía convocarse al juicio a uno solo de los miembros del consorcio o a los dos**”⁸.*

En efecto, el artículo 1568 del CC., establece que la solidaridad puede provenir de la «convención, del testamento o de la ley», como ocurren en este evento, en el que es por mandato legal, lo que implica según este mandato que «puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda»

*En armonía con lo anterior, el 1571 del CC., al regular la solidaridad pasiva, dice que en virtud de la misma «El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división», tal y como ocurre en el presente evento, que como se explicó, de acuerdo con el mandato del **numeral 1, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responden los integrantes del consorcio de manera solidaria, por tanto, no estaba obligado el libelista a convocar a las dos personas naturales al litigio, sino que bien podía escoger a alguno de ellos, sin que ese fuera motivo para absolver, y mucho menos para el fallo inhibitorio que profirió el juzgador.**”*
(Negrilla y Subrayas de la Sala)

Bajo tal estructura, resulta forzoso concluir, los integrantes del consorcio no constituyen un litisconsorcio necesario sino uno facultativo, y en ese sentido, si bien la demanda se erigió respecto de uno solo de sus miembros, tal circunstancia no constituye una razón para inhibirse de resolver de fondo sobre cada una de las peticiones del libelo y declarar, como debió hacerse, que la

*Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, **respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.** En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”* (Negrillas y Subrayas de la Sala)

⁷ “ARTICULO 1571. <SOLIDARIDAD PASIVA>. El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

⁸ Negrilla y subraya del Despacho.

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

relación de trabajo del demandante existió con el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA.

Es importante anotar, lo anterior no obsta para que por virtud de la responsabilidad solidaria que caracteriza a los consorciados y en atención a las obligaciones contractuales entre estos, eventualmente el aquí convocado – LEXCOM DE COLOMBIA- adelante acciones frente a las otras integrantes del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA., que no fueron vinculadas al presente trámite.

En segundo lugar, en autos resulta igualmente oportuno precisar, aunque en la adenda al contrato de prestación de servicios (folio 272 a 273) se estableció que las partes se someterían a la jurisdicción civil de Madrid, España, no puede perderse de vista que en lo que tiene que ver con la **ley aplicable al caso de autos** se ha de recordar que en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, el legislador instituyó el principio de territorialidad, al disponer que las normas consignadas en dicho estatuto son de obligatoria aplicación en todo el territorio de nacional y para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad, por tanto, todo contrato laboral que se firme en el país sin importar si una de las partes o las dos son extranjeros, se regirá por el código sustantivo del trabajo, y en particular para el caso en estudio en cuanto el vínculo se ejecutó totalmente en nuestro territorio, es decir, la subordinación y demás elementos se originan y tienen lugar en Colombia, sin que se acreditara la entronización de legislación extranjera para el desarrollo del vínculo laboral celebrado, en orden a estimar si eventualmente ese pacto desconoce o no derechos o prerrogativas que se consagran a favor de los trabajadores en la legislación interna.

Frente a esta temática, bueno resulta traer a colación algunas sentencias vertidas por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral así:

- **Radicación 37321 del 18 de noviembre del 2009:**

“Inicialmente, importa recordar el pronunciamiento, radicado 10661 de 28 de mayo de 1998, en el que si bien no estaba involucrada una Embajada, por lo que allí se resolvió constituye un referente a tener en cuenta. Allí se consideró que: “las orientaciones de esta Sala se han centrado en el respeto por el principio de la territorialidad absoluta consignado dentro de nuestra legislación laboral en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual no excluye la posibilidad de estudio de situaciones especiales en las cuales la atención de lo pactado por las partes del contrato de trabajo no represente una contradicción frente a las normas vigentes en el país o una trasgresión de las mismas, pues es admisible que dentro del respeto a ellas, se incluyan pactos derivados de la aplicación de legislaciones foráneas que no vulneren los principios y preceptos propios de la nuestra. (...). Pero resulta que tal planteamiento es diametralmente contrario a la aplicación de las normas sobre contratación laboral ya que ellas son de orden público y obligan a los contratantes por encima de lo que ellos pacten, de modo que no se pueden desconocer los derechos previstos en la ley en favor del trabajador y solo son admisibles los pactos entre las partes que se ajusten a los postulados de la misma o mejoren las condiciones que ella contempla como elemento mínimo protector del empleado.”. (subrayado y negrilla propias de texto).

(...)

En el ámbito internacional, la Convención de Roma, suscrita el 19 de junio de 1980, y que entró en vigor en los países de la antigua comunidad europea el 1º de abril de 1991, aunque no es vigente en Colombia, se ocupó del tema de ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ella contiene normas especiales que consideraron como partes “débiles” en tal relación a los consumidores y a los trabajadores (artículos 5 y 6), y estableció que la escogencia de una ley por las partes del contrato, no podía privar, verbi gracia al trabajador, de la protección de las disposiciones normativas que le serían normalmente aplicables. Así lo recalcó:

“Art. 6. Contrato individual de trabajo. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

“ 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país. “

Así mismo, la Convención sobre Derecho Internacional Privado, de La Habana, del 20 de febrero de 1928, suscrita por Colombia, conocida como el Código Bustamante, en su artículo 175 previó que “son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público (...)”.

(...)

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Traídas así las cosas, considera esta Corte como viable que las partes firmantes de un contrato de trabajo (Embajada- Trabajador), acuerden que cualquier diferencia surgida con relación a la prestación del servicio, derivado de ese contrato, sea definido conforme a las leyes del país contratante. Sin embargo, es claro que, bajo tal circunstancia, la ley extranjera aplicable, si con ella se pretende probar, debe aportarse al proceso bajo las ritualidades previstas en las normas procesales vigentes en Colombia.

Ahora bien, no podrá dejarse de lado, que siempre que se alegue la existencia de legislación extranjera, y se allegue como tal, será ejercicio obligado del juez laboral comparar si ésta, por lo menos, no desconoce los principios y derechos mínimos de los trabajadores colombianos.”

- Radicado 42741 del 8 mayo 2013:

*“... sobre el punto lo que ha dicho la jurisprudencia de esta Sala de la Corte es que, en cuanto al principio “lex loci solutionis”, consagrado en el artículo 2 del CST, **los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido**, pero son las circunstancias de cada caso en particular las que determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo.*

Así se sostuvo por ejemplo en la sentencia del 28 de octubre de 1999, radicación 11243, ratificada entre otras por las sentencias del 27 de agosto de 2011, radicación 18611, 1 de julio de 2004, radicación 221128 y 25 de noviembre de 2004, radicación 22455, donde se dijo:

“Cuando el ataque se orienta por la vía de puro derecho, la impugnación debe mostrar conformidad con todos los hechos que el ad quem dio por establecidos. En el sub examine, la tesis jurídica del Tribunal en cuanto a la aplicabilidad de la legislación laboral Colombiana se funda en hechos y circunstancias muy particulares que le llevaron al convencimiento de que se encontraba ante una excepción al principio de la territorialidad de la ley laboral. El recurrente dice que no discute esas individualidades porque lo único que interesa es que mientras el actor prestaba servicio en el exterior “dejó de ser habitante de Colombia y pasó a habitar en el Japón, hecho escueto, fundamental y determinante que el Tribunal no niega” y que es suficiente para que se configure con toda claridad la violación del artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo por desacato a la territorialidad de la ley colombiana allí consagrada.

La norma antes citada establece efectivamente que el Código Sustantivo del Trabajo “rige en todo el Territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”. Es dable entender, entonces, en sana lógica, que el indicado precepto regula las relaciones dadas entre trabajadores y empleadores cumplidas en territorio colombiano. A contrario sensu, excluye de su ordenamiento los nexos de trabajo dados en el exterior.

*Pero, también ha dicho esta Sala de la Corte que respecto a la “lex loci solutionis” - principio consagrado en el transcrito artículo, que se traduce en que **los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido**-, su exégesis no puede llevar al extremo de que algunas relaciones de trabajo, originadas en Colombia entre colombianos, íntimamente vinculadas a la*

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

normatividad de este país, que bajo especialísimas condiciones se cumplen en el exterior, queden por fuera del ordenamiento laboral colombiano.

De ahí que esta Sala de la Corte ha aceptado que son las circunstancias particulares las que en cada caso determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo. (...)” (negrillas fuera de texto)

- Radicación 46856 del 22 de marzo del 2017:

“ (...) su línea de pensamiento ha sido la de aplicar la legislación de trabajo del país a trabajadores colombianos que prestan sus servicios personales en el extranjero, sólo siempre y cuando la subordinación jurídica propia del contrato laboral, se continúe ejerciendo por el empleador desde Colombia, o las partes de ese vínculo expresen con claridad su voluntad de mantener el ligamen que venían desarrollando en Colombia, si el contrato empezó a ejecutarse en su territorio, lo cual significa que para la Corporación, como lo infirió el Tribunal con acierto de su jurisprudencia, el lugar desde el cual se ejerce la potestad de sometimiento jurídico del trabajador al empleador, en casos como el sub lite, que es el de un trabajador colombiano contratado en el extranjero para laborar en Colombia, así como el del trabajador colombiano que sirve laboralmente a una empresa, establecimiento o negocio en el extranjero, en cumplimiento de un nexo contractual laboral pactado en el país, es determinante para establecer qué normativa laboral le es aplicable, como también lo es, se insiste, la expresión inequívoca de la voluntad de las partes, de mantener la relación que venían desarrollando.”

Conforme al anterior recuento jurisprudencial se tiene entonces que la regla general es la aplicación de la ley del estado donde se ejecute o desarrolle la labor, siendo la excepción la aplicación de las leyes extranjeras si se acreditare el sometimiento a las normas laborales del país contratante; advirtiéndose en el presente caso no fue desconocido que las labores se ejecutaron en territorio Colombiano (folio 277), por manera que el presente asunto debe gobernarse por la legislación colombiana.

Aclarado lo anterior, se tienen en síntesis, la revisión conjunta de los elementos de convicción y los escritos aportados por las partes en las oportunidades procesales respectivas, permiten establecer que entre el demandante y el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA existió en la realidad un contrato de trabajo entre 28 de diciembre de 2006 y el 26 de septiembre de 2007, el cual, en los términos del artículo 47 del C.S.T ha de entenderse a término indefinido.

Frente a las condenas impuestas por el Juez de primer grado, las cuales estaban en principio, y principalmente, a cargo del DPS y LEXCOM en virtud de la relación laboral declarada con estas, la cual es ahora objeto de revocatoria, claro resulta que habiéndose concluido que su empleador fue en realidad el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA no pueden trasladarse automáticamente las mismas a su cargo, sino que debe analizarse su procedencia respecto de esta entidad, a lo que procederá la Sala.

Bajo las premisas anteriores a continuación se estudian las pretensiones de la demanda que tienen relación directa con la relación laboral declarada, previo examen de la excepción de prescripción formulada oportunamente por la demandada LEXCOM DE COLOMBIA (folio 392)⁹ verificándose en esta instancia el demandante no elevó reclamación alguna ante el Consorcio y acudió a la jurisdicción el 5 de agosto de 2009 (folio 311), por lo que no se cumplió el término de prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T. Valga anotar, pese a que la demanda se notificó a LEXCOM solo hasta el 4 de marzo de 2011 (con la presentación del poder el 4 de marzo de 2011, folios 368 y 369), esto es, luego de haberse superado un año desde la admisión de la demanda (21 de septiembre de 2009, folio 312 A vto.), lo cierto es que ello no obedeció a causas imputables a la parte actora, debido a que intentó, de manera diligente lograr la notificación personal de esa demandada a las direcciones de las que se tenía conocimiento, gestiones que promovió entre otras razones, en cumplimiento de las providencias emitidas por el juzgado que así lo ordenaban, por lo que la demanda si tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, por lo que la excepción se declarará no probada frente al demandante¹⁰. Al punto vale la pena memorar lo

⁹ Se tuvo por contestada la demanda por parte de LEXCOM DE COLOMBIA en auto del 4 de febrero de 2014 (folio 607).

¹⁰ Retiró los citatorios desde noviembre de 2009 (folios 313 a 317), acreditó el trámite dado a los mismos en ese mismo mes (folios 318 a 343), por auto del 18 de diciembre de 2009 (folio 344) se le requirió para tramitar los avisos respectivos, los que fueron elaborados por el Juzgado en marzo de 2010 y retirados en esa misma mensualidad (folio 345 a 348). Luego por escrito del 24 de marzo de 2010, se reiteró la solicitud de cambio de domicilio respecto de LEXCOM (folio 352), la cual fue admitida en auto del 1 de junio de 2010 (folio 353 y 354), acreditándose el trámite del citatorio en agosto de 2010 (folios 355 a 358) y del aviso el 14 de febrero de 2011 (folio 363 a 365), lapso dura alguna, limitándose a incorporar poder el 1 de junio de 2011 (folio 368). Visto todo lo anterior, encuentra la Sala que la mora en la integración adecuada del contradictorio no es atribuible al demandante, quien por el contrario fue diligente en la gestión de la integración del contradictorio, por lo que la presentación de la demanda interrumpió el término de prescripción.

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514 en la cual se señaló:

“(…) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarlo. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, -hoy artículo 94 del C.G.P- y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

(…)

Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

Entre esas cargas, se encuentra la relativa al trabamamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción.”

Determinado lo anterior, pretende el actor el pago cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, conceptos respecto de los cuales no obra prueba alguna dentro del plenario que dé cuenta de su pago por parte del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA en vigencia de la relación laboral y en esa medida procede la condena de las mismas.

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Para la liquidación de estos conceptos se tendrá en cuenta que la remuneración del actor correspondía a 2.500 euros mensuales, tanto para el 2006 –según el contrato- como para el 2007 -según dan cuenta los comprobantes de pago (folios 278 a 285) y la certificación de folio 277-. Así, atendiendo la tasa representativa promedio del mercado para cada año, el salario en pesos corresponde al siguiente:

2006: Valor del euro en pesos \$2.955 x 2500= \$7.387.500,00
2007: Valor del euro en pesos \$2.826,39 x 2500= \$7.065.975,00

Así las cosas, efectuados los cálculos aritméticos de rigor se tiene que el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA, como empleador, adeuda al actor la suma de **\$ 13.615.436,84¹¹**, que corresponde a los siguientes valores y conceptos:

Concepto	Valor
Cesantías	\$ 5.262.905,21
Prima de Servicios	\$ 5.262.905,21
Intereses a las Cesantías	\$ 459.513,50
Vacaciones	\$ 2.630.112,92
TOTAL	\$ 13.615.436,84

11

Inicio	28/12/2006					
Fin	26/09/2007					
TOTAL DÍAS LABORADOS	268					
SALARIO 2006	\$ 7.387.500,00	DÍAS LABORADOS 2006	28/12/2006	31/12/2006	3	
SALARIO 2007	\$ 7.065.975,00	DÍAS LABORADOS 2007	01/01/2007	26/09/2007	265	
Año	Salario	Días laborados	Cesantías	Intereses a las Cesantías	Prima de Servicios	Vacaciones
2006	\$ 7.387.500,00	3	\$ 61.562,50	\$ 61,56	\$ 61.562,50	N/A
2007	\$ 7.065.975,00	265	\$ 5.201.342,71	\$ 459.451,94	\$ 5.201.342,71	\$ 2.630.112,92
SUBTOTALES			\$ 5.262.905,21	\$ 459.513,50	\$ 5.262.905,21	\$ 2.630.112,92
TOTAL						\$ 13.615.436,84

En lo que corresponde a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia, que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador¹², examinando la situación específica del mismo en cada caso, para determinar los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea.

En el presente asunto, advierte la Sala, el argumento de defensa de la traída a juicio durante todo el proceso fue la afirmación de que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios profesionales, lo cual fundamentó el recurrente en la alzada, en las pruebas documentales obrantes en el proceso, afirmando que la demandada, durante la vigencia del vínculo actuó bajo el pleno convencimiento de encontrarse en el desarrollo de un contrato de prestación de servicios y no de uno laboral, pues durante dicho interregno nunca hubo reparos por parte del demandante sobre el tipo de contratación o el pago de prestaciones sociales, siendo siempre partidario de que lo devengado por el actor no correspondía estrictamente al concepto de salario, situación que, en su momento consideró, la exoneraba del pago de prestaciones sociales derivadas de un contrato de trabajo.

Al respecto estima la Sala, no es desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar prestaciones sociales, pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no

¹² "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

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

compartidos por esta corporación a la luz de las leyes del trabajo, pero atendibles por cuanto ubican a la encartada en el terreno de la buena fe, dado que las razones expuestas, se itera, aunque no compartidas, si justifican la omisión del pago de prestaciones sociales, por lo que se absolverá al consorcio encartado de esta pretensión.

Con relación a la indemnización por despido sin justa causa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa¹³.

Así las cosas, se tiene que el contrato fue terminado de manera unilateral por parte del CONSORCIO el 26 de septiembre de 2007 (folio 276) comunicación en la que no se adujo razón o motivo alguno que justificara dicha determinación, por lo que resulta procedente el pago de la indemnización pretendida.

En ese sentido, conforme lo previsto en el artículo 64 del C.S.T y en razón a que el contrato fue inferior a un año, por este concepto le corresponde la suma de **\$7.065.975,00.**

¹³ Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...*”

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

En lo atinente a la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes ACCIÓN SOCIAL) respecto de las condenas impuestas a cargo del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA, pertinente sea señalar que en autos no se solicitó desde el libelo una declaratoria de solidaridad por el carácter de beneficiaria de la obra de esta entidad o alguna otra condición que permita abordar el examen de este aspecto ya que ningún argumento se expresó al respecto en el libelo introductor, por lo que proceder a su estudio iría en contravía del principio de congruencia. Es preciso aclarar sobre el particular, aunque la solidaridad fue objeto de análisis por el juzgador de primer grado en sus consideraciones, con fundamento en el artículo 34 del C.S.T, lo cierto es que dicha situación no quedó así consignada en la resolutive de la sentencia en tanto las dos demandadas fueron declaradas empleadoras del demandante y de allí devino la solidaridad que finalmente estableció, misma que no resulta ser consistente con lo que predica el aludido artículo 34 del C.S.T.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la REVOCATORIA de la misma para en su lugar absolver al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL de las condenas impuestas y declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA, integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA (UNED), y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID , y condenar a LEXCOM como integrante de tal consorcio a pagar a favor del demandante las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas, así como la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocarán y correrán a cargo de LEXCOM como integrante del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA

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 el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **DECLARAR** que entre CAMILO CAICEDO ACOSTA y el CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA existió un contrato de trabajo entre el 28 de diciembre de 2006 y el 26 de septiembre de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA -CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA-, como integrante del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA, a pagar a favor de CAMILO CAICEDO ACOSTA, las siguientes sumas y conceptos:

- a. Cesantías..... \$5.262.905,21
- b. Intereses a las cesantías\$ 459.513,50
- c. Prima de servicios..... \$5.262.905,21
- d. Vacaciones.....\$2.630.112,92
- e. Indemnización por despido sin justa causa..... \$7.065.975,00

TECERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas.

Exp. No. 01 2009 00878 01 CAMILO CAICEDO ACOSTA CONTRA ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA integrado por la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS FFIAPP, la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA), la UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA -UNED y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

CUARTO: ABSOLVER a la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA -CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA-, como integrante del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

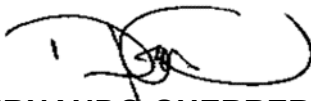
QUINTO: ABSOLVER al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes ACCIÓN SOCIAL) de las peticiones incoadas en su contra.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y estarán a cargo de la CORPORACIÓN AMERICANA PARA EL DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LAS LEYES, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA -CORPORACIÓN LEXCOM DE COLOMBIA-, como integrante del CONSORCIO PARA EL PLAN DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN EL MARCO DEL II LABORATORIO DE PAZ EN COLOMBIA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS CARLOS AMADO
MOJICA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
(RAD. 02 2019 00045 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MICHAEL CORTAZAR CAMELO, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, en su calidad de representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico el 3 de noviembre de 2020.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES (folios 417 a 419 y 423 a 426), mediante correos electrónicos del 2 y 3 de diciembre 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 el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas OLD MUTUAL y

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 409, récord 55:43, acta de audiencia folios 410 a 413, expediente físico), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante (sic) LUIS CARLOS AMADO MOJICA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.411.141, al régimen de ahorro individual, realizada el 10 de noviembre del 94, a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, señor LUIS CARLOS AMADO MOJICA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.411.141, y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES representada legalmente por su Presidente o quien haga sus veces, a recibir los aportes del demandante LUIS CARLOS AMADO MOJICA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.411.141, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso aquí automático.

CUARTO Dadas las resultas del juicio **NO SE DECLARAN PROBADAS** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, **CONSÚLTESE** con el superior.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas OLD MUTUAL y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, COLPENSIONES considera, no hay razones para declarar la nulidad de la afiliación del demandante por cuanto se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dada su edad.

De otro lado, con sustento en la sentencia C-1024 de 2004 emanada de la Corte Constitucional, cuyos apartes citó, recuerda la protección del fondo común a través del principio de sostenibilidad financiera, advirtiendo, declarar la nulidad deprecada produciría una descapitalización del sistema debido a que el demandante no ha sido tenido en cuenta en la reserva actuarial con la que cuenta la entidad para el pago de derechos pensionales, dada su afiliación “válida” al RAIS desde el 94.

Adicionalmente, atendiendo lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, alude, mediante el derecho a la libre escogencia de régimen en materia pensional está aceptando cada una de las condiciones inmersas en el, de ahí que, en su sentir, *“el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado”*, advirtiendo, además, la ley 100 de 1993 está a disposición de todos los ciudadanos.

Con relación a la carga de la prueba, juzga desproporcionado que se imponga la misma en cabeza de los fondos de pensiones, pues atendiendo que la afiliación se efectuó hace más de 26 años se encuentran en imposibilidad de probar las circunstancias que rodearon el traslado, máxime que en esa época no era obligatorio dejar un registro documental del mismo.

Por otra parte, califica de errada la interpretación que se le ha dado al artículo 1604 del C.C. pues se les endilga a los fondos una responsabilidad objetiva, sin que exista el deber para el afiliado de soportar la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de realizar su afiliación al RAIS, lo que, desde su perspectiva, *“quiebra la lógica de las cargas procesales”*, desconociendo el deber que tienen los potenciales pensionados de asesorarse e informarse adecuadamente de las condiciones del sistema pensional, así como de emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, obligaciones de las que, asegura, se sustrajo el actor.

Por último, y de confirmarse la sentencia, solicita se condicionen sus obligaciones a que la AFP OLD MUTUAL normalice la afiliación del demandante en el sistema y efectúe la devolución de los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración que reposan en la cuenta de ahorro individual debidamente

indexados a COLPENSIONES¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 409 récord 57:58, acta de audiencia folios 410 a 413 expediente físico).

¹ “Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida por su despacho en los siguientes términos:

No hay razón para declarar la nulidad de afiliación del demandante en atención a que está inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 porque ya está en edad de pensionarse. Ahora bien, sobre la constitucionalidad de dicha prohibición, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuyo contenido manifiesta lo siguiente: “Desde esta perspectiva, dice la Corte Constitucional, que dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, y permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social.”

Es así como desde el año 2004 y con posterioridad a través del acto legislativo 01 de 2005, se buscaba la protección del fondo común del régimen de prima media por medio del principio de la sostenibilidad financiera, toda vez que al declararse la nulidad solicitada produciría una descapitalización en el entendido que el demandante no ha sido tenido en cuenta dentro de la reserva actuarial con que cuenta esta entidad para el pago de los derechos pensionales de todos sus afiliados, pues desde noviembre del 94 la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por otra parte, se hace necesario mencionar las disposiciones que frente al tema se encuentran reguladas en el decreto 692 de 1994 el cual reglamente parcialmente la ley 100 del 93 en cuyo artículo 11 dispone lo siguiente: “DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado.”

Es decir que mediante el derecho a la libre escogencia de régimen en materia pensional, el afiliado está aceptando todas y cada una de las condiciones que se encuentran inmersas en él. El desconocimiento de cualquier disposición frente a este, no es argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes.

Además, la normatividad que regula el régimen de ahorro individual se encuentra establecida en el título 3 de la ley 100 del 93, estando a disposición de todos los ciudadanos especialmente de (...) cualquier momento.

Ahora bien, respecto a la carga de la prueba, en cuanto a esto, tenemos que el artículo 167 del Código General del Proceso reza lo siguiente: “CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. En este sentido, el Honorable Tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente este artículo, como la sentencia con ponencia del Magistrado Carlos Andrés Vargas del pasado 10 de octubre del 2017, proceso 19-2015-00915, frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos manifestó lo siguiente: “Los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan, y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo. Lo anterior, de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que fundan sus alegaciones según el extremo que ocupan”.

Cabe advertir que resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en las aseguradoras de fondos de pensiones, en este caso en particular, en mi representada en los casos en que se ha declarado la nulidad, ya que esta es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en noviembre del 94, queriendo decir esto que aproximadamente 26 años a la fecha, configurándose imposibilidad de probar dichas circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual, es completamente aplicable a estos casos el principio que nadie está obligado a lo imposible.

A su turno, OLD MUTUAL, solicitó la revocatoria parcial de la sentencia en lo atinente a la devolución de los gastos de administración.

Ahora bien, dentro de los fallos relacionados con el traslado de régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil es errónea, ya que la interpretación que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no existe para el demandante soportar, un soporte que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista al menos un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas procesales en dichos procesos, toda vez

que la responsabilidad objetiva existe que la esfera del control sea exclusiva de quien causa el daño, este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, ese deber que está estipulado en el decreto 2241 de 2010 donde establece la obligación de los afiliados de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, del nuevo sistema de administración de multi-fondos y de las diferentes modalidades de pensión, emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la modalidad de pensión.

Las decisiones que se tomen dentro del sistema general de pensiones manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implicarán la aceptación de los efectos legales, costo, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas. En tal sentido, cuando de conformidad aplicable al silencio o la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros, de lugar a la aplicación de reglas supletivas establecidas en ellas con impacto en sus cuentas de ahorro pensional, se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve.

Teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso materia de litigio, se encuentra que no medio por parte del señor LUIS CARLOS AMADO MOJICA, alguna solicitud de información que le hiciera sobre su futuro pensional durante su vida laboral, ya que no obra alguna prueba sumaria dentro del acervo, sustrayéndose de sus deberes como afiliado al sistema general de pensiones y convalidando su deseo de permanencia en el RAIS, máxime cuando posteriormente se afilió a la AFP COLFONDOS y finalmente, a la AFP OLD MUTUAL. Mediante libre derecho a la escogencia de régimen en materia pensional, el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él.

De conformidad con la anterior normatividad, existen unos deberes mínimos en cabeza de todos los afiliados al Sistema General de Pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen que ha seleccionado, y la única manera de desvirtuar la regla, es demostrándolo con la existencia de una fuerza que hubiere viciado dicho consentimiento. Luego entonces, el haberse fundado el accionante su pretensión en el hecho de haber sido engañado por los asesores de la AFP privada PROTECCIÓN al cual estaba afiliado, no es argumento válido toda vez que no estamos frente a una persona lega, al contrario, estamos ante una persona con capacidad de discernimiento a quien de conformidad con

lo expuesto en el artículo 1517 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso.

En consecuencia, solicito al Honorable Tribunal revocar la sentencia de primera instancia y absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, acoguéndome para tal efecto, a las razones y argumentos de la defensa. Adicionalmente, y como solicitud especial, de no tenerse en cuenta los argumentos esgrimidos por esta apoderada y de accederse a las pretensiones, la obligación de hacer de mi representada debe estar sujeta a la condición previa de que la AFP, en este caso OLD MUTUAL S.A., normalice la afiliación en el Sistema de Información DE Administradoras de Fondos de Pensiones SIAFP, anulación a través del MANTIS y segundo, la devolución de sus aportes a COLPENSIONES con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor debidamente indexados por el periodo en el cual el actor permaneció afiliado en el fondo privado.

Así las cosas, dejo sustentado mi recurso de apelación. Gracias.”

Al punto, refirió no haber sido abordado en detalle el tema por parte de la Corte Suprema de Justicia; además, que las cuotas de administración no tienen una razón jurídica para proceder a su devolución pues, aunque el acto de afiliación fue declarado ineficaz, este produjo efectos jurídicos “válidos” hasta hoy, situaciones que, asevera, deben ser reconocidas. Recuerda las administradoras cumplieron con el deber de administrar la cuenta del demandante y gracias a la óptima inversión se generaron rendimientos cuyo traslado también fue ordenado.

Sostiene, dado el carácter privado de los gastos de administración, es posible aplicar la prescripción trienal establecida en el artículo 151 del C.P.T y en esa medida, al estar afectados por el fenómeno prescriptivo, no hay lugar a reintegrar estos conceptos, destacando, estos dineros no tienen la misma naturaleza de aportes pensionales.

Pide se tenga en cuenta que los rendimientos superan en demasía los gastos de administración, y que en todo caso, estos son superiores a los que hubiera obtenido COLPENSIONES² (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través

² “Gracias señora juez, en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia anteriormente proferida, solicitándole al Honorable Tribunal se revoque parcialmente esta sentencia en lo que respecta a la devolución de gastos de administración.

Sobre la devolución de gastos de administración, se debe decir en primera medida, que este tema no ha sido abordado en detalle por la jurisprudencia reiterada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y aunado a esto, las cuotas de administración no tienen una razón jurídica para devolverse en esta sentencia pues no se puede desconocer, en este

caso, por la señora juez, que las circunstancias fácticas que han rodeado esos traslados y los efectos que ha producido estos traslados, porque hay que tener en cuenta que si bien estos actos fueron declarados ineficaces, la afiliación, el acto de afiliación fue declarado ineficaz, también existen otros actos que superan más 20 años en la mayoría de las afiliaciones superan los 20 años como es la afiliación que nos que nos corresponde y produjo efectos jurídicos válidos hasta hoy, por lo que la juez tiene que reconocer en la sentencia estas circunstancias fácticas que se generaron en el mundo fenomenológico y las realidades jurídicas los cuales son, en primera medida, que las Administradoras cumplieron con el deber de administrar la cuenta de la demandante, similar a como se pudo haber administrado en un banco y gracias a la óptima inversión que se dieron en las diferentes Administradoras a las que estuvo afiliada la señora demandante, se generaron rendimientos, rendimientos que también se ordenaron trasladar en sentencia, sin embargo, estos rendimientos se originaron gracias a las óptimas administraciones que tuvo cada una de las Administradoras a las que estuvo afiliada la señora demandante.

Se entiende que si se van a trasladar los rendimientos, no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a estos manejos, como lo vengo diciendo, que se generaron estos rendimientos que comparados los gastos de administración con los rendimientos, se entiende que dichos gastos de administración son muy inferiores a los rendimientos y que de igual manera, estos gastos son privados, por lo tanto se les puede aplicar la prescripción, la prescripción establecida en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral el cual reza que, las acciones que emanan de las leyes sociales, prescribirán en tres años que se contarán desde la respectiva obligación que se haya hecho exigible. Por lo tanto, estos gastos e administración tienen plena validez para que se aplique la prescripción.

En consecuencia, es improcedente el reintegro de las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual, pues habría de considerar de que están prescrito, por lo tanto (...) porque si bien es cierto, no

de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 409 récord 01:08:42, acta de audiencia folios 410 a 413 expediente físico).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS CARLOS AMADO MOJICA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 1 a 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 10), aspirando principalmente se declare que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió proporcionar información relevante, profesional, exacta, clara, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; que COLMENA hoy PROTECCIÓN lo indujo en error, viciando su consentimiento, al momento de firmar su afiliación y traslado. En consecuencia, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS y se deje sin efectos el traslado efectuado en noviembre de 1994 a través de PROTECCIÓN y los subsiguientes traslados realizados dentro del RAIS a COLFONDOS y OLD MUTUAL, estableciéndose que nunca se traslado del RPM y por lo tanto se encuentra válidamente afiliado a este. Así mismo, se ordene a OLD MUTUAL

prescribe el traslado ni prescriben los aportes a pensiones, lo cierto es que esos dineros no tienen la misma naturaleza porque, como ya lo dije, so gastos de Administradoras privadas y estos gastos también tuvieron una destinación privada, lo cual fue una inversión en la bolsa de valores que generó sus rendimientos.

Es imperioso señalar también que la labor del juzgador al momento de fallar en equidad y en justicia, por lo que es indispensable que tenga en cuenta y que está probado en el plenario, que los rendimientos superan y han generado superar de dos hasta tres veces los saldos que tiene el señor demandante en la cuenta, es un hecho público y notorio de conocimiento la inversión de los fondos privados, pues hacer inversiones en la totalidad de los renglones de la economía nacional e internacional, se puede invertir en gas, se

puede invertir en diferentes plataformas, por lo que estos gastos de administración no se pueden dar en un fondo público que es COLPENSIONES y no puedo obtener los mismos rendimientos en una cuenta administrada por un fondo perteneciente al régimen de ahorro individual, que en una cuenta administrada por COLPENSIONES teniendo en cuenta que COLPENSIONES, como son dineros públicos, solo puede invertir en fondos super conservadores, y es precisamente por esto que muchas veces las personas se trasladan al régimen de ahorro individual, porque saben que invierten en diferentes plataformas y que estos rendimientos superan y cuantifican su cuenta de ahorro individual.

En este sentido, le solicito a los Honorables Magistrados se revoque, ya sea total o parcialmente, el fallo en lo que respecta a los gastos de administración y que, en consecuencia, si no se aplica o no se revoca el pago de gastos de administración, se aplique la prescripción del gasto de administración.

No siendo más, dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias señora juez."

trasladar la totalidad de los aportes realizados y los rendimientos de su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otra erogación y se disponga a COLPENSIONES activar su afiliación en esa entidad. En subsidio, pidió se ordene a las AFP pagar la diferencia de pensión a que haya lugar entre la que se calcule en el fondo privado de pensiones en la modalidad de renta vitalicia y la pensión a la que tendría derecho en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLMENA, hoy PROTECCIÓN., ordenando a OLD MUTUAL, como actual administradora a la que se encuentra vinculado el actor, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, sin posibilidad efectuar descuento alguno, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

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”.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento 21 de septiembre de 1959 (folio 28), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2018 (folios 42 a 44), a PROTECCIÓN y COLFONDOS el 6 de diciembre de ese mismo año (folios 60 a 62 y 63 a 64) y a OLD MUTUAL el 8 siguiente (folios 66 a 68), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 59 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 663,28 semanas de cotización (historia válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 29 a 32) equivalentes a 12,89 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **10 de noviembre de 1994** (folios 33, 144, 269 y 271) específicamente conforme al formulario de afiliación a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA (hoy PROTECCIÓN), la información consignada en la certificación expedida por COLPENSIONES y 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, 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

⁴ Era trabajador del sector privado.

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 del actor al fondo accionado COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.)

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

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.

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.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que fue abordado por un asesor durante un proceso de abordaje, hablaron por un lapso de 5 minutos en el que le indicaron que iba a quedar mucho mejor en el fondo que el ISS y desconoce lo que es el régimen de transición, las condiciones para obtener la pensión en el RAIS y otras condiciones propias de dicho régimen pensional.

Tampoco deviene probado con lo aludido por el Representante Legal de PROTECCIÓN⁷ por cuanto, aunque aseguró que ilustraron al demandante sobre todas las características del régimen de ahorro individual, fue claro en indicar que no ostentaba la representación legal en el año 1994, además, que no existía información en el expediente administrativo del convocante distinto al formulario de afiliación, que diera cuenta o soporte de lo que verbalmente se le indicó al actor al momento de su afiliación, deduciendo sus respuesta de las políticas que maneja la sociedad.

⁶ Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada el 10 de noviembre de 2020, récord 1:05:08.

⁷ Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada el 10 de noviembre de 2020, récord 41:27

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 279 a 280 y 281, 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 (10 de noviembre de 1994, folios 33 y 269), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (folios 38, 197 y 323) 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, 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 afiliado el actor (folios 209 a 215), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos 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 el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de este a Colpensiones, incluyendo las sumas por gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

Frente a lo manifestado por la apoderada de COLPENSIONES, respecto a la necesidad de ordenar la devolución de los recursos debidamente indexados, valga señalar, tal solicitud no luce procedente por cuanto la indexación no hizo parte de las aspiraciones del libelo introductorio, ni fue un concepto respecto del cual la entidad hiciera manifestación alguna dentro de su contestación, por tanto, su procedencia fue un aspecto excluido del objeto del litigio.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 137), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello, que frente a los gastos de administración, por ser accesorio a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 13 de octubre de 2020, folios 380 vto. a 384.

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.

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

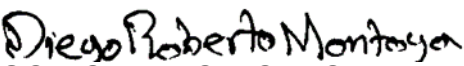
R E S U E L V E

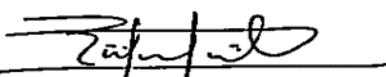
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá en numeral PRIMERO para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CONSUELO RESTREPO LEÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la AFP PROTECCIÓN (RAD. 04 2019 00822 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES y de la demandante (fls. 192 y 194), 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 favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de noviembre de 2020 (Cd. fl. 184, Record: 54:01), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que hiciera la demandante CONSUELO RESTREPO LEON que en su caso administra la Sociedad de Fondos y Cesantías Protección S.A. para tenerlo (sic) como válidamente afiliado (sic) a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos y cesantías Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente a la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con prestación definida.

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

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Protección S.A. se fijan como agencias en derecho \$877.403, se exonera de costas a Colpensiones.

SEXTO: Se Concede el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES manifiesta apartarse de la interpretación otorgada por el despacho pues en su sentir la demandante guardo silencio por más de veinte años respecto de la información que le fue proporcionada por la parte de AFP Protección en septiembre de 1998, aunado a que el traslado efectuado por la demandante fue de manera libre y voluntaria y nunca se sintió coaccionada para efectuar el traslado, estuvo claramente de acuerdo con las condiciones y las particulares que le fueron informadas en el momento del traslado, considerando no pudo probarse de manera indiscutible la falta de asesoría considerado en sentencia de primer grado.

Por otro lado indica, debe tenerse en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que refiere al cumplimiento del principio de la sostenibilidad financiera en el sistema pensional en donde se precisó que justamente se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del RPM e incluso afectaría las garantías de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional esto último en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política, señalando la actora no contaba con una expectativa legítima de pensionarse conforme a las prerrogativas del RPM pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había cotizado un total de 501,42 semanas de cotización y contaba con 33 años por lo que el traslado de régimen pensional al RAIS no perdía ningún beneficio pues claramente no era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100, solicitando revocar la sentencia proferida. (Cd. fl. 184, Record: 55:14)¹.

¹ Su señoría me permito presentar recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir para que el Honorable Tribunal superior de Bogotá revoque la sentencia en su integridad e igualmente solicito a la Honorable sala del Tribunal Superior estudie el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones respecto de los puntos de condena que afectan a la entidad que represento. El recurso de apelación lo sustento en el sentido de apartarme de la interpretación otorgada por el despacho pues en principio debe tenerse en cuenta que la demandante guardo silencio por más de veinte años respecto de la información que le fue proporcionada por la parte de AFP Protección en septiembre de 1998 lo que permitió denotar por parte de la misma un abandono respecto de su asunto pensional tal como puede verificarse en el interrogatorio de parte resuelto por la señora, igualmente es indiscutible que conforme al interrogatorio de parte que el traslado efectuado por la señora demandante fue de manera libre y voluntaria y que nunca se sintió coaccionada para efectuar el traslado que estuvo claramente de acuerdo con las condiciones y las particulares que le fueron informadas en el momento del traslado y conforme al material probatorio allegado a la diligencia esta apoderada considera que no pudo probarse de manera indiscutible la falta de asesoría considerado en sentencia por el señor juez.

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 CONSUELO RESTREPO LEÓN, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 7, las cuales encuentra fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 7 aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado del régimen efectuado a Protección S.A., ordenando a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media, igualmente solicita se condene a la AFP a trasladar la totalidad de los dineros que obran en su cuenta individual con sus respectivos rendimientos y gastos de administración, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que Protección no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, precisando dicho deber de información se encuentra establecido desde la misma creación de las AFP.

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

De mismo modo debe tenerse en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que refiere al cumplimiento del principio de la sostenibilidad financiera en el sistema pensional en donde se precisó que justamente que el periodo de carencia presentado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del RPM e incluso afectaría las garantías de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional esto último en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política.

Igualmente se pone presente a la sala que la señora demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse conforme a las prerrogativas del RPM pues a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 la señora demandante había cotizado un total de 501,42 semanas de cotización y contaba con 33 años por lo que el traslado de régimen pensional al RAIS no perdía ningún beneficio pues claramente no era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100.

Igualmente se le solicita al tribunal si en el presente caso es o no es aplicable la figura de la carga dinámica de la prueba expuesta en las consideraciones del fallo que actualmente se está apelando. En estos términos igualmente solicito que se tenga en cuenta la totalidad de las consideraciones y argumentos de defensa que expuso Colpensiones en el momento en dar contestación de la demanda y los antecedentes con único objeto que sea revocada en la sentencia proferida en el día de hoy, muchas gracias.”

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 21 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la accionante el 15 de febrero de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante la demandada COLPENSIONES el 30 de julio de 2019 (fl. 25), es decir cuando ya había alcanzado 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 545 semanas de cotización (fl. 77 vto) equivalentes a 10 años, 7 meses y 5 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 2 de septiembre de 1998 (fls. 30 y 79), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Protección y el registro SIAFF 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

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”.

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 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 accionante 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 2011³, y 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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.

Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la actora⁴, no acreditan de manera alguna que la promotora del juicio conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues tan solo refirió que en su momento PROTECCIÓN únicamente le habló de los beneficios y rentabilidades de ese fondo de pensiones, enfatizando en que el ISS se iba acabar y que se podía pensionar a cualquier edad.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 30), plasmado en el formulario de afiliación a Protección, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 105 y 106, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de

⁴ Cd. fl. 184 Record: 9:06

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 (2 de septiembre 1998, fl. 30), 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, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente 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.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actor, 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.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por Colpensiones, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que como atrás se dijo se está declarando la ineficacia, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al

régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos existentes en la cuenta de la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 133)⁵, 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 motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

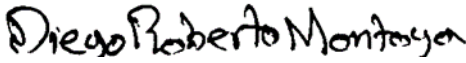
PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 4° Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

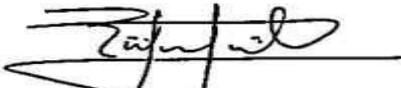
⁵ Por auto del 2 de septiembre del 2020 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

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 INGRID JANNETH
HORTTA CAMPOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2019 00339 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por únicamente por la demandada COLPENSIONES, mediante correo electrónico del 24 de noviembre de 2020, 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 y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito

de Bogotá D.C., el 5 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:10, audio 2, acta de audiencia expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante, **INGRID JANNETH HORTTA GÓMEZ** (sic), con la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, el 8 de junio de 1994 contenido en el formulario número 044926.

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante **INGRID JANNETH HORTTA GÓMEZ**, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: Igualmente, **PORVENIR S.A.**, debe **DEVOLVER** todos los gastos de administración y comisiones y cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media a la señora demandante, desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1986.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se **DECLARAN** no probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES** y **PORVENIR** en sus contestaciones.

SEXTO: Las **COSTAS** serán a cargo de **PORVENIR** a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. No hay lugar a condena en costas contra **COLPENSIONES**.

SEPTIMO: ORDÉNESE la Consulta de esta sentencia a favor de **COLPENSIONES**, como entidad garantizada por la nación, y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido.”

En atención a la solicitud de corrección efectuada por el apoderado de la parte actora, el Juzgado precisa que el segundo apellido de la demandante es CAMPOS y no GÓMEZ como se indicó en la parte resolutive de la providencia.

Inconforme con la decisión, los apoderados de las convocadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

En primer lugar, **COLPENSIONES** solicita la revocatoria de la providencia, aduciendo en síntesis que la afiliación debe considerarse válida toda vez que fue

suscrita de manera libre, voluntaria, sin presiones ni constreñimientos y por una persona plenamente capaz.

Del mismo modo refiere, las meras expectativas no constituyen un derecho adquirido y que la caducidad para la recisión del formulario de afiliación era de 4 años, en los términos del artículo 1750 del C.C.

Pide se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que nadie puede alegar en su favor su propia culpa¹. (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 31:59, audio 2, acta de audiencia expediente digital)

A su turno, el apoderado de PORVENIR aduce no compartir la decisión proferida por el *a quo* de declarar la ineficacia del traslado en “*sentido estricto*” ni las consecuencias jurídicas otorgadas a dicha figura, por ser esta asimiladas a la de una nulidad. En ese sentido, destaca, con la providencia se afectan tres principios fundamentales: inescindibilidad de las normas, confianza legítima y sostenibilidad financiera.

Frente al primero, manifiesta, se toman de manera indiscriminada disposiciones legales para imponer consecuencias jurídicas que no están así previstas, enfatizando, para el año 1994 la única prueba requerida era el formulario de afiliación, la cual califica de “*sine qua non*”, documento que no fue tachado de falso ni desconocido, de allí que se contraría, en su sentir, el principio de confianza legítima pues la Corte Suprema “*creando una nueva teoría del negocio jurídico*” desconoce el formulario y genera un precedente “*un tanto peligroso*”.

¹ “Gracias señor Juez, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, con el fin de que sea revocado el presente fallo dictado en este proceso.

En primer lugar, la afiliación se considera valida toda vez que fue suscrita de manera libre, voluntaria, sin presiones ni constreñimientos, por una persona plenamente capaz. De igual manera, teniendo en cuenta el artículo de la ley 153 de 1887 en su artículo 17, habla acerca de las meras expectativas que no constituyen derecho en contra de una ley que las anule o cercene. La caducidad de la recisión del formulario de afiliación, de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil que señala el término de 4 años para solicitarlo.

De igual manera, también deben tenerse en cuenta los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación y, me reservo el derecho de ampliar la apelación en caso de ser necesario.

En este sentido dejo sustentado el recurso. Muchísimas gracias.”

Menciona, la parte considerativa de la sentencia no efectúa un análisis detallado del desarrollo jurisprudencial acerca del deber de información, refiriendo únicamente al consentimiento informado que solo apareció en el ordenamiento en el año 2014 y por tanto, se juzgó a la entidad con fundamento en disposiciones no vigentes a la ocurrencia del evento en 1994, lo cual, dice, va en contraposición de lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política. Con independencia de ello, enfatiza, la información entregada fue veraz.

Memora el deber de diligencia que también le asistía al demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1604 del C.C.

Con relación a las consecuencias jurídicas impuestas, aduce ser evidente “*el desconocimiento que se tiene sobre las figuras de ineficacia en sentido estricto y nulidad*” particularmente los efectos de la primera que están contenidas en la ley, siendo en este caso, asegura, el artículo 61, sin especificar de qué cuerpo normativo, esto es, se deja sin efectos la afiliación y se le permite realizarla nuevamente de forma libre y espontánea, sin aludir en forma alguna a la obligación de restitución a COLPENSIONES, particularmente, lo atinente a los gastos de administración que son tomados como elemento a restituir aun cuando, según su dicho, no existe un fundamento para obligarla a trasladar los ejercicios financieros.

Invoca la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para ilustrar que entratándose de obligaciones de tracto sucesivo -como son los gastos de administración- no son susceptibles de restitución, máxime cuando no se dan los presupuestos a que se refiere el artículo 146 referente a las restituciones mutuas en razón a que la administradora no es poseedora de los dineros y no se probó la mala fe.

Frente a la excepción de prescripción, considera que esta estaba llamada a prosperar por lo menos de manera parcial frente a los gastos de administración, cuotas extras y cuotas de seguros, por ser emolumentos de carácter económico².

² “Muchas gracias señor juez, sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia acabada de proferir por el despacho, no sin antes manifestar el respeto que se tiene sobre las decisiones judiciales y sobre el despacho propiamente. Sea lo primero manifestar, señores magistrados, que no se comparte o que se fundamenta este recurso de apelación en los siguientes reparos en concreto:

No se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto del traslado acaecido en 1994 con la Administradora de Pensiones HORIZONTE, ni se comparten las consecuencias jurídicas que se le da a esto, es decir, las declaraciones y las condenas que se le imparten a mi representada, en primer lugar, porque al parecer, estas consecuencias no se asimilan a una ineficacia de pleno derecho sino a una nulidad.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que en la parte motiva de la sentencia se afectan tres principios fundamentales del derecho: el primero es el principio de inescindibilidad de las normas, el principio de la confianza legítima y el principio de la sostenibilidad financiera.

El principio de inescindibilidad de las normas, señores magistrados, en la parte motiva de la sentencia de la decisión proferida por el despacho, se ve afectado en el sentido que se toma de manera indiscriminada, normas para dar consecuencias jurídicas que no traen lugar en este sentido. Sea lo primero establecer que dentro del proceso, es cierto que existe como prueba el formulario de afiliación, que es la prueba que para el año 1994 era la única exigente, en los decretos 663 y 714 de hecho lo hablan, que cuando se firman estos formularios se acepta se acepta esto, y este documento no fue tachado de falso ni desconocido, y ahí es donde se afecta el segundo principio que es el de la confianza legítima pues el estado, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, creando una nueva teoría del negocio jurídico, desconoce estos formularios de afiliación, estas firmas suscritas y genera un precedente jurisprudencial un tanto peligroso para unos futuros procesos, toda vez que el documento, que es un documento sine qua non, no se tiene como válido para demostrar la eficacia.

Es importante resaltar que dentro de la parte motiva de la sentencia, no se hace un análisis detallado del desarrollo jurisprudencial, el desarrollo del deber de información, sino que en contra de lo contenido en el artículo del artículo 29 de la constitución política, se juzga a mi representada con normas del 2014, es decir, un evento de 1994 se juzga como un evento del 2014 y se habla de consentimiento informado, que no hace su aparición hasta 2014. Por tanto, la información que se le brinda y se le suministra es absolutamente veraz y cierta, pues no es mentiras que se pueda afiliarse antes de tiempo, no es mentiras que se pueda afiliarse con mayor pensión, sin embargo, esto al ser un régimen de ahorro y depender exclusivamente del demandante, tiene un grado de responsabilidad.

Sobre las manifestaciones del artículo 1604 del Código Civil, es importante resaltar que este artículo habla de las obligaciones de los deudores, y en este negocio jurídico, que no es un contrato de aseguramiento, en primer lugar, eso hay que dejarlo claro ¿cuál es el deudor? Pues hay deudores recíprocos y acreedores recíprocos y por tanto, el deber de diligencia también está en cabeza de la demandante y esto se concreta en el año 2015 con el decreto 5555 del 2010 si mal no estoy, donde se establece como obligación de los afiliados al régimen de pensiones, conocer del régimen en el cual se van a trasladar y por tanto, ese deber de diligencia del 1604 se aplica de manera recíproca pese a que en la sentencias se aplica de manera unitaria pese a que, insisto, es contrato o un negocio jurídico de carácter bilateral.

Ahora, sobre las consecuencias jurídicas, señores magistrados, es importante resaltar que se evidencia el desconocimiento que se tiene sobre las figuras de ineficacia en sentido estricto y nulidad, toda vez que la ineficacia en sentido estricto, lo ha dicho la Corte Constitucional, en especial en la sentencia C-345 que sí es erga omnes, la cual establece lo siguiente: “la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no deberá producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesaria una declaración judicial en ese sentido” sin embargo, en este proceso una ineficacia en sentido estricto se declara judicialmente.

Es importante traer esto a colación, toda vez que lo que se dice en la parte motiva es que se declara en sentencia la ineficacia en sentido estricto, pero lo que se habla es que las cosas se retrotraen a su estado a su estado original, haciendo como si nunca estuviera en el régimen de ahorro individual, eso no es el efecto de la ineficacia en sentido estricto, el efecto de la ineficacia en sentido estricto es el que se contiene en la ley, en este caso sería el artículo 61. Por tanto, la consecuencia en estos casos sería la de que la afiliación, en los términos de este artículo, respectiva quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, no habla ni siquiera de restituir automáticamente a COLPENSIONES a la hoy demandante.

Es importante resaltar esto porque para la siguiente condena que son los gastos de administración, sí se usa un elemento de restitución, sin embargo, para la demandante no se le genera un elemento de restitución. Es importante resaltar que esta condena contradice la parte motiva de la sentencia, pues si se supone, como se dice la parte motiva de la sentencia, que nunca estuvo en el régimen de prima media, ¿cuál es el fundamento jurídico para obligar a mi representada a trasladar los ejercicios financieros si estos se suponen, por esta ficción jurídica que genera esta sentencia, nunca se crearon? Entonces se está propendiendo a un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante por permitirle estos ejercicios financieros, y a favor de PORVENIR por permitirle los gastos de administración.

Es importante también resaltar que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, que sin lugar a dudas, es la más expedita para estos temas, ha establecido con una jurisprudencia muy grande, que las obligaciones de tracto sucesivo como son los gastos de administración, las cuotas de aseguradoras y estas cuotas extras que se pagan periódicamente, no son susceptibles de restitución y por tanto, no existe ningún argumento jurídico, señores magistrados, para obligar a mi representada a trasladar los gastos de administración en relación al artículo 146 que habla de restituciones mutuas, no de restituciones

(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 31:59, audio 2, acta de audiencia expediente digital)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante INGRID JANNETH HORTTA CAMPOS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 97 a 100) las cuales encuentran fundamento en los hechos y omisiones expuestos en el acápite respectivo (folios 84 a 88), aspirando, luego de declararse como probados los supuestos fácticos del libelo, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE, hoy PORVENIR. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a retornarla de manera inmediata al RPM conservando dicho régimen con todos sus beneficios, reciba todos y cada uno de los valores que hacen parte de su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional junto con los rendimientos causados, condenando a PORVENIR a devolver todos los valores de su cuenta de ahorro individual como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.) ordenando a esta última como actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante, trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos con motivo de su afiliación por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones y cualquier otro

unilaterales, y dentro del proceso no se logra configurar los elementos del 996 que habla sobre posesión, primero, PORVENIR no es poseedora de esos dinero y segunda, mala fe pues en estos procesos no se pudo probar la mala fe que, pese a que son negaciones indefinidas, no son suficientes para desvirtuar una presunción de inocencia, lo que en razón también se propende hacia una responsabilidad objetiva.

Por último, sobre las excepciones que se propusieron, en especial la de prescripción, esta sí era llamada a prosperar por lo menos en condena salomónica de los gastos de administración, pues recordemos que el artículo 20 de la ley 100 establece que estos dineros son descontados, tanto en el régimen de prima media, como en el régimen de ahorro individual, y no son destinados en los dineros que se van a entregar para la pensión y por tanto, estos dineros al ser emolumentos netamente económicos, sufren las mismas consecuencias que sufren por ejemplo las mesadas pensionales, entonces sí son susceptibles de prescripción. En ese orden de ideas, el despacho sí debió declarar por lo menos la prescripción trienal sobre los gastos de administración, cuotas extras y cuotas de seguros.

En ese orden de ideas, y argumentando así mi recurso, solicito señores magistrados se revoque en su totalidad la sentencia acabada de proferir por el despacho. Muchas gracias señor juez."

emolumento que se hubiere descontado. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado que la demandada PORVENIR (antes HORIZONTE) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, en los términos que han quedado analizados por la Corte Suprema de Justicia.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento 3 de enero de 1966 (folio 130) por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 1 de noviembre de 2018 (folios 103 a 105) y a PORVENIR el 23 de octubre de 2018 (folios 107 a 109), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 52 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 182 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con el expediente administrativo que fue incorporado de manera virtual) equivalentes a 3,53 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia

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

⁴ Según lo confesado en el interrogatorio de parte laboraba para el Hospital Militar, esto es, era empleada pública por ser este un establecimiento público del orden nacional.

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 de acuerdo a la historia laboral emitida por PORVENIR (folios 38 a 44) la demandante labora al servicio del HOSPITAL MILITAR CENTRAL⁵, y por ende ostenta la calidad de empleada pública, 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 8 de junio de 1994 (archivo pdf. “cumplimiento requerimiento Porvenir”) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

⁵ Naturaleza Jurídica: Establecimiento Público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, con domicilio en Bogotá, D.C.

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶.

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa dicho acto por cada afiliado, suministraron de forma completa la información 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 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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la

posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁸, 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 los asesores de los diferentes fondos se acercaron al Hospital Militar, donde laboraba, indicándole que se pensionaría a menor edad y con una pensión muy alta, pero a la hora de reclamar la prestación se dio cuenta que ello no era así y que no le habían indicado las condiciones para acceder a la prestación.

⁸ Audiencia virtual realizada el 5 de noviembre de 2020, audio 1, récord 6:27.

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 (hoy PORVENIR)⁹, 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, contrario a lo asentado en la alzada por el apoderado de PORVENIR no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 250 y 251, 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 S.A. (antes HORIZONTE), omitió en el momento del traslado de régimen (8 DE JUNIO DE 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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

⁹ Reposa en el expediente digital, fue incorporado en cumplimiento al requerimiento efectuado por el Juzgado en la audiencia inicial.

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 actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 252), 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, 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 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, en la cual se asentó:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora

en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

Frente a esta temática, y en consideración a los reparos efectuados por el apoderado de PORVENIR en su recurso frente al cumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 1746 del C.C., también debe indicarse que la restitución debe ser plena y retroactiva dada la eliminación de los efectos de un acto contrario a derecho. En esos sentidos lo sostuvo la Corte Suprema al indicar:

“(…)

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (folio 193), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 30 de septiembre de 2020 (expediente digital)

declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que en el asunto no procede el fenómeno prescriptivo, frente a la pretensión principal, esto es, la ineficacia del traslado, las consecuencias de allí derivadas corren esta misma suerte de imprescriptibilidad.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

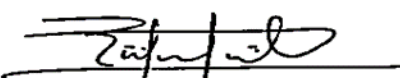
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo 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 DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AURA AMPARO ORTIZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 09
2019 00074 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES mediante correo electrónico del 9 de diciembre de 2020 (folios 122 y 123), 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 115, récord 55:48, acta de audiencia folios 116 a 118), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a reconocer a la señora AURA AMPARO ORTIZ la pensión especial de vejez con origen (sic) de condición invalidez aplicando para el efecto el parágrafo 4° del artículo noveno de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año en concordancia del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por lo considerado.

SEGUNDO: ABSOLVER de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presunto asunto por AURA AMPARO ORTIZ por lo considerado.

TERCERO: Se DECLARA probada la excepción inexistencia de la obligación respecto al retroactivo de liquidación de la pensión de vejez pretendida y el incremento pensional de 7% por lo expuesto.

CUARTO: SIN COSTAS por considerar que no se causaron.

***QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a fin de que se Surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la demandante en favor del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”*

La ausencia de apelación justifica la presencia de las presentes diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, a lo que se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante AURA AMPARO ORTIZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite (folio 24 y 25), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 23 y 24, aspirando se le reconozca la pensión de vejez conforme los postulados del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, calculando el IBL de la forma más favorable y aplicar como tasa de reemplazo el 90%, a partir del “23 de mayo de 2007”, se paguen las diferencias pensionales existentes a partir de tal reconocimiento y hasta la fecha en que se realice la correspondiente modificación, con las respectivas mesadas adicionales y los reajustes de ley, debidamente indexada. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a pagar a su favor el incremento pensional del 7% por persona a cargo, su hijo YERDY ESBLEY GIL ORTIZ, retroactivo al día “13 de mayo de 2014”, debidamente indexado, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto, si bien la juez encontró que la demandante era beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la ley 100 y determinó que el régimen aplicable para su reconocimiento pensional era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, lo cierto era que el monto de la pensión no sufría variación alguna en tanto, efectuados los cálculos, la prestación resultaba inferior a la que viene reconociendo COLPENSIONES y en ese sentido no existían diferencias a su favor. Por otra parte, y con relación al incremento pensional por hijo a cargo, consideró, en aplicación de la sentencia SU140 de 2019 tal concepto había perdido vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Preliminarmente es del caso anotar, si bien el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado fue del siguiente tenor: “**CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a reconocer a la señora AURA AMPARO ORTIZ la pensión especial de vejez con origen (sic) de condición invalidez aplicando para el efecto el parágrafo 4° del artículo noveno de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año en concordancia del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por lo considerado**”, lo cierto es que el mismo debe ser armonizado con las consideraciones vertidas por la juzgadora en la providencia, esto es, su intención con dicha determinación no era otra que declarar que la fuente jurídica de la pensión especial que ya le fue reconocida por la entidad pensional a la demandante, corresponde al artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para cuya causación debía tenerse en cuenta el mínimo de semanas previsto en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición del que es beneficiaria, de allí que no se generó en realidad ninguna obligación a cargo de la demandada y que deba entenderse que el fallo fue totalmente desfavorable a las aspiraciones de la demandante. Por ello, la consulta se surte a favor de la convocante del juicio.

Así pues, no es objeto de discusión en el presente asunto que el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- reconoció a favor de la demandante pensión especial de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de junio de 2006, en cuantía de \$408.000 (1 SMLMV), mediante Resolución No. 019328 de 24 de mayo de 2006 (folios 10 a 12), por encontrar satisfechos los presupuestos previstos para acceder a la misma.

Del mismo modo se advierte, tampoco es motivo de controversia en esta instancia, dadas las conclusiones a las que arribó la juez y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, que AURA AMPARO ORTIZ es beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 –1 de abril de 1994-¹ y por ende que para liquidar su prestación se tengan en cuenta, además del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo, por lo que el estudio de esta Corporación se centrará en verificar lo relativo al monto de la prestación

¹ Contaba con 906,86 semanas cotizadas que corresponden a 17,63 años (folios 61 y 62)

para establecer si hay lugar a la reliquidación de la misma y la procedencia del incremento pensional por hijo a cargo.

En esa orientación, en cuanto al valor de la mesada, efectuadas las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años cotizados –que fue el tomado por la juez por ser más favorable-, aplicándole la tasa de reemplazo del 90% (de acuerdo a la cantidad de semanas de cotizaciones realizadas por la actora -1514.71, folio 62-), arroja una primera mesada de **\$373.670,78²** para el año 2006 fecha en la cual se le reconoció la prestación pensional (fl 10 a 12), cifra que resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente para esa época, valor último que fue el tomado por COLPENSIONES como monto de su mesada pensional, razón por la cual no hay lugar a reliquidar la pensión de la demandante.

En otro giro, respecto al reconocimiento del incremento pensional por hijo a cargo, es menester precisar, como quedó consignado en precedencia, la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 “*por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte*” aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por el cónyuge o hijos a cargo, el cual es invocado por la actora como fundamento legal de sus aspiraciones y que conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con

2

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1996	296	31,237	84,10	2,692	\$ 153.000,00	\$ 411.938,00	\$ 4.064.454,94
1997	360	37,997	84,10	2,213	\$ 186.000,00	\$ 411.699,42	\$ 4.940.393,08
1998	360	44,716	84,10	1,881	\$ 220.000,00	\$ 413.782,22	\$ 4.965.386,63
1999	360	52,185	84,10	1,612	\$ 260.000,00	\$ 419.025,29	\$ 5.028.303,43
2000	360	57,002	84,10	1,475	\$ 280.000,00	\$ 413.120,01	\$ 4.957.440,14
2001	330	61,989	84,10	1,357	\$ 310.000,00	\$ 420.588,99	\$ 4.626.478,86
2002	330	66,729	84,10	1,260	\$ 330.000,00	\$ 415.920,97	\$ 4.575.130,64
2003	360	71,395	84,10	1,178	\$ 334.908,50	\$ 394.519,61	\$ 4.734.235,35
2004	334	76,029	84,10	1,106	\$ 384.642,85	\$ 425.489,32	\$ 4.737.114,46
2005	300	80,209	84,10	1,049	\$ 401.280,00	\$ 420.761,75	\$ 4.207.617,51
2006	210	84,103	84,10	1,000	\$ 426.602,29	\$ 426.602,29	\$ 2.986.216,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2006	\$ 49.822.771,05
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 415.189,76
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 373.670,78
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2006	\$ 408.000,00

fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007³, 32381 del 24 de febrero de 2009⁴, SL1975 de 9 de mayo de 2018, radicación 51706⁵ y SL2955 del 31 de julio de 2019, radicado 70041⁶ y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁷, acogiendo la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en

³ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

⁴ “En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”

⁵ “Ahora bien, en el punto específico objeto de reproche que aduce el promotor de la revisión, con fundamento en que las normas que consagraban los incrementos de las pensiones por personas a cargo fueron derogadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, y por ende, se produjo la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, debe precisar la Sala que ninguna razón le asiste al accionante, en la medida en que tales acrecentamientos mantuvieron su plena vigencia aun después de ser expedida la citada ley.

En efecto, en torno al aspecto referido con precedencia, ya esta Corporación en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida ley, para lo cual pueden consultarse las sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.

⁶ “Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).”

⁷ “En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.

casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887⁸, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 7% a favor de la demandante, por su hijo inválido **JERDY ESBLEY GIL ORTIZ**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de hijo de la pensionada, en este caso su condición de inválido y de igual manera que este depende económicamente de su progenitora⁹, presupuestos que pasa la Sala a verificar conforme las pruebas vertidas en autos.

Así las cosas, frente a lo primero, en el plenario reposa copia del registro civil de nacimiento de JERDY ESBLEY GIL ORTIZ (f. 13) donde se comprueba que, en efecto, es hijo de AURA AMPARO ORTIZ. En cuanto a la invalidez, al plenario se incorporó copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 33117934 del 2 de junio de 2005 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en el que a JERDY ESBLEY se le califica con una pérdida de capacidad laboral del 52,70% estructurada el 31 de mayo de 2005 (Cd folio 60, expediente administrativo).

En lo que toca al requisito de dependencia económica, aunque en autos se recibió el testimonio de MARIA ADELA AMADO GARZÓN¹⁰ esta fue enfática en señalar que no le consta nada directamente pues lo relativo a este aspecto lo conoce porque la misma demandante se lo indicó, razón por la cual este medio probatorio resulta insuficiente para acreditar este presupuesto; no obstante, debe tenerse en cuenta que uno de los requisitos para que procediera el reconocimiento de la

⁸ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

⁹ ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ.

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

¹⁰ Cd folio 115, récord 21:14

pensión especial de vejez por hijo inválido, es precisamente la dependencia económica del hijo respecto de la madre, condición que encontró acreditada COLPENSIONES y que motivó el otorgamiento de la pensión, razón por la cual se tendrá por probado dicho elemento.

Por lo anterior, bastan los medios de prueba recaudados para concluir que se acreditan los requisitos necesarios para acceder al incremento reclamado, lo que conlleva a revocar en este aspecto la sentencia de primer grado.

Ahora bien, dado que la pasiva propuso oportunamente la excepción de prescripción (folio 44)¹¹ sería del caso abordar el estudio correspondiente, no obstante, debe precisar esta Sala que el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., se contabiliza a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, y en ese orden, dado que el derecho a los incrementos pensionales tan solo se está haciendo exigible con esta providencia por cuanto se está modificando el reconocimiento del derecho pensional otorgándolo bajo el requisito de semanas mínimo exigido en el Acuerdo 049 de 1990 –por ser beneficiaria de la transición–, resulta evidente, que no es dable contabilizar el término trienal para la operancia del fenómeno prescriptivo respecto de los incrementos pensionales¹².

En ese orden, conforme lo anterior, lo procedente sería otorgar el reconocimiento al incremento pensional del 7% sobre la pensión mínima, a partir de la fecha que se concedió el derecho pensional, esto es, el 1 de junio de 2006; no obstante, como quiera que en la pretensión del libelo genitor se pidió el pago de este

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante proveído del 16 de enero de 2020 (folio 68).

¹² Al punto téngase en cuenta lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007 cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012 y recientemente en la SL-01585 de 2015 radicado 45197, criterio que incluso de acompaña con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, en las que frente a la prescripción de los incrementos pensionales ha precisó “...la calidad del pensionado es permanente y vitalicia, y es en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Pero igualmente ha precisado que, una es esa condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y otra diferente la constituyen los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, pues estos últimos sí prescriben, en criterio de la Corte, según los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”, y agrega: “...es entonces razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción. Ello al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.

concepto a partir del 13 de mayo de 2014, lo cual fue en iguales términos pretendidos en la reclamación elevada ante Colpensiones el 27 de septiembre de 2018 (folios 15 y 16)¹³, desde tal calenda habrá de ordenarse, dada la ausencia de facultades ultra y extra petita en cabeza de esta Corporación.

Por lo anterior, efectuados los cálculos correspondientes se genera un retroactivo a pagar a favor de la demandante entre el 13 de mayo de 2014 -data peticionada en la demanda- y el 31 de diciembre de 2020 –mes anterior a la fecha de expedición de esta sentencia- en cuantía de **\$4.880.024,01**¹⁴.

Con relación a los intereses moratorios solicitados, debe recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los tiene establecidos únicamente ante la falta de pago de las mesadas pensionales y no por existir mora en el reconocimiento de los incrementos por persona a cargo, por lo que no hay lugar a acceder a tal pedimento, debiendo agregar, aunque jurisprudencialmente se ha reconocido la procedencia de dicho concepto frente a la mora en el pago de las mesadas y cuando hay lugar al reajuste de la prestación, lo cierto es que los incrementos no forman parte integral de la pensión, por lo que se absolverá a la demandada de este concepto.

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

¹³ “3. Que se reconozcan y paguen los incrementos pensionales por personas a cargo, hijo mayor de edad en situación de discapacidad, a partir del día 13 de mayo de 2014, debidamente indexados” (folio 16)

Año	Pensión Mínima	Incremento 7%	No. Mesadas	Subtotal
2014	\$ 616.000,00	\$ 43.120,00	9,57	\$ 412.514,67
2015	\$ 644.350,00	\$ 45.104,50	14	\$ 631.463,00
2016	\$ 689.455,00	\$ 48.261,85	14	\$ 675.665,90
2017	\$ 737.717,00	\$ 51.640,19	14	\$ 722.962,66
2018	\$ 781.242,00	\$ 54.686,94	14	\$ 765.617,16
2019	\$ 828.116,00	\$ 57.968,12	14	\$ 811.553,68
2020	\$ 877.803,00	\$ 61.446,21	14	\$ 860.246,94
TOTAL RETROACTIVO				\$4.880.024,01

¹⁴

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

En consecuencia, resulta procedente la indexación del retroactivo causado por concepto de incremento del 7%, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer este concepto y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, razón por la cual se condenará a la demandada a pagar el valor del retroactivo debidamente indexado hasta la fecha en que se realice el pago total de la obligación.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta, habrá de revocarse parcialmente la sentencia en cuanto declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación frente al incremento pensional por hijo a cargo reclamado, para en su lugar condenar al a demanda a pagar dicho concepto debidamente indexado

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, y en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a AURA AMPARO ORTIZ el incremento pensional del 7% sobre la pensión mínima por su hijo inválido a cargo, a partir del 13 de mayo de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

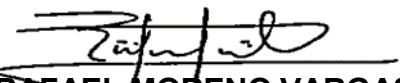
SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la demandante la suma de **\$4.880.024,01**, por concepto de retroactivo causado entre el 13 de mayo de 2014 y el 31 de diciembre de 2020, por concepto del incremento pensional, sin perjuicio de los incrementos que se causen con posterioridad, debidamente indexado a la fecha en que se efectúe el pago total de la obligación.

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

CUARTO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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 JUAN FRANCISCO
ZABALA BARRERA CONTRA CONDISEÑOS S.A.S. (RAD. 12 2019 00525 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la apoderada de la demandada (fls. 65 y 66), 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 apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre del 2020 (Cd. fl. 59, Record: 25:22, acta folio 60), en la que se resolvió:

“EN PRIMER LUGAR: CONDENAR a CONDISEÑOS S.A.S., a pagar a favor del señor JUAN FRANCISCO ZABALA BARRERA la suma de \$7.500.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, suma la cual debe ser indexada al momento del efectivo pago.

EN SEGUNDO LUGAR: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada CONDISEÑOS en lo que tiene que ver con el objeto de condena.

EN TERCER LUGAR: ABSOLVER a CONDISEÑOS de las demás suplicas de la demanda.

EN CUARTO LUGAR: CONDENAR en COSTAS a CONDISEÑOS S.A.S., señalándose como agencias en derecho la suma de \$900.000.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo que el escrito del 15 de marzo del 2019 si le fue oponible al demandante conforme al testimonio e interrogatorio de parte decretados, pues

conoció del mismo, precisando dicho documento fue el aviso de no prorroga a tiempo del contrato de trabajo, dado que se le notificó un mes antes de terminarse el vínculo, tiempo en el cual el actor podía ejercer algún tipo de reclamación u observación frente a tal escrito, considerando la actuación de la demandada ha sido conforme a la ley y se le garantizaron todas las prerrogativas al actor, solicitando se revoque la sentencia de primer grado.(Cd fl. 59, Record: 31:50)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JUAN FRANCISCO ZABALA BARRERA en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 1 y 2, las que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 2 y 3 del expediente, solicitando se declare existió un contrato de trabajo a término fijo de 3 meses con fecha de inicio 21 de enero del 2019 el cual se renovó de manera

¹ “Su señoría, (...) lo expuesto en este caso por el despacho, me permito formular recurso de reposición y en subsidio de apelación frente al fallo ya en este caso citado lo procedo a sustentar.

El primer concepto que analiza en este caso por parte del despacho, se refiere si en este caso dice que el elemento clave es la oponibilidad del trabajador al escrito del 15 de marzo de 2019, pero tal es así que efectivamente se le garantizó el derecho al trabajador para efectivamente manifestar lo hechos y acuerdos. Pero lo que se reitera y se expone y se es incisivo tanto en lo que se expuso en la contestación de la demanda y lo recaudado en testimonios, también por el interrogatorio de parte, es decir, que el actor tuvo oposición por parte de él, tanto de suscribir el documento pese a que él mismo sí medió conocimiento de ello.

Ahora bien, frente a lo manifestado debe tenerse en cuenta que efectivamente, lo que se le dio fue cumplimiento, es decir, que se dio la prórroga del contrato y lo que se hizo posteriormente fue la (...) de la terminación del contrato de trabajo.

(...) eficacia o no del contrato solamente la cláusula tercera del contrato que establecía lo que se expuso, es decir, que si bien se encuentra contemplado (...) más allá de ello, la compañía siempre ha actuado conforme a derecho, es decir, que se ha conformado y se ha manifestado todo lo correspondiente (...) y posteriormente la desvinculación de los trabajadores y todo el proceso de retiro que en ello se considere, de tal forma que así fue acreditado y así fue demostrado como vemos en la contestación de la demanda y en el debate probatorio ¿por qué? Porque efectivamente se incorporó el escrito, y efectivamente se manifestó la oposición de este (...) tuvo conocimiento de ello obra constancia, frente a lo que se formuló por la suscrita en este caso, y también por lo manifestado en este caso por la señora (...) Ramírez que es la coordinadora de recursos humanos y quien estuvo presente en ese momento.

De tal forma que nos es de recibo el concepto, de manera respetuosa, por parte del despacho, reiterándose que efectivamente si bien en este caso dice que no se le garantizó la correspondiente oponibilidad al trabajador, sí la hubo porque efectivamente transcurrió un mes antes para que efectivamente, en el evento tal que se a ejercer algún tipo de reclamación u observación frente al escrito presentado, no hubo tal (...) conforme a lo que ocurrió en la relación hubiera sido discutido en esta instancia, y por ello es que tuvo que será acreditado y respaldado mediante los testimonios recaudados y los interrogatorios resueltos.

Por lo anterior, (...) no es de recibo lo manifestado y en este caso la actuación de CONDISEÑOS S.A.S., ha sido conforme a la ley y se le garantizaron todas las prerrogativas de orden laboral al señor JUAN FRANCISCO ZABALA de tal forma, entonces, se solicita que en materia de segunda instancia se revoque en este caso la decisión del despacho. Muchas gracias.”

automática para el periodo del 21 de abril al 21 de julio del 2019, en consecuencia se condene a la demandada al pago de \$7.500.000 correspondientes a la indemnización por despido sin justa causa, junto con el pago de \$83.333,33 por cada día de retraso en el pago de tal indemnización conforme al artículo 65 del C.S.T., derechos *ultra y extra petita*, gastos y costas del proceso. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto, se condenó a la demandada al pago de \$7.500.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tras considerar que en efecto la accionada terminó el contrato sin tener en cuenta el plazo establecido en el artículo 46 del C.S.T. para la no prórroga del vínculo, considerando si bien se aportó una misiva del 15 de marzo del 2019 esta no le fue oponible al accionante ya que no se encuentra suscrita por este y no hay pruebas indicativas de que sí conocía de tal comunicación, precisando si bien hay unas notas en tal documento tales personas no ratificaron lo allí escrito, absolviendo de la indemnización moratoria pues esta se causa por el no pago de salarios y prestaciones sociales y no por la indemnización por despido.

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, 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*), precisándose tal situación de contera descarta el estudio de las circunstancias o hechos por los cuales se terminó del vínculo laboral.

Así las cosas, advierte la Sala no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término fijo a tres meses suscrito entre las partes, el cual se desarrolló del 21 de enero al 20 de abril del 2019, como tampoco el cargo para el cual fue contratado el actor -CONTADOR- ni el salario de \$2.500.000, aspectos que además de ser señalados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, fueron aceptados por la propia encartada desde la contestación de la demanda y se encuentran acreditados con la documental visible a folios 8 a 11 y 15.

Establecido lo anterior y en aras de resolver la apelación de la accionada relacionada con la **Indemnización por despido**, se procederá analizar si en

efecto como lo alega, ésta comunicó de manera oportuna la decisión de no prorrogar el contrato al accionante, dentro del término establecido en la ley laboral.

En ese orden, ha de precisarse, la relación laboral existente entre las partes, finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la carta obrante a folio 12 del expediente de fecha 17 de abril del 2019 suscrita por el actor y por la Coordinador de Recursos Humanos, mediante la cual la encartada aduce la terminación del vínculo, expresando de forma literal lo siguiente:

“Nos permitimos comunicarle que la empresa ha tomado la decisión de no prorrogar su contrato de trabajo.

Agradecemos de antemano la colaboración prestada por usted para el desarrollo de la empresa.

En nuestro departamento de Recursos Humanos, le serán pagadas sus prestaciones sociales y demás acreencias a que tenga derecho, luego de presentar su correspondiente paz y salvo; para girar la liquidación ésta debe tener su firma original”

Por otra parte, la enjuiciada aportó junto con la contestación una copia de la misiva del 15 de marzo del 2019 donde se indica (fl. 52):

“Ref. NOTIFICACIÓN TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por medio de la presente me permito informar que la Empresa ha tomado la decisión de no prorrogar su contrato de trabajo a TÉRMINO FIJO suscrito con la empresa CONDISEÑOS S.A.S. (...) el cual vence el próximo 20 de abril del 2019, fecha en la cual termina, siendo ese su último día de labores. Sírvase presentarse para este día en la oficina de RRHH para cumplir con el proceso de retiro y recibir autorización para el examen médico ocupacional.

No sin antes agradecer por sus servicios prestados durante el tiempo que permaneció con la empresa.”

Tal documental solo se encuentra firmada por la Coordinadora de Recursos Humanos y a mano alzada se anota: “Se rehúsa a firmar argumentando acuerdo con Gerencia y no está de acuerdo en lo informado”, tal nota contiene una firma y un numero de cedula, desconociéndose quien la elaboró, igualmente obra otra firma y se escribe “testigo – jurídica”, pero sin nombre alguno.

Frente a este aspecto, el demandante indicó en el interrogatorio de parte desconocerla (Cd fl. 59 record: 31:15), afirmando solo haber recibido la carta del 17 de abril del 2019.

La representante legal de la demandada, afirmo en su interrogatorio (Cd fl. 59 record: 39:49) que aunque no estaba vinculada para esa data en tal calidad tiene conocimiento que esa misiva si le fue notificada por parte del personal de recursos humanos.

Por su parte la única testigo que declaró dentro del presente asunto señora NELSI RETAVISCA CARRILLO (Cd fl. 59 record: 1:29:46) quien firma las dos cartas relacionadas con la terminación del contrato del actor (*la del 15 de marzo y la del 17 de abril del 2019*) aseguró que la no prorroga si fue conocida por el actor y este no la firmó por ende se dejó constancia por parte de dos testigos que nombra como Alberto Garavito y Rocío González, igualmente señaló que no tenía conocimiento de algún acuerdo que hubiese efectuado el accionante con gerencia en relación con su vínculo laboral, también afirmó que la anotación a mano alzada que está en la carta del 15 de marzo del 2019 la hizo la persona de jurídica señora Rocío González.

De esta forma y teniendo en cuenta que los argumentos de defensa de la accionada, relacionados con la notificación oportuna de la no prórroga del contrato no encuentran respaldo, dado que la única testimonial recaudada no genera convicción a esta Sala de decisión por ser precaria en sus explicaciones, aunado a que fue la propia encartada quien desistió de los testigos que presuntamente firmaron dicha comunicación (Alberto Garavito y Rocío González) del 15 de marzo del 2019, razones por las cuales no puede esta Corporación darle plena convicción tal aviso, en aras de establecer que la accionada si dio comunicación al actor en el término legal.

Nótese además que la carta reconocida por el actor de fecha 17 de abril del 2019 (fl. 12), nada indica de la situación acaecida el 15 de marzo del 2019, pues la misma es muy clara en señalar que le están comunicando la decisión de no prorrogar el contrato, es decir, se entiende como la primera y única comunicación, por lo que no resulta lógico para esta Sala que si ya le habían informado al actor tal decisión el 15 de marzo del 2019 volvieran a reiterarla el 17 de abril siguiente.

En este orden de ideas, es claro que la accionada incumplió lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T., concretamente el aparte que señala: *“Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a*

la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación **no inferior a treinta (30) días**, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente”, dado que al haberse celebrado el contrato de trabajo el 21 de enero del 2019 los 3 meses vencían el 20 de abril de ese año, por ende el aviso de no prorrogación debió efectuarse antes del 20 de marzo (30 de días de antelación), siendo comunicada tal situación 3 días antes del vencimiento del contrato laboral (17 de abril del 2019).

Precisándose al recurrente que en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo², cualquier estipulación que se haga por escrito en el contrato de trabajo, que afecte las garantías mínimas de un trabajador resulta ser **ineficaz** tal como se anotó, y en ese orden la cláusula tercera del contrato suscrito por las partes no tiene efecto alguno, es decir, no existe para la vida jurídica y es inaplicable, pues allí se anotó: “*Si antes de la fecha del vencimiento de este término, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con antelación inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado*” (Ver fl. 8), siendo lo dispuesto en la norma sustantiva que el aviso se debe dar en un término NO INFERIOR a 30 días, y no como lo quiso plasmar la accionada de hacerlo en un plazo inferior a esos 30 días, en aras de hacer valer la notificación otorgada 3 días antes de finalizar el periodo de 3 meses del contrato.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato inició el 21 de enero del 2019 y al no haberse avisado de su no prorrogación antes de los 30 días de vencerse el vínculo, este, se renovó automáticamente hasta el 20 de julio del 2019, siendo finalizado el vínculo contractual el 17 de abril del 2019, de modo que la causal de terminación del contrato del actor no devino de la norma invocada para ello (art. 46 C.S.T.) ni tampoco se acompañan con las causales establecidas en el artículo 62 del C.S.T.

²**ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS.** Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguna cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

Por manera que, al encontrarse que en efecto el despido del demandante por parte de CONDISEÑOS S.A.S. fue sin justa causa, resulta procedente la condena de la indemnización por despido sin justa, atendiendo lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T., y en ese orden sin más consideraciones se habrá de confirmar la sentencia de primer grado, advirtiéndose la suma objeto de condena no fue objeto de reproche por la accionada en su recurso de apelación.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte 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 PATRIMONIO
AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN
LIQUIDACIÓN CUYO VOCERO Y ADMINISTRADOR ES EL CONSORIO DE
REMANENTES TELECOM integrado por FIDUAGRARIA S.A. Y FIDUCIAR S.A.
CONTRA WILLIAM MARTÍNEZ CANESTERO (RAD. 16 2016 00563 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 20 y 27 de noviembre de 2020, respectivamente, (folios 240 a 241 y 242 a 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 234, récord 1:45:09, acta de audiencia folios 235 a 236), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER al demandado Señor WILLIAM MARTINEZ CANASTERO identificado con cédula de ciudadanía número 19.457.467 de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la parte demandante PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN- PAR.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por la demandada y por el resultado de la litis se abstiene el Despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos allegados.

TERCERO: Se **CONDENA** en costas a la parte demandante. Practíquese liquidación por secretaria, incluyendo el monto de 1 SMLMV como valor de las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial del demandante PAR TELECOM, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad el fallo apelado y, en su lugar, se condene al demandado en consonancia con las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello refiere, el Juzgado declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación con unos argumentos que no fueron argüidos por el llamado a juicio, en tanto este se había limitado a indicar que se trataba de un anticipo y no de un enriquecimiento sin causa, sin especificar las razones que derivaban en dicho argumento.

Así mismo, señala, se encuentra probado en el plenario el enriquecimiento sin causa por cuanto hubo un enriquecimiento de una de las partes y correlativamente un empobrecimiento de la otra, que en el caso es el PAR TELECOM, además, dice, contrario a lo aludido por el juzgador, no existió una causa legal debido a que si bien la sentencia SU 377 no podía declarar ningún derecho, pues la función de la Corte se limitó a hacer un control de legalidad y determinar si existía o no una vulneración de derechos fundamentales más no reconocer prerrogativas que debían ser reclamadas en un trámite ordinario, lo cierto es que en el numeral 5.5.5.4 del Auto 503 de 2015 la Corte Constitucional indicó que si bien en la sentencia de unificación no se dispuso el reintegro de dineros a favor del PAR TELECOM ello fue en razón a que la misma puede *“hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación desapareció (...)”*.

Y continúa *“bastaba con revocar todas las órdenes de la sentencia para entender que los pagos realizados en razón a esta carecían de justificación legal y constitución por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurársele mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello”*. En razón a ello, sostiene, acudió al presente proceso ordinario.

Por otra parte, arguye no se presenta discusión si el demandado actuó no de buena fe, pero insiste en que al quedar sin piso las sentencias de primera y segunda instancia en las que se reconocía un derecho al ahora convocado a juicio, se abría la posibilidad de recuperar ese dinero a través de la acción ordinaria.

Menciona, la contraparte se dedicó a “atacar” la prescripción, respecto de la cual advierte no operó en autos pues al ser proferido el Auto 503 en el año 2015, todavía le quedaban 3 años al PAR para iniciar la acción, la cual incoó en el 2016.

Itera, en el caso de marras no es aplicable lo establecido en la sentencia T-214 de 2018, de un lado por cuanto fue proferida en sede de tutela, esto es, tiene efectos inter partes y, de otro, dicha decisión no interpreta el alcance de un derecho fundamental.

En consonancia con lo expuesto, pide se ordene al demandado el reintegro de los dineros que fueron pagados por el PAR “sin soporte jurídico”¹ (Audiencia virtual

¹ “Gracias su señoría estando en la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho ante el Honorable Tribunal superior de Bogotá Sala Laboral a fin de que se revocada en su integridad y como consecuencia de la revocatoria se condene al demandado William Martínez Canastero conforme a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Quiero argumentarle mi apelación su señoría en unos hechos muy trascendentales el primero de ellos es que el despacho declara probada la inexistencia de la obligación con unos argumentos que no fueron esgrimidos por la parte demandada y para que uno pueda hacer valer una excepción de la naturaleza que se llame debe fundamentarla y probar los fundamentos de la excepción, si el despacho revisa la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada solamente dice en su argumentación es claro que al tratarse de un anticipo y no de un enriquecimiento sin justa causa se genera de forma automática la presente excepción pues se pierde la base del sustento para continuar el litigio y se genera el sustento para ser concedida, pues señoría yo no encuentro en todo el plenario a que anticipo se refiere el demandado con su excepción, contrario sensu lo que sí está probado es que aquí se configuro la figura del enriquecimiento sin causa por tres razones: porque hubo un enriquecimiento de una de las partes, hubo un empobrecimiento correlativo de otra de las partes es decir el patrimonio autónomo de remanentes de Telecom y no existió una causa legal contraria a lo que el despacho ha excepcionado porque obviamente como lo contempla el señor juez lo que hizo fue una interpretación equivocada tanto de la sentencia SU 377 como de la sentencia T-214 porque claro la sentencia SU 377 no podía declarar ningún derecho, la sentencia SU 377 sentencia de unificación de la corte constitucional lo que buscaba era hacer un control de legalidad y determinar si efectivamente existía o no una vulneración de derechos fundamentales y no podía incurrir en lo que incurrieron los jueces de tutela de primera y segunda instancia en el caso que nos ocupa, que por vía de tutela a una persona que no tenía derecho al plan anticipado de pensión reconocerle unos derechos que eran propios de un proceso ordinario laboral y no de una acción de tutela, no era el mecanismo idóneo para reconocerle el derecho que debía ser discutido ante el juez ordinario laboral como lo era si tenía o no tenía derecho a una pensión anticipada y por esa razón el despacho no tiene en cuenta efectivamente que claro la sentencia SU 377 no tenía por qué reconocerle al tal porque no se trataba de eso y no se trataba de una demanda para que se le reconocieran esos derechos, se trataba de un control de constitucionalidad, por esa razón la misma corte constitucional en su auto 503 del 2015 como le manifesté en los alegatos de conclusión en el numeral 5.5.5.4 manifestó “El hecho de que el par hubiere cancelado sumas de dinero en favor de algunos peticionarios en cumplimiento de las sentencias de instancia a pesar de que las mismas eran objeto de revisión por la corte no impacta la resolución a los problemas jurídicos que se plantearon , ni tampoco

significa que omitió resolver algunos de los temas de la Litis, la Sala Plena no dispuso la restitución de dineros a favor de parte de Telecom porque esa entidad puede hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación desapareció bastaba con revocar todas las órdenes de la sentencia de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de las mismas carecen de justificación legal y constitucional por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurársele mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello”.

Claro señoría no hubiere otra razón para que el PAR acudiera mediante el proceso ordinario porque el PAR si no hizo lo que hizo en este caso el señor Martínez Canastero que fue acudir a una acción de tutela que era totalmente improcedente para obtener unos derechos a los que no tenía lugar, es por esta razón que una vez proferida la sentencia SU 377 si le quedaba al PAR el camino de la acción ordinaria por virtud del enriquecimiento sin causa que fue la que dio origen a este proceso ordinario que nos ocupa y no a otro mecanismo. Yo no discuto si el señor Martínez Canasteros actuó o no actuó de mala fe pero lo que si es cierto que la sentencia SU 377 al dejar sin piso las sentencia de primera y segunda instancia que le reconocía un derecho le habría automáticamente la posibilidad de recuperar esos dineros y así lo estamos haciendo mediante las diferentes acciones ordinarias, entonces no solo se da una interpretación equivocada que por demás no fue materia de argumentos ni del abogado en la contestación de la demanda ni tampoco en sus alegatos de conclusión y es que uno para que obtenga un derecho que efectivamente obtenga una sentencia favorable como la que acaba de proferir el despacho pues tiene que tener unos argumentos válidos y alegarlos en su momento bien sea en la contestación de la demanda o bien sea en los alegatos de conclusión pero si su señoría observa el apoderado de la parte demandante solamente se dedicó a atacar la prescripción que tampoco opera en el caso que nos ocupa toda vez que la demanda fue presentada una vez quedo en firme el auto 503 del 2015 y lo que interrumpe la prescripción es la presentación de la demanda. Al ser proferido el auto 503 en el año 2015 todavía le quedaban tres años al patrimonio autónomo de remantes de Telecom para iniciar la acción y la inicio en el año 2016 es decir que tenía el tiempo de sobra y no se podía configurar la prescripción.

Pero repito su señoría que no es aplicable lo establecido y lo determinado por el despacho según la sentencia T-214 del 2018 por unas razones: primero porque la sentencia T-214 fue emitida en sede de tutela y tiene efectos inter partes no es una tutela con efectos generales sino simplemente para las partes que fueron contendientes en esa acción de tutela, si bien la ratio decidendi tendría precedente en un caso de similares condiciones lo seria para un caso o tramite de tutela en este caso se trata de un proceso ordinario laboral donde no es obligatoria su aplicación, si bien el fallo fue emitido por una alta corporación no hay una posición unificada contrario a la SU 377 que si es una sentencia de unificación, pero respecto al interior de la corte la sentencia T-214 fue proferida por una sala de decisión y no en una sala plena como paso en la SU 377, además porque la sentencia de la T-214 el fallo en mención no interpreta el alcance de un derecho fundamental sino que estudia la decisión emitida en vía ordinaria por un juez y porque a pesar de que el fallo del juez se encontró ajustado a una serie de parámetros jurisprudenciales la corte fue clara al establecer que no le correspondía determinar a la decisión si fue acertada o no, sino que simplemente determino que era razonable.

Así las cosas señoría estamos desconociendo la teoría del enriquecimiento sin causa y aceptar que por el actuar de buena o mala fe del demandante se obtengan derechos por vía de tutela y una vez revocadas esas decisiones de primera y segunda instancia por un juez constitucional como es en el caso que nos ocurre que nos ocupa no se tengan que devolver los dineros pues eso abriría las puertas para una impunidad total y para que los jueces de tutela que son jueces excepcionales para decidir derechos fundamentales proferirían sentencias que desplazarían totalmente a los jueces naturales y una vez demostrado el perjuicio como lo estamos haciendo como en el caso que nos ocupa pues con el simple hecho de argumentar que actuó de buena fe y como la constitución presume la buena fe a pesar de demostrar aquí que los fallos que dieron origen a los desembolsos que hizo el PAR TELECOM quedaron sin efecto jurídico por virtud de la acción de tutela en revisión de la SU-377 pues entonces no se podrían devolver los dineros y todo el mundo podría enriquecerse por vía de acción de tutela lo cual dejaría a los jueces naturales sin trabajo señor juez

Por esas razones considero que los argumentos del despacho no son válidos, no tienen razón jurídica ni por el contrario no podemos caer en la impunidad de que todo el mundo se enriquezca por las vías de tutela cuando existen los jueces naturales que deben resolver los conflictos para cada caso en particular, por esta razón su señoría considero que el fallo es equivocado y en consecuencia bajo estos argumentos solicito al tribunal superior de Bogotá sala laboral sea revocada en su totalidad y se orden al señor William Martínez Canastero reintegrar los dineros que le fueron pagados al PAR sin un soporte jurídico porque al ser revocadas las sentencias que dieron un lugar al pago automáticamente queda sin nexo causal el pago y por consiguiente dichos dineros deben ser reintegrado al patrimonio autónomo de remanentes de Telecom, en los anteriores términos de lo presentada mi apelación su señoría muchas gracias.”

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 234, récord 1:46:17, acta de audiencia folios 235 a 236).

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 PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 146 y 147) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 145 y 146), aspirando se declare que el señor WILLIAM MARTÍNEZ CANASTERO está obligado a reintegrarle la suma de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS (\$10.645.167) M/CTE en virtud de la Sentencia SU 377 de 2014, proferida por la Corte Constitucional junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera, liquidados desde el momento en que le fueron cancelados o desde que el despacho determine y hasta el momento en que se efectúe el pago. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y se absolvió al demandado de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar que no había lugar al reintegro de los dineros que fueron recibidos por el convocado a juicio de buena fe, precisando, las sentencias de tutela que reconocieron el derecho pensional surtieron efectos jurídicos pese a su revocatoria posterior, dada la inmediatez con la que debe ser satisfecha la orden tutelar y el deber de cumplirla sin perjuicio de la impugnación o la eventual revisión del fallo. Igualmente anotó, la acción constitucional no es dable entenderla como una actuación de mala fe, así como tampoco puede hablarse de un enriquecimiento sin causa por cuanto para el pago de la prestación medió una orden judicial que constituyó un título válido.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el extremo actor, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese

que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

En primer lugar, sea del caso advertir, en el asunto no es objeto de controversia que mediante sentencia del 11 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Primero Municipal de Lorica dentro de la acción de tutela con radicación No. 23-417-4089-001-2009-00096 promovida, entre otros, por el aquí llamado a juicio (folios 24 a 44), se le ordenó al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM –PAR procediera a la inclusión de algunos accionantes, entre esos el demandado, en el “*Plan de Pensión Anticipada*”, así como “*reconocer, liquidar y cancelar*” la pensión “*a quienes les faltaban menos de siete años para pensionarse a la fecha del ofrecimiento de dicho plan (marzo 31 de 2003), aunque no se encuentren en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993*” y “*reconocer, liquidar y cancelarles las mesadas correspondientes, desde la fecha de su desvinculación real, hasta cuando se produzca el reconocimiento definitivo, con la debida indexación legal. Hasta que sean incluidos en nómina de CAPRECOM*”; decisión que fue confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Lorica Córdoba, en proveído del 25 de enero de 2010 (folios 45 a 60).

Tampoco se discute en el asunto que en virtud de tales decisiones, el PAR TELECOM procedió a dar cumplimiento y en consecuencia incluyó al demandado en el Plan de Pensión Anticipada y efectuó el pago de las mesadas pensionales de marzo, abril y mayo de 2010, cancelando un total de \$10.645.167, aspectos que además de haber sido excluidos del debate probatorio por la aceptación de las partes (ver respuesta a los hechos 6, 7 y 8, folio 218), se verifican con la documental que milita a folios 2 y 3 a 5).

Del mismo modo, no se controvierte en esta instancia que las anotadas decisiones proferidas en sede de tutela, fueron seleccionadas para revisión por parte de la Corte Constitucional y revocadas en su totalidad mediante la Sentencia SU377-2014², en el caso particular del demandado, porque no satisfizo el requisito de inmediatez³.

² Numeral décimo tercero de la parte resolutive que en su tenor literal dispone: “**Décimo tercero.-** En el expediente T-2579968, **REVOCAR** en su totalidad las sentencias expedidas, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Lorica, Córdoba, el once (11) de diciembre de dos mil nueve (2009) y, en segunda instancia, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Lorica, Córdoba, el veinticinco (25) de enero de dos mil diez (2010). En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo invocado por los señores

Por lo anterior, considera el demandante, la decisión deja sin sustento jurídico la suma cancelada al señor MARTINEZ CANESTERO y a su juicio, le da derecho a que le restituyan esos dineros, pues de no hacerse de ese modo se configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la pasiva.

En ese orden, el problema jurídico que le concierne a la Sala solventar se circunscribe en establecer si el demandado está obligado a reintegrar la suma de \$10.645.167 al PAR TELECOM, en virtud de la sentencia SU-377 de 2014.

Pues bien, al tema valga señalar, la Corte Constitucional en sentencia SU-377 de 2014, analizó ampliamente las diferentes problemáticas que presentaba la extinta empresa TELECOM en materia de obligaciones pensionales, las cuales habían sido impuestas a través de acciones de tutela y reconocidas a favor de sus extrabajadores, entre ellos el ahora demandado, para lo cual circunscribió el

Rodrigo Cid Alarcón Lotero, José Armando Alfonso Sandoval, Javier Arteta Gutiérrez, Jorge Arecibo Avendaño Valenzuela, Elizabeth Calvete Oviedo, Rafael Leonidas Camacho Sánchez, Viviana Casallas Domínguez, Nelson Riquelmins Cortés Martínez, Luis Arnobio Díaz Vásquez, Jorge Luis Durango León, Germán Cabuya Parra, Isabel González García, Juan José González Urrutia Fulton, Freddy Hernández Sudea, Rubén Darío Jaramillo Marín, Olmedo López Rojas, Alberto Martínez Jairo, Harvin Julio Mateus Zarate, William Martínez Canastero, Erasmo Enrique Mayorga Moreno, Luz Mery Moreno Ospina, Rosalba Olarte Collazos, Carlos Ramiro Osorio Cano, Luis Mariano Padilla Chima, Elicenia Páez de Reyes, Mireya Astrid Pardo Reyes, Severo Ramírez Abril, Luis Fernando Rocha Villanueva, Manuel Enrique Rojas Novoa, Fernando Alberto Salazar Franco, Sonia Inés Salcedo Escandón, Oscar Eduardo Santos Hormiga, Eduardo Serrato Bonilla, Jesús Yamil Suárez Cárdenas, Amalia Torres Cruz y Luis Enrique Triviño Carvajal. Y finalmente NEGAR la tutela a los señores Julio César Utría Martínez, Margarita Vелоza Rincón y David Moisés Vergara Beltrán. Por consiguiente, **REVOCAR** cualquier orden de protección anterior a esta sentencia, que se hubiera impartido en el proceso de la referencia.”(Negrilla y subrayas de la Sala).

³ “151. En definitiva, en el cuadro que se expone a continuación se relacionarán las personas que solicitan PPA y cuyas tutelas son improcedentes por falta de inmediatez. En esa tabla están incluidos los nombres de otros accionantes que piden ser incluidos en el PPA y no fueron enunciados en los párrafos anteriores, pues sus solicitudes de amparo son también improcedentes por falta de inmediatez. En sus casos no habrá, sin embargo, una consideración específica, similar a la que se hizo en los párrafos precedentes, debido a que no sólo tardaron también un periodo demasiado extenso para presentar sus amparos, sino que aparte dejaron de aportar –teniendo oportunidad de hacerlo- elementos de juicio adicionales para desvirtuar la impresión inicial de falta de inmediatez. La Corte advierte asimismo que tienen menos de sesenta (60) años y, por tanto, no son personas de la tercera edad, según la jurisprudencia. No hay pruebas de que hubiesen obrado con suficiente diligencia para solicitar lo que ahora reclaman. Tampoco está acreditado que hayan estado sometidas a fuerza mayor, o que sea desproporcionado adjudicarles la carga de acudir a un juez con prontitud, debido por ejemplo a su estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad o incapacidad física. En esa medida, la Corte declarará improcedentes las tutelas de PPA de todos los siguientes actores:

Accionantes – Tutelas improcedentes por falta de inmediatez PPA			
Nro.	Nombre del tutelante	Expediente	Tema de fondo
(...)			
191	William Martínez Canastero	T-2579968	PPA

(...)”

estudio de los casos a tres temáticas principales, a saber: i) el plan de pensión anticipada –situación que incumbe al caso de WILLIAM MARTINEZ-, ii) el desconocimiento de la situación sindical de los trabajadores y iii) el retén social.

En lo que al examine interesa, esto es, el plan de pensión anticipada, ese Alto Tribunal explicó a quiénes se dirigía, qué trabajadores se encontraban cobijados por los regímenes especiales de pensión de TELECOM y cuáles eran las modalidades pensionales, y en el caso particular del señor MARTINEZ CANASTERO, concluyó que la interposición de la acción de tutela no cumplía con el requisito de la inmediatez por cuanto *“no sólo tardaron también un periodo demasiado extenso para presentar sus amparos, sino que aparte dejaron de aportar –teniendo oportunidad de hacerlo- elementos de juicio adicionales para desvirtuar la impresión inicial de falta de inmediatez. La Corte advierte asimismo que tienen menos de sesenta (60) años y, por tanto, no son personas de la tercera edad, según la jurisprudencia. No hay pruebas de que hubiesen obrado con suficiente diligencia para solicitar lo que ahora reclaman. Tampoco está acreditado que hayan estado sometidas a fuerza mayor, o que sea desproporcionado adjudicarles la carga de acudir a un juez con prontitud, debido por ejemplo a su estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad o incapacidad física”*, razón que conllevó a esa Corporación a revocar las decisiones constitucionales proferidas en su favor y, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de amparo⁴.

Con tal determinación es claro, que los efectos que produjeron en su momento las sentencias que reconocieron la prestación pensional a WILLIAM MARTINEZ CANASTERO cesaron, de allí que surgiera para la parte actora el derecho a reclamar la devolución de los dineros que fueron cancelados dada la inclusión del demandado en el plan de pensión anticipada.

Ahora bien, frente al tema del enriquecimiento sin causa, en otrora, la Sala de Casación Civil de la Corte suprema de Justicia discurrió el tema, señalando las condiciones necesarias para su gestación, línea jurisprudencial además que ha

⁴ Numeral décimo tercero de la parte resolutive de la sentencia.

sido reiterada, tal como se desprende de la sentencia Rad. 7061 del 21 de mayo de 2002, en la que se indicó:

“En cuanto al enriquecimiento injusto, fuente que es, como bien se sabe, de obligaciones, y que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial. (Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958).

Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada.”

En ese sentido, esa Corporación en sentencia con radicación No. 54001-3103-006-1999-00280-01 del 19 de diciembre de 2012, fijó cinco elementos constitutivos del enriquecimiento sin justa causa, así:

“ (...)

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

“1° Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

“2° Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

“Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

“Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

“El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

“3° Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“4° Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

“Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

“5° La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

“El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. 1918, p. 474).”

Es importante precisar, en la aludida sentencia SU-377 de 2014 nada se dijo respecto a la obligación de los ex trabajadores de TELECOM de restituir los dineros que el PAR TELECOM les pagó en cumplimiento de las órdenes de tutela objeto de revocatoria y, por el contrario, en Auto 503 de 2015⁵, aclaró que *“La Sala Plena no dispuso la restitución de dineros a favor del PAR de TELECOM, porque dicha **entidad puede hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa**, en tanto la fuente de la obligación desapareció”,* indicando seguidamente *“Bastaba con revocar todas las órdenes de las sentencias de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de las mismas carecen de justificación legal y constitucional, por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurarse mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello.”*. De allí que, al no quedar zanjado ese aspecto, la especialidad ordinaria puede entrar a dirimir lo de su cargo.

⁵ Por el cual se resuelve una solicitud de adición y corrección de la sentencia SU-377 de 2014.

Así pues, verificados los elementos configurativos del enriquecimiento sin causa, para la Sala es clara la concurrencia de los mismos en razón a que: *i)* el demandado al haber recibido el valor de \$10.645.167 por concepto del plan de pensión anticipada que fue reconocido a través de sentencia de tutela, obtuvo una ventaja patrimonial; *ii)* con relación al empobrecimiento, no cabe duda que el Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM disminuyó sus arcas al proceder de conformidad con lo ordenado en el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lórica, Córdoba, confirmado por el Juzgado Promiscuo de Familia de esa misma ciudad. Por supuesto redujo su patrimonio cuando canceló al demandado la cifra objeto de la litis; *iii)* frente a la ausencia de causa que justifique el incremento patrimonial, conviene decir que si bien el pago se dio en cumplimiento de orden judicial a través de la sentencia ya mencionada, las mismas fueron revocadas por el órgano de cierre constitucional en sentencia SU 377 de 2014, declarando de contera declarar la improcedencia del amparo de la acción de tutela. Así las cosas, no le asiste ahora razón jurídica a al demandado para tener en su poder aquellos recursos, pues lo que en principio fue el motivo generador de la obligación, quedó sin efectos en sede de revisión, por lo que es palmario el desequilibrio patrimonial; *iv)* precisamente el hecho de que la especialidad laboral sea la competente para dirimir el asunto, en virtud del numeral 1 artículo 2 del C.P.L. implica que la acción adelantada dentro de la misma sea la única posibilidad para el recaudo de la suma pagada, ya que no existe otro presupuesto sustantivo ni procesal en las normas del trabajo que garanticen el equilibrio en esta materia; y *v)* lo perseguido por la parte demandante encuentra asidero en una situación distinta al desconocimiento de una disposición de orden legal pues sus pretensiones se fundan en la extinción de los efectos jurídicos de una decisión judicial que había sido objeto de cumplimiento lo cual implicó una erogación económica que perdió su justificación con la revocatoria de las providencias.

En un caso de similares contornos fácticos, la Corte Suprema de Justicia consideró procedente la devolución de dineros entregados al trabajador en cumplimiento de un acto jurídico que posteriormente se declara ineficaz o nulo, en

tanto que aquel pago carece de respaldo jurídico que lo sustente. Puntualmente sostuvo esa Corporación:

“En primer lugar, el memorialista se esfuerza en criticar que no concurrieron los elementos para la configuración de un enriquecimiento sin causa, por cuanto, contrario a lo argumentado por el sentenciador plural, sí existía una «causa o fundamento jurídico», que dio lugar al pago de los dineros que ingresaron a su patrimonio. En su criterio, el título que legitima lo recibido, son las sentencias de tutela de primera y segunda instancia aportadas al proceso, que concedieron el amparo solicitado.

En lo tocante, debe decirse que el sentenciador colegiado, sí tuvo por demostrado que al proceso se aportó la sentencia de tutela proferida el 1 de septiembre de 2009 (fl.º 47 a 55), por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ayapel, que amparó los derechos fundamentales de varios trabajadores, entre ellos, Fernando Augusto Trejos Santa, decisión que fue confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ayapel en fallo del 29 de septiembre del 2009 (f.º 41 a 46), y en cumplimiento de las cuales, se pagó al demandante la suma de \$291.966.2773.

No obstante, lo anterior, el Tribunal explicó que mediante sentencia SU-377-2014, la Corte Constitucional revocó las referenciadas providencias, lo que necesariamente conducía a la devolución de la suma pagada, aunado a que la misma Corporación en Auto 503 de 22 de octubre de 2015, indicó que las entidades encargadas de la administración del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom estaban facultadas para reclamar la restitución de esos dineros.

De acuerdo con lo descrito, desde el punto de vista fáctico no existe distorsión alguna, pues si bien, inicialmente las pretensiones del tutelante salieron adelante, también es cierto que, como lo relató el juzgador plural la Corte Constitucional como autoridad de cierre, en sede de revisión profirió fallo de unificación – sentencia CC SU-377-2014-, que dispuso revocar el amparo inicialmente concedido, por ende, como lo explicó esta misma Sala en situación similar a la analizada, «ante la desaparición de la base jurídica del pago, es decir del fallo de amparo, surge para el beneficiario la obligación de reembolsar los valores recibidos» (CSJ SL1432-2020).

*Aunque la disertación que propone el censor es más jurídica que fáctica, para abundar en razones **debe mencionarse que no puede fincar un supuesto justo título para no devolver el dinero recibido, en dos sentencias que no tenían carácter definitivo toda vez que, de conformidad con el procedimiento de la acción subsidiaria y residual a la que acudió, existía la posibilidad de su revisión por la Corte Constitucional y, que como ocurrió, fueron seleccionadas y revocadas por esa Corporación en su función de órgano de cierre.***

Se dice lo anterior, por cuanto las decisiones proferidas dentro del proceso de amparo constitucional, tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada solo cuando la Corte Constitucional «adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria» (CC T-185-2013), por ende, aunque inicialmente pudo haber triunfado en sus pretensiones, la revocatoria de las providencias que

condujeron al pago de los \$291.966.273, dejó sin ningún fundamento jurídico tanto el ingreso como la permanencia de ese dinero en su patrimonio. (...)” Sentencia SL3458-2020 (Negrilla y subrayas de la Sala).

Con todo lo hasta aquí expuesto, para esta Sala de decisión se torna indiscutible la obligación en cabeza de WILLIAM MARTÍNEZ CANASTERO de restituir la suma de \$10.645.167 (folio 2) que le fueron cancelados por parte del PAR TELECOM como consecuencia de las órdenes de tutela dejadas sin efectos.

Es importante mencionar, en autos no resulta posible aplicar la sentencia T-214 de 2018 tal como lo pretende el demandado (folios 243 y 244), pues en términos generales las consideraciones de ese alto Tribunal estuvieron encaminadas a argumentar que no existió algún vicio de procedibilidad en el trámite ordinario o el análisis probatorio, pero en manera alguna se refirió a la imposibilidad del PAR de pretender a través de la vía ordinaria el reintegro de las mesadas pensionales pagadas indebidamente, aunado a que tal providencia tiene efectos inter partes.

De lo que viene de decirse entonces, contrario a lo concluido por el Juez de primer grado, si existió un enriquecimiento sin causa y por ende resulta procedente la revocatoria de la sentencia apelada.

Con relación a la excepción de prescripción formulada oportunamente por el demandado (folio 213)⁶, se tiene, tal como se expuso a lo largo de este proveído, que las pretensiones de la demanda se fundan en la sentencia SU-377 de 2014 adoptada por la Corte Constitucional que en revisión de la acción de tutela revocó las decisiones en virtud de las cuales la parte demandante pagó al demandado la suma de \$10.645.167 por concepto de mesadas pensionales, providencia de la que no se tiene certeza la fecha en que fue notificada a la actora, pero respecto de la cual se presentó solicitud de adición y corrección que fue resuelta por la Corte mediante Auto 503 del 22 de octubre de 2015.

En ese sentido, diáfano resulta que para exigir el derecho reclamado en el presente proceso, la sentencia en la que se funda el mismo debe haber cobrado

⁶ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 12 de febrero de 2020 (folio 220).

ejecutoria, en los términos del artículo 627 del C.G.P⁷., esto es, una vez resuelta la solicitud de corrección y aclaración, de allí que la contabilización del termino prescriptivo debería iniciarse a partir de la fecha de notificación de dicho auto; sin embargo, ante la ausencia de la constancia de la calenda en que se surtió dicho actuación resulta razonable tomar la fecha en que se profirió tal proveído. De este modo, considerando que el PAR TELECOM no elevó reclamación alguna al demandado y acudió a la jurisdicción el 21 de octubre de 2016 (folio 153), no se cumplió el término de prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T.

Valga anotar, pese a que la demanda se notificó personalmente al señor MARTINEZ CANESTERO solo hasta el 27 de mayo de 2019 (folio 194), esto es, luego de haberse superado un año desde la admisión de la demanda (17 de marzo de 2017, folio 155), lo cierto es que ello no obedeció a causas imputables a la parte actora, debido a que intentó, de manera diligente, lograr la notificación personal del convocado al juicio a la dirección de las que se tenía conocimiento, gestiones que promovió entre otras razones, en cumplimiento de las providencias emitidas por el juzgado que así lo ordenaban (ver folios 156 a 193), por lo que la demanda si tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción y en ese sentido, la excepción se declarará no probada⁸. Al punto vale la pena memorar lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514 en la cual se señaló:

⁷ “Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas, o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ella se haya concedido apelación en el efecto devolutivo.

Si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, éste sólo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquélla, o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición, sólo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de ésta”.

⁸ Retiró los citatorios desde noviembre de 2009 (folios 313 a 317), acreditó el trámite dado a los mismos en ese mismo mes (folios 318 a 343), por auto del 18 de diciembre de 2009 (folio 344) se le requirió para tramitar los avisos respectivos, los que fueron elaborados por el Juzgado en marzo de 2010 y retirados en esa misma mensualidad (folio 345 a 348). Luego por escrito del 24 de marzo de 2010, se reiteró la solicitud de cambio de domicilio respecto de LEXCOM (folio 352), la cual fue admitida en auto del 1 de junio de 2010 (folio 353 y 354), acreditándose el trámite del citatorio en agosto de 2010 (folios 355 a 358) y del aviso el 14 de febrero de 2011 (folio 363 a 365), lapso dura alguna, limitándose a incorporar poder el 1 de junio de 2011 (folio 368). Visto todo lo anterior, encuentra la Sala que la mora en la integración adecuada del contradictorio no es atribuible al demandante, quien por el contrario fue diligente en la gestión de la integración del contradictorio, por lo que la presentación de la demanda interrumpió el término de prescripción.

“(…) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarlo. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, -hoy artículo 94 del C.G.P- y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

(…)

Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

Entre esas cargas, se encuentra la relativa al tramamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción.”

Ahora, en lo que respecta a los intereses moratorios, baste con señalar, la parte activa no demostró la causación de los mismos ni el fundamento normativo para su impartición, por lo que se negara su reconocimiento, a más, que de considerarse bajo una lectura en los términos pretendidos, que estos comportan los lineamientos del art. 141 de la Ley 100 de 1993, no hay fundamento para establecer que la devolución de unas mesadas comporte la misma institución sancionatoria, que aquella pagada tardíamente por el ente pensional.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la REVOCATORIA de la sentencia de primer grado para en su lugar condenar al demandado a restituir los valores que le fueron pagados por el PAR TELECOM, declarar no probada la excepción de prescripción y absolver al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

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

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

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar se dispone:

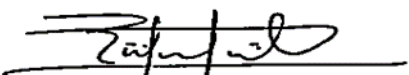
PRIMERO: CONDENAR a WILLIAM MARTINEZ CANASTERO a pagar a favor de FIDUAGRARIA S.A. Y FIDUCIAR S.A. integrantes del CONSORCIO DE REMANENTES DE TELECOM, como vocero y administrador del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y LAS TELEASOCIADAS EN LIQUIDACION – PAR TELECOM la suma de **\$10.645.167** por concepto de devolución de mesadas reconocidas y pagadas en marzo, abril y mayo de 2010, conforme lo anotado en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme lo motivado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO
TIJARO FERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES (RAD. 19 2018 00205 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES mediante correo electrónico del 7 de diciembre de 2020 (folios 110 y 111), 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de octubre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 105, récord 26:53, acta de audiencia folio 106), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES con Nit: 900.336.004-7, de la totalidad de las pretensiones expuestas por el señor demandante CESAR AUGUSTO TEJANO FERNANDEZ de cédula 93.289.962 de acuerdo de la parte motiva de este próvido.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorio e indexación propuestas por COLPENSIONES y no acudir a las demás presente a lo proferido en presente decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en estas instancia.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de la parte demandante en caso de que la presente decisión no fuere impugnada”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte actora, 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 **CÉSAR AUGUSTO TIJARO FERNANDEZ** las pretensiones elevadas a folio 5 y 6, las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados a folios 6, dirigidas principalmente a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, junto con el retroactivo a que haya lugar, los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, en razón a que COLPENSIONES en el curso del proceso reconoció la prestación reclamada por el demandante, centrando por tanto la juez a quo su análisis únicamente respecto de la fecha en que inició a pagarse la pensión –única inconformidad del demandante frente a la misma- concluyendo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, el pago de la pensión de invalidez procede después de la fecha de la última incapacidad pagada, la que conforme a las pruebas, dijo, correspondió al 22 de julio de 2018, como así lo hizo la encartada. Con relación a los intereses moratorios concluyó que los mismos no se causaron, además, negó la indexación por cuanto no se impuso condena alguna.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 39¹ de la Ley

¹ **Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.** Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

100 de 1993, vigente para la fecha de estructuración de su invalidez (12 de junio de 2017, folio 68), y por tanto es acreedor de la pensión de invalidez que dio lugar al presente proceso, lo anterior, en razón a que concurren: i) la condición de invalidez al tenor de lo consagrado en los artículos 38 y 250 de la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 860 de 2003, en atención a que de conformidad con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folios 59 a 69), se evidencia una pérdida de capacidad laboral del 50,21% (folio 68) y ii) en los tres años anteriores a la data de estructuración de su invalidez cotizó más de 50 semanas, lo cual se constata con el reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por la demandada (folios 33 a 48); situación que además, fue así reconocida por la entidad pensional mediante Resolución SUB 92339 del 16 de abril de 2019 por la cual reconoció a favor de CESAR AUGUSTO TIJARO FERNANDEZ una pensión de invalidez a partir del 28 de julio de 2018, en cuantía inicial de \$1.160.855, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1 de la ley 860 de 2003 (folios 82 a 95)

En ese orden, en virtud del grado jurisdiccional de consulta procede la Sala a verificar los aspectos que fueron desfavorables al afiliado en la sentencia de primer grado, esto es, lo atinente a la fecha de disfrute de la pensión de invalidez - como quiera que la cuantía de la prestación se excluyó del objeto de la discusión-, los intereses moratorios y la indexación.

Así pues, se tiene que, en criterio del convocante del juicio, la prestación económica debió ser reconocida a partir de la fecha en que se estructuró la invalidez y no desde la calenda del pago de su última incapacidad como lo hizo la demandada, situación que pasará a dilucidarse en el caso de autos.

-
2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

Parágrafo 1º. *Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria¹.*

Parágrafo 2º. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años*

El artículo 40 de la ley 100 de 1993², establece, “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” la cual en el presente caso corresponde al 12 de junio de 2017, conforme se determinó en el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folio 68).

No obstante lo anterior, el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por disposición del artículo 31³ de la Ley 100 de 1993, prevé:

“ARTÍCULO 10. DISFRUTE DE LA PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

(...)”

Al tenor de la disposición normativa en cita, mientras se disfruta del pago de incapacidades laborales no se puede reconocer el pago de las prestaciones derivadas de la invalidez, es decir, existe una incompatibilidad entre el auxilio por incapacidad y la mesada pensional.

En consonancia con lo expuesto, revisado el acervo probatorio vertido en autos se encuentra que al demandante le fueron expedidas incapacidades de manera continua e ininterrumpida desde el 24 de enero de 2017 hasta el 21 de agosto de

² “ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y

b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

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” Negrilla fuera del texto

³ “ARTÍCULO 31. CONCEPTO. El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.

Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.” (Negrilla y subrayas de la Sala)

2018 (folios 117 a 120)⁴; no obstante, con relación al pago, el demandante confiesa que le fueron cancelados los auxilios por incapacidad hasta el **22 de julio de 2018**⁵, data que resulta consistente con lo asentado por COLPENSIONES en el acto administrativo de reconocimiento pensional (folio 93) resultando, el día siguiente al último pago, esto es el 23 de julio de 2018, fue el tomado por la administradora del régimen de prima media como calenda de disfrute de la pensión de invalidez.

En ese sentido, claro resulta que la entidad demandada obró en consonancia con las normas que regulan la materia y, bajo ese entendido, no había lugar a empezar a pagar la pensión a partir de la fecha de estructuración como lo refirió el demandante, en razón a la incompatibilidad que existía con el auxilio de incapacidad que le venía siendo cancelado, como bien lo concluyó la juez de primera instancia.

Valga precisar, no resulta aplicable al caso de marras lo estatuido en el artículo 3⁶ del Decreto 917 de 1999, que sirvió de fundamento legal a la juez de primer grado, en razón a que dicha disposición no se encontraba vigente para la fecha en que se calificó la invalidez del demandante, dada la derogatoria de dicha disposición con la expedición del Decreto 1507 de 2014.

En relación con los intereses moratorios, resulta pertinente mencionar, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, tal y como ocurre en el caso de marras, pues como se indicó en precedencia, la norma que rige la pensión reconocida a la parte demandante es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 del año 2003. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios

⁴ Documentos extraídos del expediente administrativo incorporado en medio magnético por la demandada COLPENSIONES, folio 79.

⁵ No aparece pago de la incapacidad por el periodo 23 de julio al 21 de agosto de 2018 (folio 120), sin embargo la pensión principió a pagarse en la fecha de la última incapacidad anterior a esta.

⁶ “*ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez*”. (Negrilla fuera del texto)”

mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar “(...) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (...)”⁷.

En el asunto, el demandante reclamó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 5 de marzo de 2018, tal como se verifica a folio 10; sin embargo, a dicha solicitud adjuntó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez proferido el 23 de febrero de 2018 (folio 11 a 16), mismo que no se encontraba en firme en razón al recurso de apelación que contra dicha experticia interpuso la ahora demandada y que fue desatado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante Dictamen No. 93289962-855 el 16 de enero de 2019 (folio 59 a 69). En ese sentido, para la fecha en que fue peticionada la pensión por el actor, no era posible para la entidad proceder a su reconocimiento. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la prestación fue finalmente otorgada el 16 de abril de 2019, esto es, menos de cuatro meses después de haber sido emitido el dictamen que determinó la pérdida de capacidad del demandante (folios 59 a 69), de allí que no se haya incurrido en mora alguna por parte de la encartada y que no sea procedente el pago de intereses moratorios, debiendo confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

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

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

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas generadas por concepto de retroactivo pensional, como quiera que entre la fecha en que se

⁷ Sentencia SL1681 de 2020.

causaron las mismas y la calenda en la que se realizó su pago, transcurrió un tiempo considerable durante el cual dichos valores perdieron poder adquisitivo, debiendo revocarse la sentencia de primer grado en este punto, para disponer la indexación del retroactivo cancelado al actor entre el 23 de julio de 2018 y el 30 de abril de 2019 que lo fue en suma de \$12.065.711 (folio 94), desde su causación hasta el mes anterior a la data de inclusión en nómina –fecha de liquidación del retroactivo-, el cual, efectuado los cálculos aritméticos de rigor arroja una suma a pagar a favor del actor de **\$252.026,00**⁸.

Así las cosas, agotada la competencia de esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de consulta, se revocará parcialmente la decisión únicamente para disponer el pago del retroactivo pagado a favor

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a pagar a favor del demandante la suma de **\$252.026** por concepto de indexación del retroactivo

8

Indexación Retroactivo Pensional						
Fecha inicial	Fecha final	Mesada otorgada	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Subtotal indexación
23/07/18	30/04/19	\$ 309.561,33	99,18	102,44	1,03	\$ 10.216,00
01/08/18	30/04/19	\$ 1.160.855	99,30	102,44	1,03	\$ 37.147,00
01/09/18	30/04/19	\$ 1.160.855	99,47	102,44	1,03	\$ 34.826,00
01/10/18	30/04/19	\$ 1.160.855	99,59	102,44	1,03	\$ 33.665,00
01/11/18	30/04/19	\$ 1.160.855	99,70	102,44	1,03	\$ 31.343,00
01/12/18	30/04/19	\$ 2.321.710	100,00	102,44	1,02	\$ 55.721,00
01/01/19	30/04/19	\$ 1.197.770	100,60	102,44	1,02	\$ 21.560,00
01/02/19	30/04/19	\$ 1.197.770	101,18	102,44	1,01	\$ 14.373,00
01/03/19	30/04/19	\$ 1.197.770	101,62	102,44	1,01	\$ 9.582,00
01/04/19	30/04/19	\$ 1.197.770	102,12	102,44	1,00	\$ 3.593,00
Total retroactivo		\$ 12.065.771	Total indexación			\$ 252.026,00

cancelado mediante Resolución SUB 92339 del 16 de abril de 2019 (\$10.7456.371).

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HUMBERTO
BAQUERO CESPEDES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 19 2019 00183 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte del demandante y de Colpensiones (fls. 85, 86 y 93), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de octubre de 2020 (Cd. fl. 79, record 30:59 acta a folio 80), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a reliquidar la pensión de vejez reconocida al señor HUMBERTO BAQUERO CESPEDES identificado con la cedula 11405724 fijando como primera mesada pensional a partir del 1 de julio de 2017 la suma de 2,051.859. En consecuencia, reajustar las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas en lo sucesivo, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante HUMBERTO BAQUERO CESPEDES como retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales causadas del 1 de julio de 2017 hasta la fecha de inclusión en nómina, en razón del reajuste de la primera mesada de la pensión que le fue reconocida, valor que debe ser debidamente indexado a la fecha en que se hizo efectivo el pago.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de la inexistencia de los intereses de mora propuesta por la demandada COLPENSIONES y no probadas las demás, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- de las demás pretensiones de la demandada, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: Las **COSTAS** están a cargo de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a favor del aquí demandante. Se **ORDENA** tasar por la secretaría del despacho.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en caso que la presente sentencia no fuera impugnada.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo apartarse de la decisión del juzgado de primer grado, en tanto Colpensiones para obtener el ingreso base de liquidación del accionante dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para el monto de la mesada pensional se definió de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la ley 797 de 2003 por el cual se modifica el artículo el artículo 34 de la ley 100 de 1993, señalando el demandante acredita un total de 14.606 días laborados correspondientes a 2086 semanas y un ingreso de liquidación a \$2.564.849, precisando el recurrente poseer el actor 786 semanas adicionales que arrojan un 15,72 para la suma de la tasa de reemplazo, no obstante señala el incremento máximo solo puede ser del 15% y por ello la tasa aplicable debe ser la del 78.76%, por lo que considera la demandada ha venido actuando conforme a derecho con apego a las normas que reglan la materia, solicitando se revoque la decisión como también la condena en costas pues conforme al artículo 48 de la Constitución Política no se podrán destinar los recursos de la accionada para fines diferentes a ella, y en ese orden expresa ser dable interpretar que el pago de costas y agencias en derecho serían contrarios a esta perspectiva constitucional. (Cd. fl. 79 record: 32:54)¹

¹ “Doctora, estando en el tiempo pertinente, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión emitida por el Juzgado 19 Laboral de la siguiente manera:

Honorables Magistrados, con el debido respeto que se merece el despacho al encontrarme en total desacuerdo con la decisión emitida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá en el presente caso, tenemos que COLPENSIONES mediante resolución SUB-112750 del 29 de junio de 2017, le reconoció pensión de vejez al hoy demandante señor HUMBERTO BAQUERO CESPEDES, prestación que luego fue reliquidada mediante la resolución SUB- 152992 del 13 de junio de 2018 en cuantía de \$2,102.696 a partir del 1 de julio de 2017 con un IBL de \$2,564.849 con una tasa de reemplazo del 78.76%, teniendo en cuenta las 2086 semanas cotizadas de conformidad con lo establecido en la ley 797 del 2003.

La norma precitada, en el párrafo inmediatamente anterior se aplica por remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que textualmente establece “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las

personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.” En el sub judice, por la edad del demandante, el IBL fue calculado conforme lo dispone el artículo 21 de la ley 100 de 1993 estudiando tal dualismo, tanto con los últimos 10 años como también con toda la vida laboral del afiliado, advirtiendo en cada estudio pensional que siempre fue más favorable la liquidación con los últimos 10 años, identificada en cada acto administrativo de liquidación el IBL 1.

Ahora bien, debe señalarse que el IBL liquidado se calculó teniendo en cuenta todas y cada una de las cotizaciones y reportes de variación de salarios reportadas por los empleadores, valores que se ven reflejados en la historia laboral del afiliado. Igualmente, se tiene en cuenta lo contemplado en el artículo 18 y 19 de la ley 100 de 1993 así como el artículo 1 del decreto 1158 de del 3 de julio de 1994. Es así que mediante sentencia unificada 230 del 29 de abril de 2015, así como en sentencia C-258 de 2003, en sentencia SU- 230 de 2015, sentencia SU - 427 del 2016, todas las anteriores de la Corte Constitucional, se tocaron los temas atinentes al cálculo del IBL en diferentes asuntos y desde varios puntos de vista, pero todos dirigidos a unificar la forma de calcular dicho guarismo, refiriéndose al unísono, la posibilidad de liquidar el IBL con los aportes realizados y debidamente reportados por el afiliado o por su entidad patronal, situación a la que se a la que se acogió mi representada al limitarse a calcular el IBL con lo reportado por cada uno de los empleadores concluyendo de manera principal que dicho IBL debía calcularse conforme lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Para obtener el ingreso base de liquidación de la presente, se da aplicación a lo establecido en dicho artículo, Igualmente, el monto de la mesada pensional se define de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la ley 797 de 2003 por el cual se modifica el artículo el artículo 34 de la ley 100 de 1993.

Fue así entonces que mi representada ha venido actuando conforme a derecho en apego a las normas que reglan la materia y a la jurisprudencia que para efecto ha venido sentando la Corte Constitucional como brevemente se indicó de manera precedente. El demandante acredita un total de 14.606 días laborados correspondientes a 2086 semanas y un ingreso de liquidación a \$2,564.849, cantidades necesarias para realizar un análisis objeto de controversia que se efectúa la liquidación de la prestación acorde a la formula anteriormente citada con los valores correspondientes al caso para dar mayor claridad, y para ilustrar que la prestación se encuentra liquidada acorde a la norma.

Acorde a las semanas cotizadas, se puede ver que el total de 786 semanas cotizadas adicionales arrojan una tasa de reemplazo el 15.72 pero el incremento máximo es el 15%, siendo este el valor aplicado en la formula como se demostró en la resolución, lo establecido en la norma y que arroja una tasa de reemplazo del 78.76% y un valor de \$6,032.353 que estableció la entidad mediante su SUB 152992 del 13 de junio de 2018.

Conforme lo anterior y frente a la petición se informa que al momento de realizar la liquidación, se identificó como mejor IBL el número 1, siendo este el resultante del promedio de lo devengado o cotizado durante los 10 últimos años. Por tal razón, se reliquidó la pensión de vejez por encontrarse que la mesada pensional devengada era mejor a la que tenía ya otorgada.

Es por lo anterior que no hay ligar a la reliquidación deprecada como quiera que el IBL de la prestación reconocida se ajusta a las normas mencionadas aunado a que la prestación se estudió por favorabilidad con el IBL liquidación por toda la vida laboral como en los últimos 10 años estableciéndose que era más favorable el último mencionado.

De esta forma, acudiendo también a la condena en costas, señores magistrados, honorables magistrados, toda vez que mi representada actuó de forma apegada a la ley y no concurrió a causar daño al señor demandante. Igualmente, COLPENSIONES, dando estricto cumplimiento al artículo 2 de la ley 797 del 2003, se pone en consideración de los honorables magistrados la decisión de condenar a mi representada bajo los siguientes parámetros legales que permiten al fallador de instancia abstenerse de este tipo de condenas, para lo cual principalmente acudiré al artículo 48 de la Constitución Nacional de Colombia, para ello resaltando el inciso 4 del artículo en el que se refiera el que no se podrán destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ella, por lo cual es dable interpretar que el pago de costas y agencias en derecho serían contrarios a esta perspectiva constitucional.

De esta forma doy por sustentado el recurso de apelación y solicito a este cuerpo colegiado revocar en su totalidad la sentencia emitida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá. Muchas gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HUMBERTO BAQUERO CESPEDES, las pretensiones elevadas a folio 4, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 3 y 4, solicitando principalmente se condene a la demandada a reliquidar el valor de la pensión de vejez reconocida de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 797 del 2003 a partir del 1° de julio de 2017 y hasta cuando se verifique el pago, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación sobre todo lo que resulte probado en el transcurso de la Litis, derechos *ultra y extra petita*, y costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se accedió a la reliquidación pretendida, tras considerar la *a quo* que dada la densidad de semanas cotizadas por el actor, este tenía derecho a la aplicación de una tasa de reemplazo del 80%, liquidando la prestación con una mesada inicial de \$2.051.879 a partir del 1° de julio del 2017 (*sin allegarse al expediente la liquidación correspondiente*), absolviendo de los intereses moratorios al no existir mora en el pago de las mesadas pensionales y declarando no probada la excepción de prescripción.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que el actor se encuentra pensionado desde el 1° de julio del 2017 conforme lo señala la Resolución SUB 112750 del 29 de junio del 2017 (fls. 13 a 16), acto administrativo en el que se señaló como IBL \$2.556.847 y una tasa de reemplazo del 78.77% para un valor de mesada pensional de \$2.014.028 a partir del 1° de julio del 2017.

Prestación pensional que sin embargo fue reliquidada a través del acto administrativo SUB 152992 del 13 de junio del 2018 (fls. 21 a 24), con un IBL de \$2.564.849 y una tasa del 78.76% para una mesada al año 2017 de \$2.020.075 y de \$2.102.696 para el 2018.

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

Así las cosas, esta Sala de decisión, debe aclarar en primer lugar en lo atinente a la tasa de reemplazo aplicable al caso de autos, esta se debe obtener de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, precisándose si bien el accionante cuenta con 2086 semanas de cotización para el año 2017 (ver historia laboral folios 68 a 73), de acuerdo a la interpretación de la anterior norma el monto de la pensión no puede superar el 80% del IBL, y ese orden solo podrán ser validas hasta máximo 1800 semanas en total, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la ley, en aras de obtener la tasa de reemplazo teniendo en cuenta la formula decreciente señalada en la citada norma.

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia de la Sala de Casación Laboral –SL 3207 del 18 de agosto del 2020- indicó:

“ (...) el derecho pensional que le acude se causa de conformidad a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que exigen 62 años de edad para los hombres y 1300 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo que oscilará entre el 65 % y el 55 % del IBL, la cual será incrementada en 1.5 % por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, «llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización» como lo indica el inciso final del artículo 10° de la Ley 797 de 2003.

Por lo cual, es necesario aclarar que para efectos del cálculo de la primera mesada pensional no se accederá a la tasa de reemplazo reconocida por la primera instancia, en razón a que el Juez no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente expuesta en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 no solamente aplica para efectos de la base porcentual inicial, sino también para el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, que oscilará entre el 80 y el 70.5 % a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1300 mínimas requeridas y no de manera abierta hasta agotar las que reporte el afiliado, pues ello rompería el equilibrio matemático en el que fue concebida la ley en comento. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

(...)

2. Cálculo de la primera mesada pensional

IBL - DIEZ ULTIMOS AÑOS	=		\$ 9.344.721
FECHA DE PENSIÓN	=		1/11/2017
FÓRMULA DEL % DE PENSIÓN	=	r = 65,5 - 0,5 x s	
Disminución en el %	=		
IBL	=	\$ 9.344.721	
SMLV - 2017	=	\$ 737.717	
Factor	=	12,67	
Factor parte entera	=	12	
Desc. por c / SMLV en el IBL	=	0,5	
Disminución total	=	6,00	
Incremento en el %	=		
Semanas cotizadas	=	1.890,00	
Semanas válidas	=	1.800,00	
Semanas Requeridas - 2017	=	1.300,00	
Excedente semanas	=	500,00	
Grupo de semanas	=	50	
Factor	=	10,00	
Factor parte entera	=	10	
Inc. por c / 50 sem. Adic.	=	1,5	
Incremento total	=	15,00	
PORCENTAJE DE PENSIÓN	=	65,5 - 6,00 + 15,00	
PORCENTAJE DE PENSIÓN	=	74,50 Por ciento	
VALOR PRIMERA MESADA	=	\$ 6.961.817	

De esta manera al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta los salarios que se indican en la historia laboral aportada por Colpensiones (fls. 68 a 73) se obtiene un IBL de \$2.564.636,54

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2007	180	87,869	133,40	1,518	\$ 1.513.000,00	\$ 2.296.986,84	\$ 13.781.921,06
2008	360	92,872	133,40	1,436	\$ 1.590.416,67	\$ 2.284.440,79	\$ 27.413.289,44
2009	360	100,000	133,40	1,334	\$ 1.751.750,00	\$ 2.336.830,47	\$ 28.041.965,65
2010	360	102,002	133,40	1,308	\$ 1.814.666,67	\$ 2.373.253,19	\$ 28.479.038,25
2011	360	105,237	133,40	1,268	\$ 1.950.166,67	\$ 2.472.067,72	\$ 29.664.812,70
2012	360	109,157	133,40	1,222	\$ 2.086.166,67	\$ 2.549.475,84	\$ 30.593.710,02
2013	360	111,816	133,40	1,193	\$ 2.112.666,67	\$ 2.520.478,78	\$ 30.245.745,32
2014	360	113,983	133,40	1,170	\$ 2.361.000,00	\$ 2.763.202,60	\$ 33.158.431,26
2015	360	118,152	133,40	1,129	\$ 2.730.500,00	\$ 3.082.885,83	\$ 36.994.629,93
2016	360	126,149	133,40	1,057	\$ 2.614.500,00	\$ 2.764.765,91	\$ 33.177.190,90
2017	180	133,400	133,40	1,000	\$ 2.700.941,67	\$ 2.700.941,67	\$ 16.205.650,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2017	\$ 307.756.384,53
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.564.636,54

Teniendo en cuenta dicho IBL se procede a determinar la Tasa de Reemplazo conforme lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el aparte jurisprudencial citado, así:

LIQUIDACION TASA DE REEMPLAZO		
<i>IBL / SMMLV</i>	<i>\$2.564.636,54 / \$737.717</i>	<i>3,48</i>
<i>No. SMMLV*0,5</i>	<i>3,48 * 0,5</i>	<i>1,74</i>
<i>65,5 - 1,74</i>		<i>63,76</i>
<i>Semanas adicionales a 1300 y hasta 1800</i>		<i>500</i>
<i>500 / 50 * 1,5</i>		<i>15</i>
<i>63,76 + 15</i>		<i>T. R. 78,76%</i>

De este modo y contrario a lo referido en primera instancia la TASA DE REEMPLAZO que se debe aplicar al actor es del **78.76%**, igual a la tenuta en cuenta por Colpensiones (ver fl. 24 vto) y no del 80%, pues como se señaló, únicamente se pueden tomar 500 semanas adicionales a las 1300.

Conforme a lo anterior aplicando dicha tasa de reemplazo al IBL obtenido en esta instancia se tiene como valor de primera mesada pensional la suma de \$2.019.907,7 para el 2017, cifra inferior a la otorgada por la pasiva que lo fue de \$2.020.075 (ver fl. 24).

<i>Ingreso Base Liquidación</i>	<i>\$ 2.564.636,54</i>
<i>Porcentaje aplicado</i>	<i>78,76%</i>
<i>Primera mesada</i>	<i>\$ 2.019.907,74</i>

Razón por la cual y al ya haberse dispuesto por COLPENSIONES la reliquidación conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 sin que pueda incrementarse la tasa de reemplazo que por ley le corresponde al actor, no pueden hallar prosperidad los anhelos del actor.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por COLPENSIONES en la alzada así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, 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,

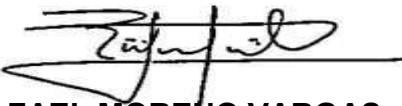
R E S U E L V E

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 **HUMBERTO BAQUERO CESPEDES**.

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 LUZ STELLA CEBALLOS ALZATE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA) trámite al que se vinculó a PROTECCIÓN S.A. (RAD. 22 2018 00711 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PROTECCIÓN, COLPENSIONES y PORVENIR, mediante correos electrónicos del 30 de noviembre, 7 y 9 de diciembre de 2020, respectivamente (folios 320 a 324, 325 a 327 y 333 a 336), 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, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL (SKANDIA) y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de octubre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 312, récord 1:02:38, acta de audiencia folios 313 a 316), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por LUZ STELLA CEBALLOS ALZATE identificada con la cédula de ciudadanía número 30.280.254 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 6 de abril de 1999,

incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. fondo en el que se encuentra afiliada la señora STELLA CEBALLOS ALZATE a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a la cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme quedaron explicados en esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, OLD MUTUAL Y PROTECCIÓN S.A. a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a este fondo, conforme quedó explicado precedentemente,

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas fondos privados a la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente, PORVENIR, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, **CONSÚLTESE** a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales de las demandadas, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar PORVENIR, insiste en que al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le incumbían como administradora en materia de información, conforme los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época, esto es, la documentó de manera necesaria, veraz y suficiente para que tomara una decisión libre y voluntaria.

Recuerda, de conformidad con el ordenamiento vigente para la fecha del tránsito pensional, no existía la obligación de documentar la asesoría de manera distinta al formulario de afiliación, siendo preciso respetar la voluntad de las partes y darle el valor probatorio que merece tal documento en el que consta la voluntad del afiliado y el cual cumple con los requisitos vigentes. No hacerlo, en su criterio, es imponer cargas imposibles a las AFP.

De otro lado, sostiene, dada su condición de consumidora financiera, los demandante tenía el deber de actuar con debida diligencia, lo que supone al menos tener conocimiento suficiente sobre el acto jurídico del traslado que

realizaba, precisando, todos los aspectos en materia pensional se encuentran previstos en la ley y su desconocimiento, al tenor de lo estatuido en el artículo 9 del Código Civil, no sirve de excusa; además, en su sentir, dicha circunstancia tampoco puede ser invocada como pretexto para generar vicios del consentimiento.

Por otra parte, de confirmarse la decisión de primer grado, pide se abstenga la Sala de imponer la devolución de los gastos de administración por cuanto estos, por mandato legal, tienen una destinación específica, aunado al hecho de que cumplieron su cometido en el periodo en el que la demandante mantuvo su vínculo con el RAIS, esto es, se efectuaron las inversiones en la forma que estatuye la ley y no se encuentran en poder de ese fondo de pensiones. Sobre la materia además, considera, una determinación en contrario no se ajusta a los parámetros que gobiernan las restituciones mutuas¹. (Audiencia virtual realizada a través de

¹ “Si su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo frente al el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos.

Señores magistrados, solicito se revoque la sentencia del ad quem en consideración, y como se ha indicado en el presente caso, al momento en que la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, mi representada, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para ese momento.

En ese sentido, la demandante recibió información necesaria, veraz y suficiente para comprender las consecuencias del traslado de régimen pensional. Al respecto, es preciso indicar que el ordenamiento jurídico vigente para la época no exigía documentar la información brindada basada con el formulario de afiliación en que constara la voluntad del afiliado. Es por esto que se está imponiendo a las AFP la obligación de demostrar documentalmente la información brindada, lo cual es imposible, pues solo se cuenta con el formulario de afiliación que era el único soporte que tenía la obligación legal y este cumplió con los presupuestos legales para dicho momento que están establecidos en el artículo 11 del Decreto 692.

Por lo esbozado, es preciso respetar la voluntad de las partes y darle el valor probatorio que merece este formulario de afiliación, pues es la única prueba del cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento que esta asesoría se brindó y la voluntad expresa del afiliado, sumado a que los afiliados son consumidores financieros y por lo tanto, la actora debió actuar con debida diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener el conocimiento suficiente sobre el acto jurídico de traslado que había realizado. No se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran en la ley y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa, de acuerdo con el artículo 9 del Código Civil, pues dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento cuando las consecuencias están plenamente determinadas en la ley.

Es por esto que con este fallo de esta instancia procesal, se está sometiendo a un imposible jurídico a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en la medida en que se pretende que sea demostrado el cumplimiento de formalidades o allegar pruebas que no se encontraban vigentes para dicha data, para el momento de la afiliación.

Ahora bien, señores magistrados, en caso de confirmar el fallo, solicito que no se condene a mi representada a la devolución de gastos destinados a la administración, ello es así porque las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vínculo con el régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal suerte que las sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y ya no se encuentran en poder de mi representada, pues fueron destinados a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de individual de la demandante.

la plataforma Microsoft Teams, CD folio 312, récord 1:04:26, acta de audiencia folios 313 a 316).

A su turno, PROTECCIÓN alega, dio cabal cumplimiento a los requisitos y obligaciones a los que se refieren los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede ser condenada. Además, puntualiza, en virtud del artículo 244 del C.G.P. el formulario de afiliación es un documento al que no se le puede restar valor probatorio pues era el requisito principal de la época en tanto la asesoría se brindaba de manera verbal.

Memora, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen por cuanto está a menos de 10 años de pensionarse, normativa que, recuerda, fue sometida a control de constitucionalidad y respecto de la cual se declaró, dice, que *“respecto a estas ineficacias y nulidades prima el interés general sobre el particular”*.

Sostiene, la señora CEBALLOS ALZATE incumplió su obligación como consumidora financiera de *“cerciorarse si la entidad con la cual estaba contratando se encontraba autorizada para prestar dichos servicios, si la información sobre los productos era verídica”*; adicionalmente, tampoco revisó los términos del traslado y de la ficha técnica que le fue entregada.

Con relación a las costas procesales, apunta, no se mencionó a lo largo de la demanda que haya faltado a su deber de asesoría por cuanto no participó en el traslado inicial con el que se produjo el cambio de régimen, sumado al hecho de que fue vinculada al proceso en calidad de litis consorte.

Respecto a la condena por la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, arguye, durante el tiempo que perduró la afiliación de la actora en ese fondo de pensiones se generaron rendimientos que fueron administrados con

No tiene sentido y no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de una nulidad o la ineficacia de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso, unas sumas depositadas a una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener dicho bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar. Es claro que estas sumas destinadas a gastos e administración ya se agotaron o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo.

Por lo anterior, con esos argumentos les solicito respetuosamente, señores magistrados, revocar esta decisión. Muchas Gracias.”

el mayor cuidado y diligencia, no siendo posible su restitución a la luz del artículo 1746 del C.C. en razón a su gestión² (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 312, récord 1:07:59, acta de audiencia folios 313 a 316).

Por su parte OLD MUTUAL alude, no existió vicio alguno en el consentimiento de la demandante y menos aún una falta al deber de información al momento de la

² “Gracias señora juez, me permito respetuosamente interponer recurso de apelación por parte de PROTECCIÓN en los siguientes términos.

Manifiesta el despacho que PROTECCIÓN no probó la asesoría realizada, pero es importante mencionar que en virtud del artículo 244 del Código General del Proceso, el formulario de vinculación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio pues la relación que se genera se realizaba de manera verbal y era el requisito principal que para la época se tenía, el cual era regulado en la ley por el artículo 13 y 114 de la ley 100 de 1993 que autorizaba en dichos artículos el traslado y como se debía generar. Estos requisitos y estas obligaciones se cumplieron por parte de mi poderdante con la ley y por esto no podrá ser condenada.

Adicionalmente, recordemos la prohibición legal en la cual se encuentra inmerso el demandante establecida en el artículo segundo de la ley 797 de 2003, en la cual se menciona la imposibilidad del traslado cuando se trata de persona que se encuentra a menos de 10 años de pensionarse. Dicha normatividad, recordemos, que fue sometida a un control previo constitucional en el cual se declaró que en los aspectos respecto a estas ineficacias y nulidades prima el interés general sobre el particular.

Así mismo, vemos que la demandante a pesar de haber contado con cuatro asesorías posterior a la vinculación, pues estuvo precedida de la información suficiente, clara y oportuna por parte de esta administradora de fondos de pensiones para tomar la decisión de permanecer y posteriormente de trasladarse y fue la demandante la que incumplió con su obligación como consumidora financiera de cerciorarse si la entidad con la cual estaba contratando se encontraba autorizada para prestar dichos servicios, si la información sobre los productos era verídica, pues tal como se mencionó, sí lo era. Adicionalmente, no se observaron que haya tenido especial cuidado con observar las instrucciones y recomendaciones respecto a lo que realizaba la entidad y tampoco revisó estos términos en cuanto se le trasladó a ella la ficha técnica en la cual tenía claramente expuesto antes del cumplimiento de los 52 años las modalidades de pensión, cómo lo podía realizar a pesar de que ya no estaba vinculada a PROTECCIÓN pero sí estaba vinculada al fondo de pensiones voluntarias toda vez que es importante mencionar que si bien no continuó afiliada a PROTECCIÓN, sí continuó al fondo de pensiones voluntarias teniendo un conocimiento amplio al respecto y fue PROTECCIÓN el que cumplió con su deber, igual si no estuviera vinculada, con brindar esas fichas técnicas en la cual establecía características del RAIS, como lo mencioné anteriormente, situaciones y pruebas que encuentran en el expediente.

Respecto a la otra condena al fondo de pensiones a la condena de costas procesales, es importante mencionar que esta administradora de fondos de pensiones fue vinculada al proceso como Litis consorcio, en ningún momento se menciona en el acápite de la demanda que haya faltado a la asesoría precisa, oportuna y suficiente, ya que fue porque se trasladó a esta pero no fue el traslado inicial que realizó para trasladarse de régimen.

Respecto a la condena de gastos de administración y seguros previsionales, es importante mencionar que durante todo el tiempo que la demandante permaneció en esta administradora de fondos de pensiones, se generaron unos rendimientos y se generó unos dineros los cuales fueron depositados con el mayor cuidado y fueron cuidados con la mayor diligencia, tanto así que las inversiones que se realizaron fueron tendientes a guardar y a proteger la inversión que se estaba realizando o el ahorro que estaba realizando la demandante, y por esta gestión se tuvo unos cobros pues le corresponden, como anteriormente lo mencioné, a esta administradora de fondos de pensiones durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada en esta según el artículo 1746 del Código Civil colombiano, en el cual establece que esas restituciones se deben establecer porque existieron unos frutos que debe conservar esta administradora por haber realizado dichas gestiones, de otra forma, estaría la demandante incurso en un enriquecimiento sin justa causa.

En los términos anteriormente descrito, señora juez, solicito al Honorable Tribunal de este Distrito Judicial revocar la sentencia acabada de proferir. Muchas gracias.”

afiliación al RAIS, advirtiéndolo, quien convoca la acción, conocía las características básicas de este régimen y hacía uso de los productos dispuestos en él, como las pensiones voluntarias.

En lo que respecta a los gastos de administración, estima, su devolución correspondería a un enriquecimiento “ilícito” de COLPENSIONES pues dichos emolumentos ya fueron gastados y no por un capricho de la AFP sino por el cumplimiento de normas legales que autorizan a estas sociedades a destinar una parte de la cotización al cubrimiento de seguro previsional y la generación de rendimientos³. (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 312, récord 1:12:28, acta de audiencia folios 313 a 316).

Finalmente COLPENSIONES, solicita se revoque en su integridad la sentencia apelada y, en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Ello con sustento en que, a su juicio, la jurisprudencia estuvo mal aplicada en el caso concreto, ello bajo el entendido que la demandante “no reputa la falta al deber de información” pues su inconformidad versa sobre el valor de la mesada pensional, precisando, la actora ha disfrutado de los beneficios de pertenecer al régimen de ahorro individual a través de sus aportes voluntarios con los cuales ha obtenido diferentes bienes y servicios.

³ “Muchas gracias señoría, me permito formular recurso de apelación en contra de la providencia previamente dictada teniendo que, como fue expuesto previamente, no existió un vicio en el consentimiento o una falta al deber de información al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual de la señora LUZ STELLA CEBALLOS, debido a que esta conocía el funcionamiento del RAIS, conocía características básicas de este y además hacía uso de productos tales como las pensiones voluntarias entendiendo que esto hace parte de, digamos, algo más grande como el régimen de ahorro individual.

Adicionalmente a esto, respecto a la condena en gastos de administración, me permito manifestar le al despacho que para este apoderado se trata de un enriquecimiento ilícito por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES atendiendo a que, en primer lugar, dichos emolumentos ya fueron gastados y este gasto corresponde no a un capricho de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, sino a darle cumplimiento a unas disposiciones normativas que rodean o que han rodeado el traslado de regímenes pensionales y el funcionamiento del RAIS.

En este sentido, atendiendo a que el artículo 20 de la ley 100 de 1993 establece los procedimientos o establece la obligación por parte de las administradoras de fondos de pensiones de destinar una parte de la cotización para el cubrimiento del seguro previsional y otra parte para la generación de rendimientos, es claro que dichos ya se gastaron y ante la apariencia de un negocio que viene cobijado bajo la buena fe, mi representada no debería entrar a responder por unos gastos que además le están generando unos rendimientos a la cuenta de ahorro de la señora LUZ STELLA de los cuales la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, pues, se va a ver favorecida.

En los anteriores términos dejo sentado mi recurso de apelación para que el Honorable Tribunal de la ciudad de Bogotá, revoque la decisión previamente dictada por el despacho. Muchas gracias.”

De otro lado, asevera, exigir requisitos que para la época no exigían “carece de toda regla jurídica” y la aplicación de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en autos, no tiene un “paralelo significativo”.

Advierte, el término para el traslado al que se refiere el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es caprichoso y busca salvaguardar la estabilidad financiera del sistema⁴ (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 312, récord 1:14:34, acta de audiencia folios 313 a 316).

⁴ “Su señoría gracias, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir y en tal sentido le solicito a los Honorables Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral la revoque en su integridad por las siguientes razones:

Las razones principales por la cuales interpongo su decisión, la decisión del Juzgado 22, es a juicio de este apoderado judicial, la jurisprudencia acerca de la nulidad de traslado estuvo mal aplicada en el caso concreto en el entendido de que el aquí demandante reputa la falta al deber de información, es su inconformidad con el valor de la mesada pensional. Más allá de que no se haya podido probar que para la época se hubiera brindado la información debida toda vez que para la época del traslado, el régimen general de pensiones era un régimen incipiente, hasta ahora estaba saltando a la vida jurídica por haber sido hija de la ley 100 de 1993, pues carecía de requisitos fundamentales que se fueron reglamentando en el tiempo.

En este sentido, exigir requisitos que para la época no existían, no solamente es a temporal sino que carece de toda regla jurídica, más aun cuando se le aplica un criterio jurisprudencial de los últimos 10 años de tal forma que la aquí demandante reputa como falta al deber de información no como su principal inconformidad con el régimen de ahorro individual con solidaridad la liquidación de su mesada pensional aun cuando para la época disfrutaba de muchas de las garantías y de los beneficios que otorga el régimen de ahorro individual con solidaridad; no solamente puede disfrutar de una pensión al momento de cumplir con los requisitos, sino que ha comprado casa, le ha pagado el estudio a sus hijos, ha viajado y esos beneficios solamente los trae el régimen de ahorro individual con solidaridad al haber hecho ella aportes voluntarios y haber ganado rendimientos financieros sobre esos dineros que ella iba ahorrando, es decir, conocía cómo funcionaba este régimen.

De tal forma, su señoría, que esta aplicación jurisprudencial carece de todo paralelo significativo respecto a las especiales casos que señala la Corte Suprema de Justicia en su pacífica y reiterada jurisprudencia en los procesos de nulidad del traslado, de tal forma, también la aquí el a quo ha señalado el término del artículo 2 de la ley 797 del 2003 como término prescriptivo, a juicio de este apoderado judicial ese no es un término prescriptivo toda vez que este término creado por la ley no nació a la vida jurídica al azar, no fue imaginado al azar, es un término que se creó para salvaguardar la seguridad financiera de todos los fondos privados, es decir, no es un término mediante el cual simplemente se prohíba iniciar una acción legal a x edad, sino que se creó especialmente para salvaguardar el principio de solidaridad del régimen de prima media con prestación definida, más aún, para personas que habían o han cotizado más de 10 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir, sus cotizaciones no sirvieron para financiar la pensión de nadie, en ese sentido, no cumple el principio de solidaridad que rige el régimen de prima media con prestación definida.

Este punto no ha sido abordado por la jurisprudencia aun y en ese sentido, le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se analice en profundidad a fin de conceder de que este apoderado judicial tenga o no razón pero que por lo menos se analice ese punto respecto a ese término de los 10 años que señala el artículo 2 de la ley 797 de 2003 para que no se entienda como un término prescriptivo, sino como un término de carácter legal que protege principios fundamentales del régimen general de pensiones.

En este sentido dejo expuesto mi recurso. Muchas gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ STELLA CEBALLOS ALZATE en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 36 a 37) las cuales encuentran fundamento en los hechos y omisiones expuestos en el acápite respectivo (folios 37 a 41), aspirando se declare la nulidad absoluta y/o ineficacia del acto de afiliación ilegalmente registrado por medio del cual se trasladó “*mediante error y sin conocimiento*” del régimen de prima media con prestación definida que administraba el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES) al régimen de ahorro individual con solidaridad que administraba la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., atendiendo el error bajo el cual se suscribió la misma. En consecuencia, se declare para todos los efectos que nunca estuvo afiliada al RAIS y, por el contrario, se encuentra afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES disponiendo que esta última acepte su traslado. Además, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado de la cotizante. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A. ordenando a OLD MUTUAL como actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante, trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos con motivo de su afiliación por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones y cualquier otro emolumento que se hubiere descontado. De igual forma, dispuso que PROTECCIÓN y PORVENIR retornaran los gastos de administración recibidos mientras estuvo vigente la afiliación de la actora en esos fondos. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado que la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de

información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, en los términos que han quedado analizados por la Corte Suprema de Justicia.

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 2002⁵.

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 30 de mayo de 1962 (folio 2) por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de octubre de 2018 (folios 17 a 20) y a PORVENIR el 25 de septiembre de 2018 (folio 15), 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 1994⁶-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 304,14 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con el expediente administrativo CD folio 110) equivalentes a 5,9 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.

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

⁶ Según lo confesado en el interrogatorio de parte laboraba para el Hospital Militar, esto es, era empleada pública por ser este un establecimiento público del orden nacional.

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 6 de abril de 1994 (folios 3 y 225) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁷.

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

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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 en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar en abril de 1999 a la empresa donde laboraba se acercó un asesor de PORVENIR, quien les indicó que el ISS se iba a acabar por lo que debía generarse el cambio de fondo, además, le señaló que tendría beneficios como una pensión más alta y a una menor edad, pero no se le ilustró nada más. Adicionalmente precisó que firmó el formulario pero no lo leyó.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, 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.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 270 a 289, 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.

⁹ CD folio 312, récord 12:123, acta folios 313 a 316

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (6 de abril de 1994, folio 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, 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 varios traslados entre AFP (folios 225) 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 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.

Al punto, refirió esa Corporación, en sentencia SL-2877 de 2020:

*“Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció 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» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).” (Negrilla y subrayas de la Sala).*

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 (folios 87 a 95), del saldo existente en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos 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 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 los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la 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, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

“(…)

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (folio 138), 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

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 13 de enero de 2020 (folio 238).

derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que en el asunto no procede el fenómeno prescriptivo, frente a la pretensión principal, esto es, la ineficacia del traslado, las consecuencias de allí derivadas corren esta misma suerte de imprescriptibilidad.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

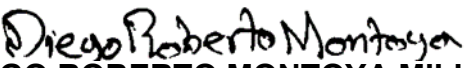
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) 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**

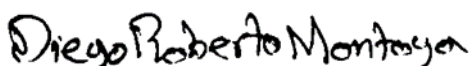
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA EUGENIA AHUMADA BELTRÁN CONTRA COLPENSIONES, LA AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN S.A. (RAD. 22 2019 00089 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al doctor JOHN JAIRO RODRIGUEZ BERNAL, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 1.070.967.487 y T.P. No. 325.589 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderado 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 Colpensiones y Porvenir (fls. 240, 241 y 248 a 252), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de septiembre del 2020 (Cd. Audiencia virtual fl. 233, audio 2, record: 12:29), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por **MARÍA EUGENIA AHUMADA BELTRÁN**, identificada con la cedula de ciudadanía número 35.457.746 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 22 de agosto de 1996, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, fondo en el que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a la cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme quedaron explicados en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, a remitir a **COLPENSIONES** los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a este fondo, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, y se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000 a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de **COLPENSIONES**, **CONSULTESE** a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandas presentaron recursos de apelación así:

PORVENIR, expresó frente a la ineficacia del traslado haberse probado con el formulario de afiliación, que la parte actora hizo un traslado voluntario, teniendo en cuenta el momento histórico en que se realizó, esto es para el 22 de agosto del año 1996 el cual asegura se llevó a cabo y se cumplió con toda la información debida y necesaria de manera clara, libre y consciente por parte de la actora, aunado a que el único documento válido para probar dicho traslado es el respectivo formulario de afiliación, conforme al principio de legalidad y del debido proceso.

En cuanto al traslado de los gastos de administración, solicita se absuelva a PORVENIR toda vez que la parte actora se retiró de la AFP el 30 de noviembre del año 2002 y todos los dineros ahorrados con sus respectivos rendimientos fueron trasladados al fondo actual de la demandante, esto es PROTECCIÓN S.A., por lo que a la fecha no se tienen esos dineros, precisando tales gastos se encuentran establecidos por mandato legal en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, en la cual está totalmente claro que son dineros que se debían cobrar por la norma legal y que conllevaron al incremento de los rendimientos de los dineros de la actora que adicionalmente, como ya lo manifestó fueron trasladados a PROTECCIÓN, advirtiendo tales sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma que lo exige la ley, considerando no tiene sentido y no corresponde a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que en el presente caso de nulidad o ineficacia del traslado la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso las sumas de dinero, igualmente deba devolver la sumas que invirtió para mantener ese bien, no siendo jurídicamente procedente la devolución de los gastos de administración. (Cd. fl. 233 Audiencia virtual, record: 14:07)¹

¹ “Estando dentro de la oportunidad procesal señora juez, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser dictada por el presente despacho, y el objeto del presente recurso es que se revoque parcialmente la sentencia dictada y apelada por PORVENIR S.A., en cuanto a los numerales 1 y 3 de la citada sentencia, lo anterior teniendo en cuenta, respecto al numeral primero, la ineficacia del traslado de régimen dentro del proceso, se logró probar en primer lugar con la documental aportada, esto es el formulario de afiliación, que la parte actora se le hizo un traslado voluntario, tal como también lo confesó, y además de ello fue libre y voluntario teniendo en cuenta el momento histórico en que se realizó, esto es para el 22 de agosto del año 96 el cual se llevó a cabo y se cumplió con toda la información debida y necesaria de manera clara, libre y consciente por parte de la actora, y adicionalmente a ello, teniendo en cuenta que el único documento válido para probar dicho traslado el respectivo formulario de afiliación, como apego al principio de legalidad y del debido proceso. Así mismo, aportar documentación adicional no era necesario.

Así mismo, solicito al Honorable Tribunal que al momento de resolver el presente recurso tenga en cuenta el interrogatorio rendido por la parte actora donde confesó el tiempo de duración de la respectiva asesoría de 1 hora que recibió, y que con ella consintió su traslado y, más allá que tenía totalmente claro que la pensión en el régimen de ahorro individual donde se encuentra actualmente afiliada, la pensión se da con la totalidad de lo ahorrado, esto lo confesó la parte actora de manera clara e inequívoca.

En cuanto al traslado de los gastos de administración ordenado en el numeral tercero del presente fallo, solicito de también manera respetuosa al Honorable Tribunal, que absuelva a PORVENIR toda vez que como se demostró dentro del proceso de la referencia, con el certificado de egresado la parte actora se retiró de la AFP PORVENIR el 30 de noviembre del año 2002 y todos los dineros ahorrados con sus respectivos rendimientos fueron trasladados al fondo actual de la demandante, esto es PROTECCIÓN S.A. En ese orden de ideas, a la fecha no se tienen dineros de la parte actora.

En cuanto a los gastos de administración, tenemos que estos son unos dineros que están previamente establecidos por mandato legal en la ley 100 del 93 en su artículo 20, en la cual está totalmente claro que son dineros que se debían cobrar por la norma legal y que estos conllevaron al incremento de los rendimientos de los dineros de la actora que adicionalmente, ya fueron trasladados a PROTECCIÓN de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma que lo exige la ley y no se encuentra en poder ya de la demandada y no tiene sentido y no corresponde a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas,

PROTECCIÓN apela lo relativo a la condena del traslado a Colpensiones de los gastos de administración, indicando estos son descuentos autorizados por la ley 100 de 1993 artículo 20 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, mencionado descuento que se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media, señalando que con el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias de más del 100%, lo que da cuenta de que los mismos fueron debidamente administrados por su representada.

Indica que con la condena de primera instancia se estaría constituyendo en un enriquecimientos sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos a la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor, y no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES.

Advierte que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias: el contrato de afiliación nunca existió, las AFP no debieron administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y no existió el cobro de una comisión de administración. Sin embargo aduce, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1746 aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el

que en el presente caso de nulidad o ineficacia del traslado la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso las sumas de dinero, igualmente deba devolver la sumas que invirtió para mantener ese bien, no siendo jurídicamente procedente la devolución de los gastos de administración ya utilizados, debidamente invertidos, así como lo ha manifestado la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 15 de enero del año 2020. Adicionalmente, habiendo una normatividad ya establecida que gobierna estos traslados como lo ha manifestado la Superintendencia, esto es el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, no es dable que se aparte de la norma que ya está establecida para ello.

En ese orden de ideas, respetuosamente dejo sentado mi recurso de apelación y solicito muy respetuosamente al despacho sea concedido, y al Honorable Tribunal acceda a él y absuelva a mi representada de las condenas impuestas.”

bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras producto de la buena gestión de los fondos privados, por lo que la cuenta de ahorro individual produjo rendimientos y por eso tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la demandante.

Frente a la prima de seguro previsional, señala esta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive, expresa la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de la demandante y por ende está imposibilidad para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con un contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN. (Cd. fl. 233 Audiencia virtual, record: 19:10)²

² “Gracias su señoría, señora juez, me permito sustentar el recurso de apelación y le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, que se revoque la sentencia que se acaba de proferir solo en lo relativo a condenar a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración por el tiempo que la señora MARÍA EUGENIA AHUMADA BELTRÁN se ha encontrado afiliada a mi representada en los siguientes argumentos.

La comisión de administración o los gastos de administración, son descuentos autorizados por la ley 100 de 1993 artículo 20 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones. El mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias de más del 100%, lo que da cuenta de que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada.

Con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a mi representada devolver el dinero de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados, y adicionalmente, lo descontado por gastos de administración o por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimientos sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y adicionalmente, ya se le están trasladando los rendimientos a la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor, y no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES.

Ahora, el artículo 1746 del código civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria, de ineficacia y esta misma pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en estarían si no hubiese existido el acto o contrato ineficaz sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto a 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 las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias útiles, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena fe o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto el siguiente artículo.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias: el contrato de afiliación nunca existió, las AFP no debieron administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y no existió el cobro de una comisión de administración. Sin embargo, el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses y frutos del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la

COLPENSIONES señala que la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 del 2003, precisando el régimen de prima media es un régimen solidario donde las personas que cotizan hoy, pagan la pensión de las demás personas, por lo que manifiesta que ese régimen solidario para aquellos que no han cotizado dentro de los últimos 10 años en el RPM requiere una sostenibilidad financiera la cual no está cumpliendo la demandante ya que no cotizó a COLPENSIONES en los últimos 15 a 20 años, situación que no ha ayudado a financiar las pensiones de los que se pensionaron en todo este tiempo.

Advierte que COLPENSIONES no podrá responder por negocios jurídicos celebrados por terceros, en este caso PROTECCIÓN, PORVENIR y la demandante, toda vez que no le consta ni estuvo dentro de esta relación comercial suscitada entre las tales partes, por lo que considera la entidad está siendo gravemente afectada como administrador del patrimonio del régimen de prima media con prestación definida y en tal sentido asegura se estaría afectando también derechos pensionales de personas que hacen parte del régimen de prima media con prestación definida y que han cotizado durante toda su vida laboral y que han cumplido con este principio de solidaridad que rige el régimen público de

ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras. Así las cosas, producto de la buena gestión de los fondos privados, la cuenta de ahorro individual produjo rendimientos y por eso tiene derecho mi representada a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la demandante, tal y como queda demostrado dentro del certificado de rendimientos que obra en el expediente.

También se debe tener en cuenta que frente a la prima de seguro previsional, se debe manifestar que esta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de la demandante y mi representante está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con un contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN.”

De igual manera, frente a la condena del juzgado de instancia que ordena a mi representada trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración de PROTECCIÓN S.A., se le solicita al Tribunal se revoque esta orden toda vez que son comisiones que, vuelve se reitera, que ni siquiera entraron al patrimonio de mi representada, lo que se constituye en una condena en perjuicios que no fueron probados por la parte demandante ya que en este tema de responsabilidad civil, los fondos privados no tiene invertida la carga de la prueba y así mismo no se está vulnerando el principio de congruencia, porque en la fijación del litigio no quedó establecido que el debate probatorio se iba a centrar en establecer si había lugar a la condena de trasladar los gastos de administración del fondo privado.

De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando respetuosamente que se revoque la sentencia que se acaba de proferir y se absuelva a mi representada de trasladar a COLPENSIONES el valor de la comisión de administración por el tiempo que ella lleva afiliada con mi representada y pues claramente la prima de seguro previsional y solamente sea ordenado el traslado de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima. Muchas gracias su señoría.”

pensiones, solicitando se revoque la sentencia y se absuelva de todas las pretensiones. (Cd. fl. 233 Audiencia virtual, record: 26:04)³

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

³ “Su señoría gracias, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir para solicitar a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral la revoque en su integridad por las siguientes razones:

En primera medida, existe un precedente legal rige al régimen de prima media y al sistema general de pensiones. Este precedente legal no ha sido sancionado por capricho, el término prescriptivo del que habla la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 en el cual se encuentra incurso el demandante tiene una razón de ser y la razón de ser es la descapitalización del sistema pensional. Todos sabemos que el régimen de prima media es un régimen realmente solidario donde las personas que cotizan hoy, pagan la pensión de las personas que se pensionan el día de hoy. Este régimen solidario, para personas que no han cotizado dentro de los últimos 10 años régimen de prima media con prestación definida, requiere una sostenibilidad financiera la cual no está cumpliendo la demandante toda vez que no cumple el principio de solidaridad que rige el régimen de prima media con prestación definida ya que no cotiza al seguro social o al COLPENSIONES en los últimos 15 a 20 años. En tal sentido, ella no ha ayudado a financiar las pensiones de las personas que se pensionaron en todo este tiempo y entonces ese círculo se rompe con este proceso de nulidad de traslado, lo cual estaría afectando entonces el correcto funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida. Por tal razón, esa prohibición legal no tiene un carácter de fenómeno prescriptivo o de generación prescriptiva, sino tiene un carácter de sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida ya que para eso fue inventado este término, eso en primera medida.

En segunda medida, respecto a la conclusión probatoria a la que hemos llegado, se tiene que el aquí demandante realmente quiere volver al régimen de prima media con prestación definida para aumentar el valor de su mesada pensional y en eso endilga la falta de deber de información por parte de las AFP privadas, situación a la que le da la razón la jueza de instancia y sobre eso es que emana su fallo, respecto al precedente jurisprudencial precitado ya ampliamente conocido por los Magistrados del Tribunal Superior. En tal caso no se puede endilgar la falta de información al descontento de la demandante con el valor de sus mesada pensional toda vez que yerro no se hubiera podido subsanar al momento del momento del traslado, toda vez que para esa época era imposible saber si en el régimen de prima media o en el régimen de ahorro individual una mejor mesada pensional toda vez que esto difiere de diferentes variables que son cambiantes como son las semanas de cotización, el ingreso base de cotización, la edad del pensionado etc.

En tal sentido, se rompe entonces este nexo entre el supuesto fáctico propuesto por la demandante y el precedente jurisprudencial precitado por la sentencia de instancia. En tal sentido, encuadrar esto en una sentencia donde se declara la nulidad e ineficacia para este apoderado carece de sustento y carece de total relevancia o razón y por tal razón, no debió haberse suscitado entonces la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado.

En tal sentido, recogiendo todos estos argumentos, COLPENSIONES no podrá responder por negocios jurídicos celebrados por terceros, en este caso PROTECCIÓN, PORVENIR y la demandante, toda vez que COLPENSIONES no le consta ni estuvo dentro de esta relación comercial suscitada entre las partes anteriormente señaladas. Por esto y por todos los argumentos que he señalado anteriormente, COLPENSIONES con este proceso está siendo gravemente afectada como administrador del patrimonio del régimen de prima media con prestación definida y en tal sentido se estaría afectando también derechos pensionales de personas que hacen parte del régimen de prima media con prestación definida y que han cotizado durante toda su vida laboral y que han cumplido con este principio de solidaridad que rige el régimen público de pensiones.

Por estas razones le solicito a los honorables magistrados que revoquen la sentencia y absuelvan a COLPENSIONES de todas las pretensiones que se han incoado en su contra suya. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA EUGENIA AHUMADA BELTRÁN en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 24 a 26, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 22 a 24 del expediente digital, aspirando de manera principal se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS, ordenando trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en Protección, declarando igualmente que es beneficiaria del régimen de transición y por ende acreedora de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 (esta pretensión fue excluida en la etapa de la fijación del litigio ver acta fl. 234), derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente 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 ni las consecuencias del traslado de cara al régimen de transición del cual es beneficiaria la demandante dada la edad que tenía para el 1° de abril de 1994, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP PROTECCIÓN (actual administradora de régimen) a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con todos sus rendimientos y gastos de administración, igualmente ordenó a Porvenir a la devolución de esos 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 falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

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

En ese orden, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 3 del expediente se tiene que la actora nació el 8 de octubre de 1958, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, contaba con 35 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 PORVENIR el 22 de agosto de 1996 (fls. 157 y 225) y que para el 1° de abril de 1994 la actora contaba con 8 años, 6 meses y 26 días de servicio (440.86 semanas fl. 155 vto HISTORIA LABORAL OBP), 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, contrario a lo referido por COLPENSIONES en su

posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ “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,

apelación resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional con base en la 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 integra 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.

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.”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En 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 en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, destacándose con las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del juicio⁷, 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 con Porvenir 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 PORVENIR el 22 de agosto de 1996 (fol. 225), 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 MARIA EUGENIA AHUMADA BELTRAN, 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 2019⁸.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 174 y 175, 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.

⁷ Cd. fl. 233 Audiencia virtual, record: 12:24

⁸ “(...) (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 (Historial Vinculaciones SIAFF folio 157) 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 omitió en el momento del traslado de régimen (22 de agosto de 1996 fl. 225), 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 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.

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

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

Asimismo, 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, es menester 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas

en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

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

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

Igualmente y en consideración a los reparos efectuados por el apoderado de PROTECCIÓN en su recurso frente al cumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 1746 del C.C., también debe indicarse que la restitución debe ser plena y retroactiva dada la eliminación de los efectos de un acto contrario a derecho. En ese sentido lo sostuvo la Corte Suprema al indicar (SL 2877 de 2020):

“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien además se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fls. 122 y 123⁹), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado

⁹ Por auto del 24 de agosto del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 232)

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.

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

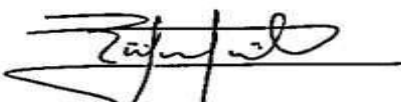
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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 THOMAS ALBERTO DISANTO MOLINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 22 2019 00519 01).

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

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 7 de diciembre de 2020 (folio 101).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones (fls. 106 y 107), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, de la sentencia proferida

por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 9 de octubre de 2020 (Cd a folio 86, record: 21:13, acta a folio 87), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor THOMAS ALBERTO DISANTO MOLINA identificado con la cedula de ciudadanía No.19.347.313 tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme a la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del año 2003 a partir del 15 de enero del año 2019 en cuantía de \$8.212.722 y trece mesadas pensionales conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a pagar a favor del demandante el retroactivo causado desde el 15 de enero del 2019 y las diferencias de las mesadas reconocidas y las aquí calculadas teniendo en cuenta las siguientes cuantías:

- a) Para el año 2019 la primera mesada sería de \$8.207.722.
- b) Para el año 2020 de \$8.519.615.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la parte actora los intereses moratorios causados desde el 17 de mayo del 2019 sobre la totalidad de las mesadas causadas desde el 15 de enero del 2019 y hasta el 28 de febrero del 2019 y a partir de allí únicamente respecto de las diferencias generadas entre el valor pagado y el aquí reconocido hasta el momento en que se realice el pago efectivo conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: AUTORIZAR a Colpensiones a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes para salud conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a Colpensiones se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente por secretaria efectúese la respectiva liquidación en el momento oportuno.

SEPTIMO: En Caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones **CONSULTESE** a su favor ante el Honorable Tribunal superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación en lo relacionado con el IBL y la tasa de reemplazo dispuesta por la Juez de primera instancia, indicando que al realizar el recuento de las cotizaciones de los diez últimos años durante el periodo comprendido entre el 01 de enero del 2009 hasta el 30 de diciembre del 2018 para establecer el IBL arroja un valor de \$11.265.308,25 y en lo que tiene que ver con la tasa de remplazo señala que el demandante cotizó 825 semanas adicionales y por lo tanto teniendo en cuenta el incremento por dichas semanas adicionales, la tasa de reemplazo que debe arrojar es del 80% razón por la cual el valor de la mesada pensional debe ser de \$9.012.247, solicitando se revise la liquidación efectuada en primer grado.¹ (Cd. fl. 86, record: 23:34).

¹ “Gracias señora juez frente a la decisión que usted acaba de tomar me permito interponer recurso de apelación de manera parcial únicamente con lo que tiene que ver con el IBL y la tasa de remplazo lo anterior

Colpensiones, por su parte manifiesta en la alzada se debe revocar el fallo de primera instancia en primer lugar porque es una entidad pública la cual se rige exclusivamente de los preceptos legales que así se le imponen, por lo que los actos administrativos que se emiten están precedidos de validez y de buena fe ya que están regidos por la norma, manifestando que se le reconoció al actor una pensión en cuantía de \$7.876.750 aplicando una tasa de reemplazo del 74,09% a diferencia de la obtenida por la Juez *a quo*, solicitando revisarse tal liquidación.

En cuanto a los intereses moratorios, expresa su procedencia únicamente cuando hay atrasos en las mesadas pensionales por lo que en su sentir no resultan procedentes para el caso de autos, ya que el actor pido la pensión en enero del 2019 y la misma fue resuelta en marzo de ese año por lo que no transcurrieron ni tan siquiera los 4 meses a los que hace referencia la *a quo*². (Cd. fl. 86, record: 26:27).

teniendo en cuenta que se tiene como última cotización el 30 de diciembre del 2018 y al realizar el recuento de las cotizaciones de los diez últimos años durante el periodo comprendido entre el 01 de enero del 2009 hasta el 30 de diciembre del 2018 para establecer el IBL en este periodo o interregno de tiempo es que se completan los diez años de cotización anteriores a la fecha de causación y cuyo IBL arroja un valor de \$11.265.308,25. Ahora bien lo que tiene que ver con la tasa de reemplazo teniendo en cuenta la norma y en principio las semanas cotizadas por mi mandante que son un total de 2125,29 semanas tenemos una diferencia en la cotización de las semanas adicionales que corresponden a 825 adicionales y por lo tanto teniendo en cuenta el 1.25% por cada semanas adicionales empezando desde el 58,70% de la tasa de reemplazo nos arroja un total por el número de semanas adicionales cotizadas del 80% razón por la cual al IBL aplicarle una tasa de reemplazo del 80% nos arroja un valor de mesada pensional de \$ 9.012.247, razón por la cual le solicito a los honorables magistrados que eventualmente conozcan de este presente recurso, que revisen la liquidación toda vez que encuentran unas diferencias en los aspectos puntuales que acabamos de hacer y se revoque en este sentido la sentencia por el Ad Quo. En estos términos dejo sustentado mi recurso, muchas gracias.”

² “Si su señoría respetuosamente y encontrándome dentro del momento procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral lo sustentare de la siguiente forma:

En primer lugar solicitándole muy respetuosamente señores magistrados revocar la sentencia proferida por Ad quo si a bien se tiene en cuenta que en primer lugar pues señores magistrados mi representada es una entidad pública la cual se rige exclusivamente de los preceptos legales que así se le imponen de esta forma téngase en cuenta que todos los actos administrativos que se emiten (...) de validez y de buena fe ya que están regidos por la norma.

De otra parte solicito muy respetuosamente que se tenga en cuenta que mediante la resolución 39176 del 14 de febrero del 2019 Colpensiones reconoció una pensión de vejez en cuantía de \$7.876.750 a partir del 01 de marzo del 2019 a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 74,09% a diferencia que hace el fallador de primera instancia el cual le aplica una tasa de reemplazo de 76,09% (sic) de esta forma señores magistrados solicito muy respetuosamente se estudie de manera minuciosa la liquidación proferida por el fallador de instancia.

En cuanto los intereses moratorios me permito manifestar que si bien es cierto tal como lo contempla la norma, como lo contempla los principios jurisprudenciales pues si bien es cierto los intereses contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 solamente proceden cuando se emite el acto administrativo que reconoció la pensión y hay atrasos en las mesadas pensionales de esta misma forma téngase en cuenta que frente a lo manifestado por el despacho y apartándome de la postura del mismo que hace referencia en que proceden los intereses moratorios cuando se hace la solicitud y no se resuelven en los cuatro meses subsiguientes pues ahí se tiene a discusión de gracia, téngase en cuenta que el demandante realizo la solicitud el 01 de enero del 2019 y la misma fue resuelta el 01 de marzo del 2019 por lo cual ni siquiera transcurrieron

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 THOMAS ALBERTO DISANTO MOLINA las pretensiones relacionadas a folios 52 a 54, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 54 a 56; solicitando principalmente se declare que la pensión de vejez debe ser reconocida a partir del 15 de enero del 2019 fecha para la cual contaba con 62 años de edad, en consecuencia de condene a su reconocimiento con una mesada pensional \$9.012.247, aplicando una tasa de reemplazo del 80%, junto con el retroactivo por mesadas y diferencias de mesadas pensionales adeudadas debidamente indexadas, igualmente solicita el pago de los intereses moratorios, agencias en derecho, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable** a sus aspiraciones por cuanto si bien se condenó a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 15 de enero del 2019, esto es, desde el cumplimiento de la edad exigida por la Ley 100 de 1993, dispuso como valor de mesada pensional para ese año la suma de \$8.207.722 (inferior a la solicitada) ordenando el pago del retroactivo desde ese día y hasta el pago efectivo por parte de Colpensiones, así mismo ordeno el pago de los intereses moratorios a partir del 17 de mayo del 2019, todo lo anterior tras considerar que una vez efectuadas las operaciones aritméticas aplicando una tasa del 73,28% se obtuvo una mesada superior a la otorgada por Colpensiones.

Así las cosas, dado que el presente proceso arriba a esta corporación además del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, en el del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones procederá la Sala con el estudio de las condenas impuestas a la encartada.

En esa dirección, no se discute la calidad de pensionado que ostenta el demandante, pues le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de marzo del 2019, mediante Resolución SUB 39176 del 14 de febrero del 2019 (fls. 19 a 24), con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, teniendo en cuenta 2125 semanas de cotización, calculando la mesada pensional

los cuatro meses a los que hace referencia el ad quo, de esta forma dejo sustentado mi recurso muchas gracias.”

con un I.B.L. de \$10.617.840 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 74,09% para una primera mesada de \$7.866.758.

Conforme lo anterior puede advertirse, el accionante cumplió la edad de 62 años, exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el 15 de enero del 2019 (nació ese mismo día y mes del año 1957 ver fl. 3), así como según el reporte de semanas allegado por Colpensiones³, el demandante realizó su última cotización al sistema para el periodo de diciembre del 2018 (fl. 98), solicitando el reconocimiento del derecho el 16 de enero del 2019 (*conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 39176 de 2019 fl. 19*), no obstante lo anterior la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/03/2019) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 (fl. 22), aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que *“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”*

En ese orden, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236⁴.

³ Impreso para mayor claridad del expediente administrativo obrante en medio magnético a folio 79 del expediente (fls. 91 a 99)

⁴ *“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido

Así pues, como ya se dijo, de acuerdo al consolidado de semanas de cotización (fls. 93 vto), el demandante efectuó cotizaciones hasta el 31 de diciembre del 2018, procediendo a solicitar el reconocimiento pensional al día siguiente al cumplimiento de la edad exigida (16/01/2019) por lo que a juicio de la Sala, en armonía con la jurisprudencia citada, al margen de que se encuentre o no la novedad de retiro o de la data en que esta se puso en conocimiento de la encartada, dado que para la fecha en que se solicitó el reconocimiento pensional el promotor del litigio reunía los requisitos necesarios para acceder al derecho, el reconocimiento de la pensión del señor DISANTO MOLINA procedía a partir del 15

solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

*Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a **los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.***

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión. (Negrilla y subrayado fuera de texto)''.

de enero del 2019, atendiendo que para tal calenda cumplió la edad requerida y había dejado de cotizar desde el año 2018 acreditando para ese momento 2125,29 semanas (fl. 93 vto), esto es, superaba las 1300 requeridas por la precitada Ley 100 de 1993 con su modificación, confirmándose en este punto la decisión del *a quo*.

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

Por ende en lo que tiene que ver con el anhelo del demandante relacionado con la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 80% conforme a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, esta Sala de decisión, debe aclarar en primer lugar si bien el accionante cuenta con 2125 semanas de cotización para el año 2018 (*ver historia laboral fl. 93 vto*), de acuerdo a la interpretación de tal norma el monto de la pensión no puede superar el 80% del IBL y ese orden solo podrán ser validas hasta máximo **1800 semanas en total**, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la ley, en aras de obtener la tasa de reemplazo teniendo en cuenta la formula decreciente señalada en la citada norma.

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia de la Sala de Casación Laboral –SL 3207 del 18 de agosto del 2020- indicó:

“ (...) el derecho pensional que le acude se causa de conformidad a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que exigen 62 años de edad para los hombres y 1300 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo que oscilará entre el 65 % y el 55 % del IBL, la cual será incrementada en 1.5 % por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, «llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización» como lo indica el inciso final del artículo 10º de la Ley 797 de 2003.

Por lo cual, es necesario aclarar que para efectos del cálculo de la primera mesada pensional no se accederá a la tasa de reemplazo reconocida por la primera

instancia, en razón a que el Juez no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente expuesta en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 no solamente aplica para efectos de la base porcentual inicial, sino también para el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, que oscilará entre el 80 y el 70.5 % a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1300 mínimas requeridas y no de manera abierta hasta agotar las que reporte el afiliado, pues ello rompería el equilibrio matemático en el que fue concebida la ley en comento. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

(...)

2. Cálculo de la primera mesada pensional

IBL - DIEZ ULTIMOS AÑOS	=		\$ 9.344.721
FECHA DE PENSIÓN	=		1/11/2017
FÓRMULA DEL % DE PENSIÓN	=		r = 65,5 - 0,5 x s
Disminución en el %	=		
IBL	=	\$ 9.344.721	
SMLV - 2017	=	\$ 737.717	
Factor	=	12,67	
Factor parte entera	=	12	
Desc. por c / SMLV en el IBL	=	0,5	
Disminución total	=	6,00	
Incremento en el %			
Semanas cotizadas	=	1.890,00	
Semanas validas	=	1.800,00	
Semanas Requeridas - 2017	=	1.300,00	
Excedente semanas	=	500,00	
Grupo de semanas	=	50	
Factor	=	10,00	
Factor parte entera	=	10	
Inc. por c / 50 sem. Adic.	=	1,5	
Incremento total	=	15,00	
PORCENTAJE DE PENSIÓN	=		65,5 - 6,00 + 15,00
PORCENTAJE DE PENSIÓN	=		74,50 Por ciento
VALOR PRIMERA MESADA	=		\$ 6.961.817

De esta manera al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta los salarios que se indican en la historia laboral aportada por Colpensiones (fls. 91 a 98) se obtiene un IBL de \$10.613.516,99.

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	360	69,800	100,00	1,433	\$ 6.125.416,67	\$ 8.775.669	\$ 105.308.023
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 8.079.916,67	\$ 11.348.198	\$ 136.178.371
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 7.804.250,00	\$ 10.625.255	\$ 127.503.063
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 8.139.750,00	\$ 10.683.489	\$ 128.201.864
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 8.252.833,33	\$ 10.573.777	\$ 126.885.330
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 8.770.916,67	\$ 11.024.279	\$ 132.291.352
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 10.378.562,50	\$ 12.584.652	\$ 151.015.824
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 9.780.500,00	\$ 11.107.893	\$ 133.294.719
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 8.674.858,42	\$ 9.316.785	\$ 111.801.419
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 9.784.241,50	\$ 10.095.173	\$ 121.142.074
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 1.273.622.039
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 10.613.516,99

Teniendo en cuenta dicho IBL se procede a determinar la Tasa de Reemplazo conforme lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el aparte jurisprudencial citado, así:

TABLA TASA DE REMPLAZO		
IBL / SMMLV	\$ 10.613.516,99 / \$828.116	12,82
IBL / SMMLV * 0,50	12,82 * 0,50	6,408
IBL / SMMLV * 0,5 - 65,5	65,5 - 6,408230	59,09
SEMANAS ADICIONALES a las 1300 y hasta 1800	500 / 50	10,00
10 * 1,5	15 + 59,09	74,09
TASA DE REMPLAZO	74,09%	

De este modo y contrario a lo referido por la parte actora en su apelación la TASA DE REEMPLAZO que se debe aplicar al actor es del **74,09%**, igual a la tenuta en cuenta por Colpensiones (ver fls. 23 y 31 vto) y no del 80%, pues como se señaló, únicamente se pueden tomar 500 semanas adicionales a las 1300.

Conforme a lo anterior aplicando dicha tasa de reemplazo al IBL obtenido en esta instancia se tiene como valor de primera mesada pensional la suma de **\$7.863.742,51** para el 2019, cifra inferior a la otorgada por la pasiva que lo fue de \$7.866.758 (ver fl. 23).

Ingreso Base Liquidación	\$ 10.613.516,99
Porcentaje aplicado	74,09%
Primera mesada	\$ 7.863.742,51

Razón por la cual y al ya haberse dispuesto por COLPENSIONES la liquidación de la pensión conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 sin que pueda incrementarse la tasa de reemplazo que por ley le corresponde al actor, no pueden hallar prosperidad en este sentido los anhelos del señor THOMAS ALBERTO DISANTO MOLINA, y en ese orden dado que esta Sala de decisión obtuvo igualmente una cifra inferior a la otorgada por la Juez de primer grado (\$8.207.722), habrá de revocarse en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En cuanto a la condena por intereses moratorios, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones,

como es el caso de la aquí demandante, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, dado que no se evidencia razón que justifique⁵ el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante desde la fecha en que cumplió la edad exigida por la ley (15/01/2019), precisándose si bien Colpensiones reconoció el derecho dentro de los 4 meses que otorga la Ley, lo cierto es que no lo hizo desde la data en que el promotor del litigio adquirió el status, por ende resulta acertada su condena.

De esta suerte, los intereses moratorios deben ser impuestos a partir del **17 de mayo del 2019** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 16/01/2019 fl. 19) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 15 de enero al 28 de febrero del 2019, el cual asciende a la suma de **\$11.800.137**.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
15/01/19	28/02/19	3,18%	\$ 7.866.758,00	1,50	\$ 11.800.137
Total retroactivo				\$ 11.800.137,00	

En lo que atañe a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones⁶, se tiene que el derecho pensional se reconoció mediante resolución SUB 39176 del 14 de febrero del 2019 (fls. 19 a 24), solicitando el reconocimiento de intereses moratorios mediante recursos de reposición y apelación interpuestos el 6 de septiembre del 2019 (fls. 25 a 27) solicitud resuelta en la resolución SUB 72252 del 23 marzo 2019 (fls. 29 a 32), notificada el 15 de abril del 2019 (fl. 28) y acudiendo a la jurisdicción el 26 de julio del 2019 (fl. 68) por lo que evidentemente no transcurrió el término trienal legalmente establecido para la operancia de la prescripción, desde el momento en que se hizo exigible el derecho a la solitud de su reconocimiento e interposición de la demanda, se confirma la decisión en este punto.

Finalmente, en cuanto a la autorización a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud,

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

⁶ Desde la contestación de la demanda (fl. 77), la cual fue admitida por el Juzgado, mediante auto del 21 de septiembre del 2020, conforme se registra en la pagina web de la Rama Judicial.

respecto del retroactivo adeudado al demandante, este resulta procedente 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*", se confirma la decisión.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por los motivos de apelación y por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia frente a la reliquidación de la pensión de vejez del accionante, junto con el pago del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto.

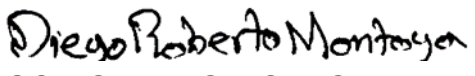
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal **SEGUNDO** del fallo apelado y consultado, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al demandante únicamente por retroactivo de mesadas pensionales del **15 de enero al 28 de febrero del 2019** la suma de **\$11.800.137**.

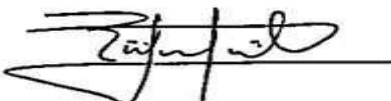
TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal **TERCERO**, en relación con el pago de intereses moratorios por diferencias de mesadas pensionales, precisando se **CONDENA** únicamente al pago de intereses moratorios a partir del **17 de mayo del 2019** y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 15 de enero al 28 de febrero del 2019.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: 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**

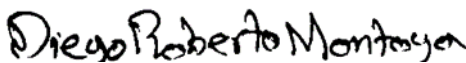
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FREDDY ALBERTO
MEZA ROJANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD.
28 2019 00331 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 224 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el Porvenir, Colpensiones y el demandante (fls. 215 a 219, 221 a 224, 229 y 230), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por

la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre de 2020 (CD folio 204, récord: 49:19, acta folios 205 a 207), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor FREDDY ALBERTO MEZA ROJANO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, de fecha 16 de julio del año 1997 por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor FREDDY ALBERTO MEZA ROJANO, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 8.701.273, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que active la afiliación del aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar la historia laboral.

CUARTO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, se señala como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá **CONSULTAR** con el superior, en cuanto le resultó adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión, el representante judicial de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, expresando que en el presente asunto se pudo evidenciar que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos relacionados con su no intención e inconformidad de pertenecer a la AFP, solicitando en caso de confirmarse la decisión se autorice a su representada a reclamar los perjuicios que ocasione el presente traslado e igualmente remitir las presentes diligencias al Ministerio de Protección Social en atención a los perjuicios que se ocasionaron. (Cd folio 204, récord: 51:13)¹.

¹ “Gracias señora juez, me permito interponer recurso de alzada en contra la sentencia proferida, solicitándole al a quem revocar la presente sentencia en atención a que siendo el presente caso evaluado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su no intención e inconformidad de pertenecer a la AFP, más aún, su intención fue la de pertenecer a otra AFP. Igualmente, a la fecha se tiene una densidad considerable de años teniendo en cuenta las alegadas falencias, engaño, falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto ineficaz en relación al artículo 898 del Código de Comercio.

No se puede, bajo las máximas de la experiencia, que exista un acto ineficaz homogéneo cuantificable en décadas y percatarse de ello solo estando a puertas de la causación de la pensión de vejez.

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 FREDDY ALBERTO MEZA ROJANO, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 8, aspirando, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de pensiones a Porvenir y Colfondos, en consecuencia se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación, así mismo se ordene a Porvenir y a Colfondos que por virtud del regreso automático devuelvan a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, 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 el actor a PORVENIR, ordenando a COLFONDOS, actual administradora del demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, sin deducción alguna, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

Señores Magistrados, teniendo en cuenta el decreto 2255 del 2010 respecto al régimen de protección del consumidor financiero del sistema general de pensiones, numeral 5 respecto del silencio e igualmente, siendo una sentencia que confirma la sentencia de primera instancia, solicito a los señores Magistrados autorizar a mi representada a reclamar los perjuicios que ocasione el presente traslado e igualmente, solicito a los señores magistrado remitir las presentes diligencias al Ministerio de Protección Social en atención al artículo que representa sobre los perjuicios que ocasionen el presente traslado. Gracias señor juez.”

vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 16 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de julio de 1959, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de abril del 2019 (folios 49 a 51), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 59 años-. De otra parte, no tenía el demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 532 semanas de cotización (folio 211³) equivalentes a 10 años, 4 meses y 4 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 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 16 de julio de 1997 (folios 185) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

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

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 Historia laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 118.

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** del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le 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 el promotor del litigio⁵, 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 la mejor opción era trasladarse, sumado a que podía pensionarse con una edad inferior a la establecida.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 185), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

⁵ Cd folio 204, récord 14:19. Audiencia virtual.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 186 y 187, 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 PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de julio de 1997, folio 185) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver formularios afiliación fls. 115 y 185) 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 el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no 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 COLFONDOS S.A. (folios 34 y 35), junto con

sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (fl. 122), 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 a los argumentos expuestos en la alzada de Colpensiones, en lo que atañe a los perjuicios, luce evidente su improcedencia, pues aunado a que es un tema que no hizo parte del objeto de debate, no se encuentran probados.

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.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 9 de diciembre de 2019 (fls. 188 y 189)

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 28 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

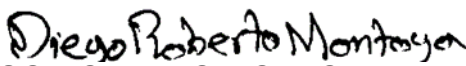
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMEN ELISA
GÓMEZ POSADA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y la AFP COLFONDOS S.A. (RAD. 28 2019
00551 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 102 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES y la parte demandante (fls. 99 a 102, 108 y 109), 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 el apoderado de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre del 2020 (Cd a folio 91, record: 27:44, acta a folios 92 a 94), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora CARMEN ELISA GÓMEZ POSADA al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 1 de agosto del 2000 por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-. Todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., para que traslade 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 CARMEN ELISA GÓMEZ POSADA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 35.462.644 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 la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por COLPENSIONES.

QUINTO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de la demandada COLPENSIONES. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de esta demandada COLPENSIONES y a favor de la parte actora.

SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá **CONSULTAR** con el superior en tanto le resultó adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES”

Inconforme con la decisión el apoderado COLPENSIONES expresando que en el presente asunto se pudo evidenciar que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos relacionados con su no intención e inconformidad de pertenecer a la AFP, pues a la fecha tiene una densidad considerable de años que denota que las alegadas falencias de engaño, falta de información no sean contrarias al perfeccionamiento del acto ineficaz que trata el artículo 828 del Código de Comercio, solicitando en caso de confirmarse la decisión se autorice a su representada a reclamar los perjuicios que ocasione el presente traslado e igualmente de acreditarse un actuar de mala fe, engaño y fraude contra el afiliado por parte de COLFONDOS, solicita se remitan actuaciones al Ministerio de Protección Social para la sanción de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993. (Cd a folio 91, record: 30:12)¹

¹ “Gracias señora juez, me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia que se profirió, solicitándole al a quo la revoque en su totalidad y analizando el presente proceso bajo la figura de la ineficacia, y se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su intención o inconformidad de pertenecer a la AFP. A la fecha, se tiene una densidad considerable de años, lo que denota que las alegadas falencias de engaño, falta de información sean contrarias al perfeccionamiento

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 y 4 aspirando de manera principal se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por Colfondos, con fecha de efectividad 1° de agosto del 2000, en consecuencia se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y rendimientos y a Colpensiones a recibir dichos valores, igualmente solicita que sean devueltos al RPM las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados, derechos *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora en el año 2000 dada la aceptación del mismo por parte COLFONDOS al allanarse a la demanda, condenando a esta AFP a la devolución de los aportes pensionales, con todos los rendimientos, bonos pensionales, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, dispuso que Colpensiones debía aceptar el traslado de régimen toda vez que COLFONDOS no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la demandante en el momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no era eficaz.

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

del acto ineficaz que trata el artículo 828 del Código de Comercio e igualmente sentencia SR-413 del 2018 Magistrado ponente Clara Cecilia Dueñas.

Solicito igualmente, siendo una providencia confirmatoria, solicito que se autorice a mi representada reclamo de los perjuicios que se ocasione en el traslado a mi representada e igualmente, aceptado una actuar de mala fe, engaño y fraude contra el afiliado por parte del extremo pasivo COLFONDOS, solicito se remitan actuaciones al Ministerio de Protección Social para la sanción de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993. Gracias señora juez.”

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 18 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 9 de junio de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 27 de febrero del 2019 (fl. 37), es decir, cuando ya había adquirido 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 apenas con 509 semanas de cotización (fl. 24³), equivalentes a 9 años, 10 meses y 23 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 ineficacia 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 1° de agosto del 2000, conforme lo indicado en el “*Extracto de Fondo de Pensiones Obligatorias*” de Colfondos visible a folio 34 del expediente y la certificación expedida por Colpensiones de folio 19, en la que se señala el estado de la actora como trasladado el 01/08/2000, **precisándose** en este punto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma AFP COLFONDOS se allanó a los supuestos de hecho expuestos en la demanda (ver fl. 74) siendo aceptada tal situación por el Juzgado de primer grado por auto del 6 de febrero del 2020 (fl. 75), sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo

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 Conforme a la información registrada en el formato “*Historia Laboral para iniciar el proceso de reclamación del Bono Pensional Modalidad Dos*” expedido por COLFONDOS.

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, 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 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 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.

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 no existe elemento convicción alguno que permita constatar la información suministrada a la parte actora al momento de su traslado, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiese 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 COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (1° de agosto del 2000 fl. 34), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL

12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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 actora.

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. 66), 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.

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 6 de febrero del 2020 (fl. 75).

Finalmente, frente a los argumentos expuestos en la alzada de Colpensiones, relacionados con el reconocimiento de unos perjuicios, luce evidente su improcedencia, pues aunado a que es un tema que no hizo parte del objeto de debate, no se encuentran probados, igualmente no se accede al envío de las actuaciones al Ministerio de la Protección Social, por cuanto en la presente decisión no se analizaron conductas relacionadas con engaños o fraudes a la afiliada sino la falta del deber de información al momento del traslado de régimen.

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,

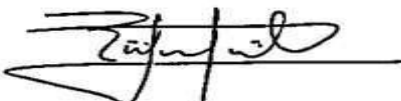
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ECOPETROL CONTRA
WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, MIGUEL RAMIRO HERNANDEZ
VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERON, RODRIGO ANDRADE Y JORGE
LEGUIZAMON CUERVO (RAD. 29 2014 00287 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 24 y 25 de noviembre de y 2 de diciembre de 2020, respectivamente, (folios 1344 a 1348, 1349 a 1352 y 1353 a 1356), 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 partes, contra la sentencia proferida por la Juez 21 de octubre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 1337, audio 2, récord 26:11, acta de audiencia folios 1339 a 1340), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que los señores WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, MIGUEL RAMIRO HERNANDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERON, RODRIGO ANDRADE Y JORGE LEGUIZAMON CUERVO deben devolver los dineros recibidos de Ecopetrol S.A con ocasión al fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta que posteriormente fuese revocado por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-536 del 2011.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado WILSON ERNESTO MORALES RUIZ a pagar a Ecopetrol S.A la suma de \$373.375.728 pesos suma que deberá ser indexada

al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE tomando como IPC inicial el mes de diciembre de 2011.

TERCERO: CONDENAR al demandado MIGUEL RAMIRO HERNÁNDEZ VARGAS a pagar a Ecopetrol S.A la suma \$13.975.915 pesos suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE tomando como IPC inicial el mes de diciembre de 2011.

CUARTO: CONDENAR al demandado HERMAN APARICIO CALDERON a pagar a Ecopetrol S.A la suma de \$161.663.433 peso, suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE tomando como IPC inicial el vigente a diciembre de 2011.

QUINTO: CONDENAR al demandado Rodrigo Andrade a pagar a Ecopetrol S.A la suma de \$298.260.647 pesos suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE tomando como IPC inicial el vigente a diciembre de 2011

SEXTO: CONDENAR al demandado JORGE LEGUIZAMON CUERVO a pagar a Ecopetrol S.A la suma de \$456.929.515, suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE tomando como IPC inicial el mes de diciembre de 2011.

SEPTIMO: ORDENAR a la empresa demandante que para ser efectiva la devolución de los dineros cancelados por los demandantes deberá suscribir acuerdos de pago que respeten el mínimo vital de cada uno como se dijo en la parte.

OCTAVO: Sin condena en **COSTAS**

NOVENO: De no ser apelada la presente sentencia **CONSULTARSE** con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá esta por ser adversa a los trabajadores.”

Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes, tanto demandante como demandada, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar ECOPETROL, centra su inconformidad en dos aspectos, a saber: la absolución de la condena en costas y la obligación impuesta por la juez de primer grado de realizar acuerdos de pago con los demandantes para obtener el desembolso de los dineros ordenados a su favor. Así, argumenta, debió imponerse a cargo de los demandados el pago de las costas procesales en razón a que esa entidad ha incurrido en una serie de gastos para la realización del proceso.

Además, sostiene, no es dable que el parte resolutive de la sentencia se consigne el deber de efectuar acuerdos de pago, pues si bien el comité de conciliación tiene unos parámetros, por la esencia y naturaleza de la providencia que se emite no es

dable obligarla a ello¹ (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 1337, audio 2, récord 31:03, acta de audiencia folios 1339 a 1340).

Por su parte, el apoderado de WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, considera, con la decisión se le está vulnerando el principio de la buena fe, precisando, las sumas que recibió de ECOPETROL fueron producto de unas sentencias “ejecutoriadas”. Con apoyo en apartes de las sentencias T-502 de 2002 y C-836 de 2011, se refiere a la seguridad jurídica y su correlación con los principios de la buena fe y la confianza legítima, para indicar que con ellos se garantiza que *“ni el Estado, ni los particulares van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente, tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas resulten contradictorias”*.

¹ “Gracias su señoría y de igual manera me permito formular recurso de apelación para que sea modificado el fallo que se acaba de notificar.

En primer lugar lo hago en relación a la condena en Costas, si viene es cierto sabemos y conocemos que Ecopetrol S.A es una empresa de economía mixta en la cual por su naturaleza jurídica se encuentran inmersos recursos públicos y si bien es cierto han sido materia de protección por parte del fallo que se acaba de proferir por parte de su señoría considero que de igual manera debe procederse con la condena en costas teniendo en cuenta que Ecopetrol S.A pues ha generado todo un despliegue y actividades de su mismo peculio ha generado los gastos necesarios para que el proceso se surta en debida forma, considero entonces es del caso la condena en costas y reitero básicamente la protección debe ser en cuanto a Ecopetrol S.A y los recursos de orden público que hacen parte de su patrimonio, luego entonces ruego al superior jerárquico se revise y haya una condena en costas incluyendo como agencias en derecho en relación con la condena que se ha efectuado a cada uno de los demandados, obviamente será de su albedrio determinar el monto o cuantía que se incluirán esta agencias en derecho de manera de costas.

En segundo lugar su señoría, en relación con la parte resolutive que se dispone por parte de Ecopetrol se hagan acuerdos de pago en los cuales respete el mínimo vital aprovecho su señoría y si bien es cierto eventualmente es pertinente o conducente pero si quiero hacerle una aclaración al apoderado del señor Wilson Morales en relación con una fórmula de arreglo que el presente, efectivamente el tramitó una fórmula de arreglo pero en el mismo momento en que se presentó se le comento que existía una cuenta de cobro creada en contabilidad de Ecopetrol S.A por la suma de dinero que en total fue la materia de la condena es decir los \$373.000.000 de pesos y teniendo precisamente en cuenta la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A frente al patrimonio público y dineros públicos en su patrimonio pues era muy difícil que se pudiera llegar a ese acuerdo, solamente hago esa aclaración. Ahora bien su señoría considero que no es del caso con todo respeto en la parte resolutive a obligar a Ecopetrol S.A a que haga unos acuerdos de pago si bien es cierto el comité de conciliaciones de Ecopetrol S.A tiene establecidos unos parámetros de conciliación que fueron conocidos aquí por los aquí demandados y por todos aquellos demandados que hacen parte de los procesos de esta misma índole, considero que por la esencia y naturaleza de una sentencia pues no es del caso obligar a Ecopetrol S.A a determinar unos acuerdos de pago cuando desde su misma esencia dentro de su mismo objeto social está incorporado esta facultad, entonces considero que este numeral que se ha incluido en la parte resolutive de la providencia que aparte de ser una advertencia considero que no haga parte de los efectos jurídicos de una resolución en un fallo como la que se acabada de notificar, así las cosas su señoría respetuosamente solicito sea concedido el recurso de apelación en estos dos sentidos que se incluya la condena en costas y que se revísela obligación que se le determino a Ecopetrol S.A de suscribir acuerdos de pago garantizando el mínimo vital de cada uno de los demandados, muchas gracias su señoría”

Por último alude, han pasado más de diez años, la persona lo único que tiene para vivir es su pensión y no se le puede obligar a algo diferente, y en ese sentido pide “se mantenga todo lo ordenado por el Despacho”² (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 1337, audio 2, récord 34:44, acta de audiencia folios 1339 a 1340).

A su turno, el apoderado judicial de MIGUEL RAMIRO HERNÁNDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERÓN, RODRIGO ANDRADE y JORGE LEGUIZAMON, se aparta de la posición vertida por el Juzgado y reprocha que no se le hubiera dado valor probatorio a la prueba documental para efectos de contabilizar el término de prescripción, en la que aparece la fecha de notificación por parte de ECOPETROL de las sentencia T-1033 que revoca las acciones de tutela “independientemente de que hubiesen sido otras tutelas”, porque fueron alrededor de 1200 trabajadores en toda Colombia que presentaron las acciones constitucionales, advirtiendo, a partir de esa fecha la entidad demandante suspende el pago de las reliquidaciones pensionales sin esperar la revocatoria de las demás providencias, por lo que, en su sentir, operó el fenómeno prescriptivo.

² “Gracias su señoría frente a lo manifestado en la parte resolutive este apoderado judicial considera que el principio de la buena fe pues si esta en este momento vulnerado frente a mi cliente porque no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe no existe aplicación alguna que los dineros recibidos de Ecopetrol S.A de las respectivas sentencias ejecutoriadas se recibieron de buena fe y en el cumplimiento del orden judicial que se profirió en atención al debido proceso, su señoría con todo respeto que voy a tratar de sustentar en la sentencia T-502 del 2002 el magistrado ponente el doctor Eduardo Montealegre manifiesta que “la seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del estado de derecho, igualmente dice en términos generales supone la garantía que es una garantía de certeza esta garantía acompañada de varios principios y derechos en el ordenamiento la seguridad jurídica no es un principio que puede esgrimirse autónomamente sino que se predica de algo así la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerárquica normativa en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos” Igualmente su señoría sustentare el principio de buena fe y la seguridad jurídica en una sentencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil del 09 de agosto del 2001 la sentencia es la C-836 y manifiesta su señoría que “En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias”. Igualmente su señoría manifiesto que se está vulnerando el principio de buena fe y de la seguridad jurídica en una sentencia que ya es como la parte final que es la sentencia de unificación 072 del 2018 el magistrado ponente es José Fernando Reyes Cuartas que dice “ La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite” En su consideración a ello su señoría yo presento esta apelación igualmente en la parte resolutive en lo que respecta a lo manifestado por el apoderado de Ecopetrol frente a lo que admite su señoría han pasado diez años si una persona no tiene de que vivir lo único que tiene es su pensión no se le puede obligar a algo diferente por eso su señoría solicito que en la audiencia de apelación se mantenga todo lo ordenado por su despacho, muchas gracias su señoría.”

De otro lado, se refiere a la indexación ordenada pues estima no ser posible imputar la misma cuando media la subordinación, siendo en este caso afectado el trabajador que resulta ser la parte débil de la relación laboral.

Por último, arguye la reliquidación pensional fue consecuencia de un pronunciamiento judicial “que incluso se encontraba en firme” por tanto amparado de presunción de legalidad el cual fue proferido “en el ejercicio legítimo de un derecho” por parte de los trabajadores en su momento histórico, de allí que su conducta estuvo precedida de buena fe³ (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 1337, audio 2, récord 38:25, acta de audiencia folios 1339 a 1340).

³ “Muchas gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación y lo hago en las siguientes consideraciones:

No compartimos la posición de su despacho aunque muy respetuosamente en el hecho de que no le dio el valor probatorio sobre la prueba documental en la que aparece la fecha de notificación en que fue recibida por la empresa Ecopetrol S.A la sentencia de revocatoria de las acciones de tutela T 1033 independientemente de que hubiesen otras tutelas es claro de que hubo un centenar de trabajadores no fueron solamente los clientes en esta actuación fueron alrededor de unos 1200 trabajadores en toda Colombia que presentaron acciones de tutela en contra de Ecopetrol S.A lo importante y lo que cabe resaltar aquí es lo que tiene que ver con el hecho de la notificación en si ¿Cómo se materializó esa notificación por parte de Ecopetrol S.A para tener pleno conocimiento sobre la acción de revocatoria, fue la misma empresa la que aportó la prueba documental y que yo le manifesté a su despacho en los alegatos y que parece a folio 419 que tiene un sello de Ecopetrol S.A. Es importante precisarle también al despacho para que sea tenido en el momento de alzada de que al momento de que Ecopetrol se entera de la revocatoria de tutela de estas acciones la T-1033 inmediatamente suspende los pagos a la reliquidaciones pensionales que le había hecho a los trabajadores, ellos no esperaron las demás revocatorias de las acciones de tutela que fueron presentada posteriormente que salieron por la Corte Constitucional en épocas posteriores fue inmediatamente a la acción de tutela a la revocatoria de la T-1033 por eso es importante resaltar lo que tiene que ver con la acción de prescripción que nosotros venimos alegando que debe aplicarse la trienal que se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico laboral artículo 151, 448 CST el que debe ser aplicado a la materia de este caso en particular, tan es así que se aplica para las extensiones o para las reliquidaciones pensionales de los trabajadores con mucha más razón para la devolución de sumas de dinero que fuesen entregadas en un momento histórico a cada uno de los trabajadores producto de una relación de trabajo entre los trabajadores.

Otro punto que queremos que también sea tema de debate en la alzada es lo que tiene que ver con el tema de la indexación que su despacho está haciendo de las sumas de dinero en oportunidades la Sala en sentencias SIL7107 del 28 de mayo del 2015 declara que no es posible imputar indexación cuando entre la relación laboral existe las subordinaciones en este caso la parte afectada sería el trabajador en este evento no es posible decretar la indexación laboral ya porque existe la subordinación en esta tesis que es abordada por algunos Tribunales de nuestro país a favor de que no existe lugar a indexación cuando hay lugar a la subordinación por parte de trabajadores en cuanto tiene que ver con la parte más débil de la relación laboral, la parte más débil de la relación laborales aquí el trabajador, en tal sentido tampoco estamos de acuerdo con el despacho.

Y lo que tiene que ver al punto neurálgico que es la buena fe de los trabajadores, no es posible imputar buena fe a los trabajadores por la conducta desplegada de los trabajadores dado que la reliquidación pensional fue consecuencia de pronunciamiento judicial que incluso se encontraba en firme por tanto amparado por la presunción de legalidad en el ejercicio legítimo de un derecho que fue ejercido por los trabajadores en su momento histórico, de esta manera dejamos sentados los fundamentos de nuestra apelación, muchas gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ECOPETROL, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda y su reforma (folios 65 a 66 y 255 a 258) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 66 a 69 y 258 a 262), aspirando se declare que los señores WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, MIGUEL RAMIRO HERNÁNDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERON, RODRIGO ANDRADE y JORGE LEGUIZAMON CUERVO recibieron la suma de \$373.375.728, \$131.975.915, \$161.663.433, \$298.260.647, \$456.929.515, respectivamente, como consecuencia del fallo de tutela proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena el 10 de mayo de 2010, radicado 13-001-33-31-008-2010-00097-00 y el fallo de tutela proferido el 11 de agosto de 2010 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, revocado parcialmente por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta el 9 de septiembre de 2010, los cuales deben ser devueltos a ECOPETROL como consecuencia de la sentencia proferida por la *“Sala de Decisión número 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 18 de junio de 2010”* y el fallo de revisión T-536 de 2011, junto con la indexación y los intereses legales a que haya lugar hasta el momento real y efectivo del pago de la obligación, así como los demás conceptos que se establezcan en el litigio en relación con las sumas de dinero ya referidas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se impuso a cargo de los demandados la obligación de devolver a ECOPETROL las sumas recibidas por estos como consecuencia del cumplimiento de los fallos de tutela que fueron revocados por la Corte Constitucional mediante sentencia T-536 de 2011, debidamente indexados. Lo anterior, tras considerar la juzgadora de primer grado que existió un enriquecimiento sin causa que causó un detrimento a la demandante con el consecuente enriquecimiento de los encartados, advirtiendo, los convocados a juicio se beneficiaron con el actuar del juez de tutela por lo que no había lugar a establecer que están amparados por la buena fe. Con relación a la prescripción la declaró no probada debido a que la demanda fue incoada dentro de los 3 años

siguientes a la fecha de expedición de la sentencia T-536 de 2011 que la facultó para el cobro de los dineros pagados a los trabajadores y pensionados como consecuencia de las ordenes de tutela.

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

En primer lugar, sea del caso advertir, en el asunto no es objeto de controversia que mediante sentencia del 11 de agosto de 2010, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta dentro de la acción de tutela con radicación No. 0379-2010-0145-2010, promovida, entre otros, por los demandados WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, MIGUEL RAMIRO HERNANDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERÓN, RODRIGO ANDRADE y JORGE LEGUIZAMON CUERVO (folios 135 a 165 y 270 a 285), se ampararon los derechos invocados por estos y en consecuencia se ordenó a ECOPETROL *“aplique a cada uno de los trabajadores accionantes (...) la incidencia salarial que en derecho corresponde, a lo que les ha reconocido por concepto de “estímulo (sic) al ahorro”, reliquidándoles o liquidándoles y pagándoles de manera retroactiva los derechos que legal y convencionalmente tienen reconocidos, sobre todo lo cual se ha de aplicar la correspondiente indexación, ajustada al IPC certificado por el DANE, desde el mismo momento en que se les empezó a desconocer el carácter de factor salarial a ese beneficio económico y hasta cuando se haga efectivo su pago total (...)”*; decisión que fue adicionada –para el caso de los demandados– por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, en proveído del 9 de septiembre de 2010, en el sentido de ordenar igualmente a ECOPETROL *“reliquidar con incidencia en el salario las prestaciones sociales legales y extralegales a que tenían derecho los accionantes, así como el ingreso base de liquidación sobre el cual se estableció o se establecerá el monto de la pensión de jubilación que se reconozca a cada uno de ellos, y por prestaciones sociales como por mesadas pensionales, desde que empezó a aplicársele a cada accionante la política salarial del estímulo al ahorro”* (folios 286 a 308).

Valga mencionar, los señores WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, MIGUEL RAMIRO HERNANDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERÓN, RODRIGO ANDRADE y JORGE LEGUIZAMON CUERVO, habían promovido tutela anterior ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, cuya decisión fue favorable a sus aspiraciones (folios 31 a 40), ordenándosele a ECOPETROL *“proceda a reconocer y pagar de la misma forma y con la misma incidencia salarial que aplica para los trabajadores directivos que no se jubilan con cargo a la empresa y/o no tienen retroactividad de cesantías, el ingreso monetario fijado en virtud de la política de compensación salarial, incluyendo **el estímulo al ahorro** y efectuando la correspondiente reliquidación, con incidencia en el salario y demás prestaciones sociales y reembolse retroactivamente lo dejado de pagar desde que comenzó a pagársele a cada accionante el estímulo al ahorro hasta esta fecha”* (folio 40), empero dicha decisión fue revocada por la Sala de Decisión 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar mediante sentencia del 18 de junio de 2010 (folio 41 a 47).

Tampoco se discute en el asunto que en virtud de tales decisiones, ECOPETROL procedió a dar cumplimiento y en consecuencia reliquidó las prestaciones a favor de los demandados y efectuó pagos a estos, en las siguientes cuantías:

- WILSON ERNESTO MORALES RUIZ	\$373.375.728 (folio 26)
- MIGUEL RAMIRO HERNANDEZ VARGAS	\$131.975.915 (folio 27)
- HERMAN APARICIO CALDERÓN	\$161.663.433 (folio 28)
- RODRIGO ANDRADE	\$298.260.647 (folio 29)
- JORGE LEGUIZAMON CUERVO	\$456.929.515 (folio 30)

Aspectos que además de verificarse con la documental de folios 26 a 30, fueron reconocidas por la juzgadora de primer grado sin reparo alguno por los convocados a juicio.

Del mismo modo, no se controvierte en esta instancia que las anotadas decisiones proferidas en sede de tutela, fueron seleccionadas para revisión por parte de la Corte Constitucional y revocadas en su totalidad mediante la Sentencia T-536 de

2011⁴, dada la existencia de otros medios de defensa judicial y no evidenciarse la configuración de un perjuicio irremediable para la procedencia del mecanismo constitucional⁵.

⁴ Numeral primero de la parte resolutive que en su tenor literal dispone: “**Primero.-** En el expediente T-2912348, **REVOCAR** el fallo proferido el nueve (9) de septiembre de dos mil diez (2010) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que a su vez confirmó el expedido el once (11) de agosto de dos mil diez (2010) por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta. En consecuencia, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela promovida contra ECOPETROL S.A. por José Raúl Rengifo Luna, cc. 19.424.738 de Bogotá, Aída Lucía Vélez Castro, cc. 46.460.979 de Cartagena, Alba Lucía Vesga Martínez, cc. 97.928.476 de Barrancabermeja, Alberto Mendoza Rojas, cc. 91.206.992 de Bucaramanga, Alex Carban Bowie Pomare, cc. 8.698.069 de Barranquilla, Alexánder Menco Rodelo, cc. 72.126.171 de Barranquilla, Alfonso Enrique Núñez Nieto, cc. 84.041.105 de Maicao, Alfredo de Jesús Cortés Castro, cc. 12.555.759 de Santa Marta, Alfredo Tada Guarín, cc. 19.304.829 de Bogotá, Alirio Parada Rincón, cc. 19.883.826 de Barrancabermeja, Álvaro de Jesús Vargas Aragón, cc. 8.744.963 de Barranquilla, Álvaro Fernando Bejarano Montes, cc. 19.549.043 de Bogotá, Álvaro Mendoza Vásquez, cc. 19.398.943 de Bogotá, Ana Fabiola Garzón Wilches, cc. 60.301.366 de Cúcuta, Ana Rocío Lozano Leguizamón, cc. 21.176.239 de Acacías, Ana Rosaura Xiomara Beltrán Castro, cc. 63.320.654 (S.D), Andrés López Luis, cc. 19.296.035 de Bogotá, Aquileo Enrique Valencia Orozco, cc. 15.247.517 de Ariguani, Arcesio Bello Montaña, cc. 11.075.401 de Chiríná, Ariel Granados Cabarca, cc. 91.208.790 de Bucaramanga, Audberto Segovia Caro, cc. 91.423.474 de Bucaramanga, Belisario Delgado Rugeles, cc. 5.626.297 de Charalá, Blanca Nubia Giraldo Peláez, cc. 42.874.544 (S.D), Braulio López Castellanos, cc. 5.712.569 de Puente Nacional, Calixto Reyes Gaviria, cc. 19.359.978 de Bogotá, Camilo Rivera Moreno, cc. 5.008.054 de Chimichagua, Carlos Alberto Flórez Schneider, cc. 91.222.741 de Bucaramanga, Carlos Alberto Hoyos Vásquez, cc. 16.596.969 de Cali, Carlos Alberto Medina, cc. 6.758.985 de Tunja, Carlos Alberto Reyes Serpa, cc. 91.212.885 de Bucaramanga, Carlos Arturo Castro Jaramillo, cc. 10.253.647 de Manizales, Carlos Arturo Castro Pérez, cc. 91.228.501 de Bucaramanga, Carlos César Piedrahita Escobar, cc. 70.096.123 de Medellín, Carlos Eduardo Peñuela González, cc. 19.403.564 de Bogotá, Carlos Enrique Sánchez Ortiz, cc. 70.061.281 de Medellín, Carlos Ernesto Ayala Pinzón, cc. 91.215.920 de Bucaramanga, Carlos Fernando Rueda Silva, cc. 91.207.258 de Bucaramanga, Carlos Germán Meneses Amaya, cc. 91.102.231 de Socorro, Carlos Julio Cortés Ochoa, cc. 19.377.674 de Bogotá, Carlos Julio Ramírez Ortiz, cc. 91.227.650 (S.D), Carlos Molina Freyle, cc. 73.096.101 de Cartagena, Carlos Reinol Sanabria Durán, cc. 88.135.312 de Ocaña, Carlos Ricardo Gómez Linares, cc. 19.436.205 de Bogotá, Catalino Miguel Alfaro Montes, cc. 5.714.453 de Puerto Wilches, Celio Alberto Rodríguez Amado, cc. 91.103.925 de Socorro, César Augusto Tovar Chía, cc. 79320958 de Bogotá, Charles Orlando Duéñez Gómez, cc. 91.066.860 de San Gil, Clara Inés Ayala Perdomo, cc. 51.587.660 de Bogotá, Claudia Patricia Soto Tavera, cc. 63.318.525 (S.D), Clemencia Emilia Vargas Córdoba, cc. 51.563.151 de Bogotá, Constantino Luis Meramo Chaljub, cc. 73.118.768 de Cartagena, Consuelo Margarita Aldana Cortés, cc. 39.685.327 de Bogotá, Cristian Alfonso Barajas González, cc. 19.300.424 de Bogotá, Daniel Antonio Chávez Cifuentes, cc. 19.3523750 de Bogotá, Daniel Mantilla Meza, cc. 91.211.088 de Bucaramanga, Daniel Ortiz Plata, cc. 91.213.087 de Bucaramanga, Darío Julián Murillo Rodríguez, cc. 19.261.282 de Bogotá, Darío Miranda Rodríguez, cc. 19.424.909 de Bogotá, David Alberto López Gómez, cc. 79.279.068 de Bogotá, David Tadeo Durán Ramos, cc. 5.083.718 de Río de Oro, Delmiro Sibel Masmela Silva, cc. 13.921.742 de Málaga, Derisnel Mejía Zapata, cc. 13.889.604 (S.D), Didier Saldarriaga Patiño, cc. 10.110.063 de Pereira, Édgar Francisco Pantoja Agreda, cc. 19.446.097 de Bogotá, Édgar Mauricio Rodríguez Echeverría, cc. 91.246.026 de Bucaramanga, Édgar Porras Díaz, cc. 91.238.708 de Bucaramanga, Édgar Santos Solano, cc. 12.119.794 de Neiva, Edilberto Álvarez Gutiérrez, cc. 13.893.040 de Barrancabermeja, Edinson Celis Atehortúa, cc. 91.102.872 de Socorro, Eduardo Villegas Naranjo, cc. 70.040.180 de Medellín, Efrén Evelio Suárez Uribe, cc. 71.185.227 de Puerto Berrio, Elvis Benavides López, cc. 91.428.320 de Bucaramanga, Emilio Héctor Cely Otálora, cc. 6.766.477 de Tunja, Enrique Luis Mejía Redondo, cc. 18.934.947 de Codazzi, Enrique Peñaranda Acevedo, cc. 13.460.050 de Cúcuta, Esperanza Márquez Manosalva, cc. 37.255.412 de Cúcuta, Fabio Martínez Garzón, cc. 19.402.676 de Bogotá, Félix María Gutiérrez Rivera, cc. 13.258.368 de Cúcuta, Francisco Eduardo Forero Joves, cc. 10.521.352 de Popayán, Francisco Javier Porras Cepeda, cc. 4.053.076 de Belén, Francisco José Díaz-Granados Porras, cc. 73.097.531 de Cartagena, Fredy Bertel Villalobos, cc. 13.894.848 (S.D), Gabriel de Jesús Bonfante Lugo, cc. 73.100.086 de Cartagena, Gerardo Ortiz Villanoel, cc. 17.308.704 (S.D), Gerardo Santos Castañeda, cc. 13.840.347 de Bucaramanga, Germán Alberto Delgado Gordillo, cc. 79.298.149 de Bogotá, Germán Humberto Zárate Gómez, cc.91.235.962 de Bucaramanga, Germán Pimentel Sandoval, cc. 91.223.843 de Bucaramanga, Germán Puentes Pineda, cc. 91.219.700 de Bucaramanga, Germán Rojas Ortiz, cc. 91.236.373 de Bucaramanga, Gloria América Fierro Gómez, cc. 51.678.510 de Bogotá, Gloria Amparo Chávez Montoya, cc. 40.374.393 de Villavicencio, Gloria Esperanza Cobaleda Cobaleda, cc. 41.727.901 de Bogotá, Gloria Inés Silva Ortega, cc. 37.930.071 de Barrancabermeja, Gloria

Tabares Ramírez, cc. 35.324.992 de Fontibón, Guillermo Enrique Villamil Vela, cc. 6.762.607 de Tunja, Guillermo José Medina Salgado, cc. 92.225.809 de Tolú, Guillermo Martínez Narváez, cc. 13.894.772 de Barrancabermeja, Gustavo Adolfo Zúñiga Bernal, cc. 79.230.671 de Bogotá, Gustavo Alberto Ruiz Vera, cc. 19.383.537 de Bogotá, Gustavo Alonso Pérez Cañizares, cc. 13.843.182 de Bucaramanga, Gustavo Arbeláez Cárdenas, cc. 19.320.481 (S.D), Gustavo Galán Pinilla, cc. 5.796.313 de Zapatoca, Gustavo Hernando Gómez, cc. 91.065.545 de San Gil, Gustavo Navas Guzmán, cc. 19.406.150 de Bogotá, Gustavo Olmos Marrugo, cc. 73.085.060 de Cartagena, Gustavo Villalba Acosta, cc. 73.108.080 de Cartagena, Héctor Hugo Pérez Vega, cc. 91.231.673 de Bucaramanga, Héctor Javier Casas Vanegas, cc. 19.364.009 de Bogotá, Henry Acero, cc. 13.893.721 de Barrancabermeja, Henry Alfonso Gómez Martínez, cc. 91.216.375 de Bucaramanga, Henry Muñoz Nivia, cc. 5.947.470 de Líbano, Herbert Darío Peña Ogliastri, cc. 13.905.756 de Concepción, **Herman Aparicio Calderón**, cc. 19.379.989 de Bogotá, Hermes Antonio Márquez Paternina, cc. 91.421.188 de Barrancabermeja, Hermes Javier Ramírez Mesa, cc. 19.412.472 de Bogotá, Hernán Enrique Ramírez Romero, cc. 79.290.024 (S.D), Hernán Ramiro Patiño Gaviria, cc. 8.408.187 de Bello, Hernando José Lakah Durango, cc. 6.889.741 de Montería, Hernando Medina Torres, cc. 5.764.789 (S.D), Hernando Ospina Rincón, cc. 18.503.265 de Dosquebradas, Hilmar Antonio Quintero Silva, cc. 91.230.493 de Bucaramanga, Hugo Barrios Barceló, cc. 8.701.779 de Barranquilla, Hugo Jerez Mateus, cc. 91.215.264 de Bucaramanga, Hugo Villamizar Ariza, cc. 11.378.239 de Fusagasugá, Irma Ileana Mantilla Gómez, cc. 63.329.141 de Bucaramanga, Ismael Enrique Leal Guzmán, cc. 19.451.423 de Bogotá, Iván E. Barandica Cañón, cc. 16.687.329 de Cali, Iván Enrique León Martínez, cc. 91.342.385 de Piedecuesta, Iván Guillermo Hernández Niño, cc. 79.050.685 de Engativá, Jaime Alberto Gómez Vallejo, cc. 19.476.837 de Bogotá, Jaime Alberto González Vivas, cc. 7.217.225 de Duitama, Jaime Cárdenas Zuluaga, cc. 17.149.563 de Bogotá, Jaime Luna Vargas, cc. 13.832.835 de Bucaramanga, Jairo Ernesto Sánchez Díaz, cc. 91.320.923 de Puerto Wilches, Jairo Humberto Guzmán Mejía, cc. 19.399.868 de Bogotá, Jairo Noriega Salazar, cc. 13.888.725 de Barrancabermeja, Jairo Quintero Rodríguez, cc. 13.892.625 de Barrancabermeja, Jairo Tapias Morales, cc. 13.891.962 de Barrancabermeja, Jairo Zapata Villalobos, cc. 91.210.509 de Bucaramanga, Janeth Cecilia Rincón Agudelo, cc. 51.693.187 de Bogotá, Javier Navarrete Amaya, cc. 19.294.400 de Bogotá, Javier Alfonso Bayona Arias, cc. 91.422.349 de Barrancabermeja, Javier Cabra Torres, cc. 79.118.830 de Fontibón, Javier Eduardo Hernández Trucco, cc. 73.117.667 de Cartagena, Javier Lucinio León Beltrán, cc. 79.400.608 de Bogotá, Javier Patiño Gentil, cc. 88.136.327 de Ocaña, Jesús Alberto Duque Villegas, cc. 71.582.381 de Medellín, Jesús Alfredo Torres Mejía, cc. 91.321.518 de Puerto Wilches, Jesús Alonso Garrido Garrido, cc. 72.128.430 de Barranquilla, Jesús Álvaro Rubiano Jiménez, cc. 19.224.085 de Bogotá, Jesús Milagro Torregoza Dávila, cc. 8.702.095 de Barranquilla, John Everth García Prieto, cc. 16.696.475 de Cali, John Jairo Chica Valencia, cc. 19.362.376 de Bogotá, John Jairo Sarmiento Mantilla, cc. 91.210.545 de Bucaramanga, Jorge Elberto Dávila Ferro, cc. 91.214.176 de Bucaramanga, Jorge Eliécer Hernández Sánchez, cc. 91.207.478 de Bucaramanga, Jorge Enrique Forero Sanabria, cc. 91.227.105 de Bucaramanga, Jorge Enrique Pérez Valderrama, cc. 3.622.284 de Sopetrán, Jorge Enrique Roa Beltrán, cc. 19.384.670 de Bogotá, Jorge Hernando Camargo Pico, cc. 4.277.236 de Tibasosa, Jorge Hernando Herrera Jaimes, cc. 91.202.749 de Bucaramanga, Jorge Jaime Nicolás Mejía Carrasquilla, cc. 79.105.491 de Bogotá, **Jorge Leguizamón Cuervo**, cc. 79.256.204 de Bogotá, Jorge Saúl Rocha Reyes, cc. 19.270.413 de Bogotá, José Alcides Sánchez Torres, cc. 19.227.587 de Bogotá, José Antonio Cepeda Vergara, cc. 73.075.630 de Cartagena, José Armando Jiménez Obando, cc. 11.430.688 de Facatativá, José Claudio Luengas Castellanos, cc. 4.268.834 de Sutatenza, José del Carmen Sandoval Ríos, cc. 13.922.785 de Málaga, José del Carmen Vargas Cornejo, cc. 13.886.590 de Barrancabermeja, José del Carmen Villamil Benítez, cc. 19.096.056 de Bogotá, José Eddie Montoya Patiño, cc. 16.476.908 de Buenaventura, José Édgar Sánchez Camargo, cc. 6.196.606 (S.D), José Ernesto Quiroga Díaz, cc. 88.153.902 de Pamplona, José Eugenio de la Ossa Quiroz, cc. 9.132.156 de Magangué, José Guillermo León Flórez, cc. 19.363.116 de Bogotá, José Héctor Calderón Amaya, cc. 79.308.816 de Bogotá, José Joaquín Ortega Peña, cc. 91.201.874 de Bucaramanga, José Luis Villalba Severiche, cc. 92.026.731 de Sincé, José Lusbin Rueda Rincón, cc. 91.228.435 de Bucaramanga, José Manuel Vargas Niño, cc. 91.221.983 de Bucaramanga, José María Ramírez Aldana, cc. 10.537.556 de Popayán, José María Soria, cc. 91.210.699 de Bucaramanga, José Miguel Forero Quintanilla, cc. 91.211.498 de Bucaramanga, José Tomás Mejía Chapetón, cc. 92.225.353 de Tolú, José Uriel Camacho Mendoza, cc. 91.215.376 de Bucaramanga, Juan Carlos Alzate Pérez, cc. 91.426.456 de Barrancabermeja, Juan Carlos Da Silva Pulgarín, cc. 19.438.209 de Bogotá, Juan Carlos Rodríguez Rojas, cc. 79.238.077 de Bogotá, Juan Carlos Villegas Vera, cc. 19.425.080 de Bogotá, Juan Clímaco Camacho Martínez, cc. 13.887.385 de Barrancabermeja, Juan Federico Diago Suárez, cc. 73.092.824 de Cartagena, Juan Vicente Clavijo Perdomo, cc. 79.427.423 de Bogotá, Julio Alberto Acosta Peralta, cc. 19.338.025 de Bogotá, Julio Josué Figueroa Medina, cc. 91.205.480 de Bucaramanga, Julio Martín Peña Mejía, cc. 91.253.978 de Bucaramanga, Julio Villamizar Contreras, cc. 91.065.760 de San Gil, Juvenal Esteban Otero Gamero, cc. 6.887.279 de Montería, Libardo Carreño Jiménez, cc. 5.579.889 de Barichara, Libardo José Cabarique Serrano, cc. 13.889.867 de Barrancabermeja, Libia Mantilla Meza, cc. 63.302.831 de Bucaramanga, Ludwig Dulcey Cáceres, cc. 91.209.697 de Bucaramanga, Ludwig Rojas Eslava, cc. 91.201.843 de Bucaramanga, Ludy Cristancho Argüello, cc. 63.337.492 de Bucaramanga, Luis Alberto Aldana Mendoza, cc. 11.306.403, Luis Alberto Rodríguez Franco, cc. 19.912.510 (S.D), Luis Alberto Rojas

Gallo, cc. 19.439.142 de Bogotá, Luis Alfonso Carvajal Henao, cc. 91.421.051 de Barrancabermeja, Luis Alfonso Giraldo Martínez, cc. 10.254.072 de Manizales, Luis Alfredo Gómez Vergara, cc. 13.849.411 de Bucaramanga, Luis Antonio Gutiérrez Arciniegas, cc. 91.223.170 de Bucaramanga, Luis Antonio Martínez Duarte, cc. 13.831.344 de Bucaramanga, Luis Arturo Pinto Ayala, cc- 17.328.993 de Villavicencio, Luis Carlos Lobo Alcocer, cc. 91.425.944 de Barrancabermeja, Luis Edison Pachón Agudelo, cc. 79.312.124 de Bogotá, Luis Enrique Rueda Carreño, cc. 91.217.815 de Bucaramanga, Luis Ernesto Torres Torres, cc. 80.263.684 (S.D), Luis Fernando Jaimes Rincón, cc. 91.233.095 de Bucaramanga, Luis Gabriel Barragán Villegas, cc. 13.891.234 de Barrancabermeja, Luis Horacio Coronado Valencia, cc. 98.514.820 de Itagüí, Luis Humberto Bohórquez Pedraza, cc. 91.214.351 de Bucaramanga, Luis Miguel Cárdenas Barrios, cc. 9.313.698 de Corozal, Luis Miguel Jiménez Sanguino, cc. 91.203.194 de Bucaramanga, Luis Orlando Soto Ortiz, cc. 19.316.387 de Bogotá, Luis Óscar Pachón Niño, cc. 91.240.961 de Bucaramanga, Luz Ángela Novoa Mantilla, cc. 63.305.200 de Bucaramanga, Luz Elena Sanabria Mulfold, cc- 51.698.615 de Bogotá, Luz Mónica Ricaurte González, cc. 51.808.195 (S.D), Manuel Laureano Segundo Núñez Isaza, cc. 9.519.714 (S.D), Marbel Sandoval Ordóñez, cc. 41.753.070 de Bogotá, Marcelo Sarmiento Valdivieso, cc. 91.218.381 de Bucaramanga, Marco Tulio Torres Rueda, cc. 17.306.983 de Villavicencio, Margarita Rosa Díaz Bohórquez, cc. 41.684.624 de Bogotá, María Alexandra López Bello, cc. 51.766.545 de Bogotá, María Antonia Gamboa de Bernal, cc. 51.583.559 de Bogotá, María Clemencia R. Serrano Suárez, cc. 63.280.452 de Bucaramanga, María Elizabeth Gómez Urrutia, cc. 51.646.318 de Bogotá, María Isabel Cardona Salazar, cc. 51.784.154 de Bogotá, María Isabel Gil Romero, cc. 21.232.466 de Villavicencio, María Piedad Díaz Méndez, cc. 51.595.057 de Bogotá, María Victoria Torres Ordóñez, cc. 63.336.796 de Bucaramanga, Mario Alberto Ciales Cárdenas, cc. 19.424.921 de Bogotá, Martha Fabiola Espinosa Gil, cc. 63.329.111 de Bucaramanga, Martha Galindo Sánchez, cc. 63.314.645 de Bucaramanga, Martín Eliécer Granados Sanabria, cc. 13.468.818 de Cúcuta, Martín Mojica Alarcón, cc. 13.841.445 de Bucaramanga, Mauricio Cardeñoso Mendoza, cc. 79.355.025 de Bogotá, Mauricio Edmundo Amaya González, cc. 91.427.014 de Barrancabermeja, Mauricio Peñaloza Medina, cc. 79.386.321 de Bogotá, Melba Palomar Avilés, cc. 51.615.776 de Bogotá, Melquíades Domínguez Pereira, cc. 16.617.719 de Cali, Mercedes Torres, cc. 51.623.043 de Bogotá, Merlene Cotes Van-Grieken, cc. 40.916.616 de Riohacha, Miguel Alberto Ramírez Suárez, cc. 19.166.063 (S.D), Miguel Ángel González Morales, cc. 13.846.589 (S.D), Miguel Ángel Ramírez Devia, cc. 7.524.558 de Armenia, Miguel Ángel Romero Rojas, cc. 17.342842 de Villavicencio, **Miguel Ramiro Hernández Vargas**, cc. 19.266.702 de Bogotá, Miller José Ortiz Suárez, cc. 13.446.192 de Cúcuta, Nancy Adriana Vega R., cc. 37.889.794 de San Gil, Nancy Elga Reyes N., cc. 37.830.077 de Bucaramanga, Nelson Álvarez Sánchez, cc. 6.656.022 de San José del Guaviare, Nelson Díaz Mantilla, cc. 91.214.178 de Bucaramanga, Nelson Mantilla Moreno, cc. 91.239.849 de Bucaramanga, Néstor Albeiro Clavijo Velásquez, cc. 79.287.338 de Bogotá, Néstor Cardozo Torres, cc. 91.152.125 de Floridablanca, Néstor Julio Quevedo Cubillos, cc. 79.147.619 de Usaquén, Néstor Pinto Flórez, cc. 12.521.355 de la Jagua de Ibirico, Norberto Flórez Vanegas, cc. 13.893.600 de Barrancabermeja, Nubia Esperanza Ramírez Pabón, cc. 60.278.016 de Cúcuta, Nubia Valencia Solano, cc. 63.291.217 de Bucaramanga, Octavio de Jesús Ortiz Ríos, cc. 71.182.407 de Puerto Berrío, Olger Afranio Gómez Gómez, cc. 13.892.507 de Barrancabermeja, Omaira María Quintero Campo, cc. 26.676.650 de Aguachica, Ómar Cáceres Rodríguez, cc. 91.207.060 de Bucaramanga, Ómar Estupiñán López, cc. 91.230.906 de Bucaramanga, Orlando Martínez Morato, cc. 13.888.046 de Barrancabermeja, Orlando Martínez Navarro, cc. 73.096.397 de Cartagena, Óscar David Díaz Barrios, cc. 91.213.012 de Bucaramanga, Óscar Jorge Ariza González, cc. 13.446.361 de Cúcuta, Óscar Mauricio Rodríguez Blanco, cc. 17.319.358 de Villavicencio, Pedro Alfonso Quintero García, cc. 91.216.005 de Bucaramanga, Pedro Claver Segrera Yoly, cc. 73.122.259 de Cartagena, Pedro Nel Duarte Carreño, cc. 13.844.648 de Bucaramanga, Pedro Pablo Porras Ramírez, cc. 13.887.640 de Barrancabermeja, Rafael Antonio Pedraza Gómez, cc. 17.333.555 (S.D), Rafael Enrique Ramos Jiménez, cc. 19.403.931 de Bogotá, Rafael Ulises Barbosa Ávila, cc. 91.240.396 de Bucaramanga, Ramón Humberto Andrade Corredor, cc. 19.442.159 de Bogotá, Ramón Laureano Patrón Lacombe, cc. 19.310.543 de Bogotá, Ricardo de Jesús Romero Erime, cc. 8.669.207 de Barranquilla, Ricardo Henríquez Luque, cc. 19.408.451 de Bogotá, Ricardo Restrepo Manrique, cc. 19.347.298 de Bogotá, Ricardo Segundo Altahona Quijano, cc. 8.684.742 de Barranquilla, **Rodrigo Andrade** Ortiz, cc. 19.442.997 de Bogotá, Rosmira Merchán Peñuela, cc. 41.639.011 de Bogotá, Rubén Darío Giraldo Giraldo, cc. 10.111.650 (S.D), Rubén Pico Angarita, cc. 91.100.833 de Socorro, Sandra Consuelo Velandia Herrera, cc. 21.176.491 de Acacías, Sanín Isaac Chima Bettin, cc. 13.894.609 de Barrancabermeja, Santiago José bravo Montenegro, cc. 79.146.850 de Usaquén, Saúl Ernesto Guevara Ochoa, cc. 19.386.279 de Bogotá, Segundo Eutimio Gallego Virguez, cc. 17.109.743 de Bogotá, Sergio Ferreira Álvarez, cc. 91.222.475 (S.D), Sergio Mauricio Concha García, cc. 79.285.055 de Bogotá, Sixto Arturo Espinosa Jiménez, cc. 93.361.499 (S.D), Sonia Helena Castro Dávila, cc. 31.848.796 de Cali, Tarcicio Espinosa Espinosa, cc. 9.283.706 de Turbaco, Vicente Gómez Ramírez, cc. 73.090.271 de Cartagena, White Luis Francisco Roa Mejía, cc. 19.471.333 de Bogotá, Wilfredo Guerrero García, cc. 91.217.596 de Bucaramanga, Wilhem Alonso de Jesús Gallego Sánchez, cc. 19.485.442 de Bogotá, William Angarita Mejía, cc. 91.228.794 de Bucaramanga, William Arias Llano, cc. 18.410.770 de Montenegro, William Armando Rodríguez Pinzón, cc. 79.265.710 de Bogotá, William Barajas Fernández, cc. 91.210.625 de Bucaramanga, William Correa Ballesteros, cc. 16.261.104 de Palmira, William Fernando Lizarazo

Por lo anterior, considera el demandante, la decisión deja sin sustento jurídico la suma cancelada a los demandados, y a su juicio, le da derecho a que le restituyan esos dineros, pues de no hacerse de ese modo se configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la pasiva.

En ese orden, el problema jurídico que le concierne a la Sala solventar se circunscribe en establecer si los demandados están obligados a reintegrar a ECOPETROL las sumas que le fueron canceladas como consecuencia de las órdenes de tutela, en virtud de la sentencia T-536 de 2011.

Pues bien, al tema valga señalar, la Corte Constitucional en sentencia T-536 de 2011, y dada la reiteración de las decisiones constitucionales que obligaban a ECOPETROL a incluir el “*estímulo al ahorro*” como factor salarial para el pago de prestaciones legales y extralegales a favor de algunos trabajadores y ex trabajadores de esa entidad, con su consecuente reliquidación, analizó las providencias emitidas en primera instancia por los Juzgados Tercero Laboral y Primero Civil del Circuito de Cúcuta, respectivamente, y la decisión correspondiente en impugnación que ampararon los derechos invocados por los actores –hoy demandados–, concluyendo que la acción de tutela no era procedente en razón a que no se cumplían los requisitos de subsidiariedad e inmediatez y atendiendo la inexistencia de un perjuicio irremediable por cuanto “e/

Galvis, cc. 13.844.848 de Bucaramanga, **Wilson Ernesto Morales Ruiz**, cc. 19.226.288 de Bogotá, Wilson Orlando Peralta Chingaté, cc. 79.371.218 de Bogotá, Yolanda Arenas Zuleta, cc. 40.384.116 (S.D) y Zabulón Agudelo Echeverry, cc. 78015.690 de Cereté..”(Negrilla y subrayas de la Sala).

⁵ “Por lo demás, en casos como este, en los cuales hay un número significativo de tutelantes, una relevante cantidad de asuntos por esclarecer y una sensible complejidad de los aspectos directamente relacionados con el conflicto, la notoria falta de pruebas sobre el perjuicio irremediable o la ineficacia del otro medio de defensa judicial, debe conducir a declarar improcedente el amparo. Así lo ha dicho la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-335 de 2000.[7] En esa oportunidad la Corporación declaró improcedente la tutela invocada por un grupo de trabajadores que reclamaba la protección de su derecho a un salario igual, por trabajo igual, tras estimar no sólo que el asunto tenía una significativa complejidad sino sobre todo que las pruebas aportadas por ellos no demostraban de manera clara y cabal la discriminación alegada, y que el juez no podía suplir esa falencia con arreglo a sus poderes. La Corte estableció, entonces, la siguiente regla de procedencia:

“para que la acción de tutela - en principio subsidiaria - desplace al medio ordinario de defensa, resulta necesario que la cuestión constitucional aparezca probada, es decir, que para verificar la eventual vulneración del derecho fundamental no sea necesario un análisis legal, reglamentario o convencional detallado y dispendioso, o un ejercicio probatorio de tal magnitud que supere las capacidades y poderes del juez constitucional. De no ser así, se estaría aceptando que la definición de asuntos que exigen juicios minuciosos o en extremo especializados, se realice luego de un procedimiento en el que resulta imposible solicitar, practicar y controvertir la totalidad de las pruebas necesarias para la adopción de la correspondiente decisión”.[8]

(...)”

asunto objeto de estudio no puede ser resuelto a través de la acción de tutela, pues no es un mecanismo judicial que – bajo las circunstancias del caso – resulte procesalmente viable”, razón que conllevó a esa Corporación a revocar las decisiones constitucionales proferidas en favor de los convocados al juicio y, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de amparo⁶.

Con tal determinación es claro, que los efectos que produjeron en su momento las sentencias que reconocieron la reliquidación a favor de los ahora demandados cesaron, de allí que surgiera para la parte actora el derecho a reclamar la devolución de los dineros que fueron cancelados dada la inclusión del demandado en el plan de pensión anticipada, lo cual quedó consignado expresamente en el numeral tercero de la sentencia T-536 de 2011 en la que se advirtió a ECOPETROL que podía *“iniciar las acciones judiciales conducentes con el fin de recuperar los dineros que hubiera pagado en virtud de los fallos que ahora se revocan.”*

Ahora bien, frente al tema del enriquecimiento sin causa, en otrora, la Sala de Casación Civil de la Corte suprema de Justicia discurrió el tema, señalando las condiciones necesarias para su gestación, línea jurisprudencial además que ha sido reiterada, tal como se desprende de la sentencia Rad. 7061 del 21 de mayo de 2002, en la que se indicó:

“En cuanto al enriquecimiento injusto, fuente que es, como bien se sabe, de obligaciones, y que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial. (Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958).

Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se

⁶ Numeral primero de la parte resolutive de la sentencia.

haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada.”

En ese sentido, esa Corporación en sentencia con radicación No. 54001-3103-006-1999-00280-01 del 19 de diciembre de 2012, fijó cinco elementos constitutivos del enriquecimiento sin justa causa, así:

“ (...)

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

“1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

“2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

“Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

“Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

“El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

“3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

“Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

“5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

“El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. 1918, p. 474).”

Es importante precisar, en la aludida sentencia T-536 de 2011 nada se dijo respecto a la obligación de aquí demandados de restituir los dineros que ECOPETROL les pagó en cumplimiento de las órdenes de tutela objeto de revocatoria y, por el contrario, la autorizó para iniciar las acciones judiciales respectivas a efectos de recuperar lo pagado, de allí que, al no quedar zanjado ese aspecto, la especialidad ordinaria puede entrar a dirimir lo de su cargo.

Así pues, verificados los elementos configurativos del enriquecimiento sin causa, para la Sala es clara la concurrencia de los mismos en razón a que: i) los demandados al haber recibido las cifras canceladas por concepto de reliquidación de salarios y prestaciones sociales reconocido a través de sentencia de tutela, obtuvieron una ventaja patrimonial; ii) con relación al empobrecimiento, no cabe duda que ECOPETROL disminuyó sus arcas al proceder de conformidad con lo ordenado en el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, confirmado por el Tribunal Superior de esa misma ciudad. Por supuesto redujo su patrimonio cuando canceló a los demandados la cifra objeto de la litis; iii) frente a la ausencia de causa que justifique el incremento patrimonial, conviene decir que si bien el pago se dio en cumplimiento de orden judicial a través de las sentencias ya mencionadas, las mismas fueron revocadas por el órgano de cierre constitucional en sentencia T-536 de 2011, declarando de contera declarar la improcedencia del amparo de la acción de tutela. Así las cosas, no le asiste ahora razón jurídica a los demandados para tener en su poder aquellos recursos, pues lo que en principio fue el motivo generador de la obligación, quedó sin efectos en sede de revisión, por lo que es palmario el desequilibrio patrimonial; iv) precisamente el hecho de que la especialidad laboral sea la competente para dirimir el asunto, en virtud del numeral 1 artículo 2 del C.P.L. implica que la acción adelantada dentro de la misma sea la única posibilidad para el recaudo de la suma pagada, ya que no existe otro presupuesto sustantivo ni procesal en las normas del trabajo que garanticen el equilibrio en esta materia; y v) lo perseguido por la parte demandante encuentra asidero en una situación distinta al desconocimiento de una disposición de orden legal pues sus

pretensiones se fundan en la extinción de los efectos jurídicos de una decisión judicial que había sido objeto de cumplimiento lo cual implicó una erogación económica que perdió su justificación con la revocatoria de las providencias.

Como se ve, la buena fe no es un presupuesto del enriquecimiento sin causa, por lo que, una vez concurren los elementos que dan lugar a la misma, debe abrirse paso a las consecuencias jurídicas previstas, a lo que se suma, que en virtud de la revocatoria de las sentencias de tutela que reconocían derechos a favor de los encartados, dispuestas por la Corte Constitucional, y la cesación de los efectos de las mismas, por orden natural y lógico debían restituirse las cosas a su estado inicial.

En un caso de similares contornos fácticos, la Corte Suprema de Justicia consideró procedente la devolución de dineros entregados al trabajador en cumplimiento de un acto jurídico que posteriormente se declara ineficaz o nulo, en tanto que aquel pago carece de respaldo jurídico que lo sustente. Puntualmente sostuvo esa Corporación:

“(…)

Pero como en este caso la controversia está por el lado de los efectos de la revocatoria de la decisión de tutela, conviene destacar que el mismo artículo 86 CN establece que «El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión».

Así, al estar acreditado en el proceso que en la sentencia CC T-784-2011, la Corte Constitucional revisó varias acciones de tutelas de distintos demandantes, entre ellos, la del señor César Augusto Diago Ardila contra Ecopetrol SA, dejó sin efectos la decisión de segunda instancia de la Sala Laboral Tribunal Superior de Cúcuta, así:

[...] Cuarto. REVOCAR y dejar sin efectos la sentencia de marzo 17 de 2011 (expediente T-3069350), proferida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, que concedió el múltiple amparo pedido dentro de la acción de tutela incoada por, [...] César Augusto Diago Ardila, [...]. En su lugar, se dispone a DECLARAR IMPROCEDENTE dicha acción.

Precisamente, con lo decidido por la Corte Constitucional, quedó sin efectos no solo la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, sino también dejó de existir toda la actuación que Ecopetrol SA como autoridad administrativa había realizado para el cumplimiento del fallo, revirtiéndose la situación a su estado inicial.

No podía ser de otra forma, porque para determinar las consecuencias de la revocatoria del fallo de tutela, era ineludible que el Tribunal realizara una

interpretación sistemática con otras normas que son exactamente aplicables al caso y devienen necesarias para su resolución, como el artículo 7º del Decreto 306 de 1992 que reglamentó el Decreto 2591 de 1991 «por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política», que señala:

Artículo 7º De los efectos de las decisiones de revisión de la corte constitucional y de las decisiones sobre las impugnaciones de fallos de tutela. Cuando el juez que conozca de la impugnación o la Corte Constitucional al decidir una revisión, revoque el fallo de tutela que haya ordenado realizar una conducta, quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo. (Subrayas añadidas).

En consecuencia, el Tribunal erró en la valoración de la prueba documental que contenía la sentencia CC T-784-2011, a la que le restó los efectos de la ineficacia desconociendo que, como derivación de lo en ella resuelto, el fallo de la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta que concedió el amparo constitucional, al ser revocado, perdió sus efectos jurídicos, generándose el restablecimiento a la situación inicial, en este caso la inexistencia de la naturaleza salarial del estímulo al ahorro y de la reliquidación.

La Corte Constitucional en la CC T-577-1993 se ocupó del tema del cumplimiento de las decisiones judiciales de tutela, mientras no se hayan revocado o modificado por la autoridad judicial competente. Ese criterio fue reiterado en la sentencia CC T-694-2002, citada en la T-214 de 2018, en la que esa corporación discurrió así:

Es perfectamente claro que, por regla general, la consecuencia obvia de la revocatoria de un fallo de tutela que declara la procedencia del amparo, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, o tal y como se encontraban antes de cumplirse la orden impartida en la providencia que se revoca. No obstante, es igualmente claro que ello ocurrirá en la medida en que el regreso a ese estado sea jurídicamente posible y no resulte desproporcionado.

Bajo la égida de lo expuesto por la ley y la jurisprudencia en cita, la Sala concluye que si bien la orden de tutela era de obligatorio cumplimiento y así lo entendió Ecopetrol SA, con su revocatoria desaparecen sus efectos y las cosas deben retornar al estado original, siempre y cuando ese estado sea jurídicamente posible y no resulte desproporcionado.

iii) Obligación del demandado de devolver los dineros recibidos de ECOPETROL SA

Con las precisiones de los apartados anteriores, ahora entrará la Corte a resolver el problema relacionado con establecer si el demandado está o no obligado a devolver las sumas de dinero que recibió de Ecopetrol SA que tuvieron como causa la orden de tutela de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta del 17 de marzo de 2011.

Como en el presente caso el Tribunal consideró que la buena fe del demandado, al recibir el pago ordenado por la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, lo eximía de devolver los dineros a la recurrente, no obstante haberse revocado la orden de tutela, incurrió en el desatino de entender que la revisión del fallo de tutela, no dejaba sin

efecto la decisión inicial, de forma tal que las cosas volvieran a su estado anterior, es decir, tal y como se encontraban antes de cumplirse la orden impartida en la providencia que se revocó, siendo claro que el regreso a ese estado era jurídicamente posible y no resultaba desproporcionado.

En este sentido se ha pronunciado esta corporación en procesos de características similares al que se examina. Por ejemplo en la CSJ SL1721-2018, esta Sala accedió a las pretensiones del reintegro de las sumas pagadas en cumplimiento de un fallo de tutela que fue revocado por el superior.

Desde la perspectiva legal y jurisprudencial invocada en esta providencia, es claro que como consecuencia de la revocatoria de la orden de tutela contenida en la sentencia CC T-784-2011, desapareció conforme se extrae del artículo 7º del Decreto 306 de 1992, la causa que dio origen al derecho del hoy demandado, sin que fuera menester que existiera una orden expresa para la devolución.

Si bien, en el momento en que el hoy demandado recibió las sumas de dinero correspondientes a la reliquidación ordenada existía una causa jurídica para reclamar el derecho, esto es el fallo de tutela de la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, dicha causa desapareció una vez la sentencia fue revocada, careciendo el señor César Diago de derecho para conservar las sumas legalmente recibidas.
Sentencia SL3322-2020 (Negrilla y subrayas de la Sala).

Con todo lo hasta aquí expuesto, para esta Sala de decisión se torna indiscutible la obligación en cabeza de WILSON ERNESTO MORALES RUIZ, MIGUEL RAMIRO HERNÁNDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERON, RODRIGO ANDRADE y JORGE LEGUIZAMON CUERVO de restituir las siguientes sumas de dinero que le fueron cancelados por parte de ECOPETROL como consecuencia de las órdenes de tutela dejadas sin efectos:

- WILSON ERNESTO MORALES RUIZ	\$373.375.728 (folio 26)
- MIGUEL RAMIRO HERNANDEZ VARGAS	\$131.975.915 (folio 27)
- HERMAN APARICIO CALDERÓN	\$161.663.433 (folio 28)
- RODRIGO ANDRADE	\$298.260.647 (folio 29)
- JORGE LEGUIZAMON CUERVO	\$456.929.515 (folio 30)

De lo que viene de decirse entonces, tal como lo concluyó la Juez de primer grado, si existió un enriquecimiento sin causa y por ende resulta procedente la confirmatoria de la sentencia apelada, en este punto.

Frente a la indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que

tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas que deben ser reintegradas por los demandados, como quiera que entre la fecha en que se causa habrá de transcurrir un tiempo considerable durante el cual dichos valores perderán poder adquisitivo, debiendo confirmarse en este aspecto la sentencia de primer grado.

Con relación a la excepción de prescripción formulada oportunamente por los demandados (folios 188, 360, 381)⁷, se tiene, tal como se expuso a lo largo de este proveído, las pretensiones de la demanda se fundan en la sentencia T-536 de 2011 adoptada por la Corte Constitucional que en revisión de la acción de tutela revocó las decisiones en virtud de las cuales la parte demandante pagó a los demandados la reliquidación de salarios y prestaciones por la inclusión del “*incentivo al ahorro*” como factor salarial, providencia de la que fue expedida el 6 de julio de 2011, y que les fuera remitida al Juzgado para su respectiva notificación al ahora demandante el 16 de mayo de 2012 (folio 326).

En ese sentido, diáfano resulta que para exigir el derecho reclamado en el presente proceso, la sentencia en la que se funda el mismo debe haber cobrado ejecutoria, en los términos del artículo 627 del C.G.P⁸., de allí que la

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en autos del 14 de diciembre de 2015 y 14 de marzo de 2016 (folio 794 y 799 a 800).

⁸ “Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas, o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ella se haya concedido apelación en el efecto devolutivo.

contabilización del termino prescriptivo debería iniciarse a partir de la fecha de notificación de dicha providencia; sin embargo, ante la ausencia de la constancia de la calenda en que se surtió dicho actuación resulta razonable tomar la fecha en que se profirió tal proveído. De este modo, considerando que ECOPETROL no elevó reclamación alguna a los demandados y acudió a la jurisdicción el 29 de mayo de 2014 (folio 74), no se cumplió el término de prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T.

Es importante anotar, para responder a lo advertido por el apoderado de los demandados MIGUEL RAMIRO HERNÁNDEZ VARGAS, HERMAN APARICIO CALDERON, RODRIGO ANDRADE y JORGE LEGUIZAMON CUERVO, no es posible contabilizar el término prescriptivo a partir de la sentencia T-1033 de 2010 por cuanto esta no era atinente al caso particular de los demandados.

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de ECOPETROL, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a los demandados, lo atinente a derecho es sean condenados en costas, como ello no fue así dispuesto, habrá de revocarse en este punto la sentencia de primer grado.

Finalmente, en lo que toca al condicionamiento plasmado en la sentencia de primera instancia de realizar un acuerdo de pago con los demandados, previo el cobro de lo adeudado por parte de ECOPETROL, considera la Sala que le asiste razón a la entidad al señalar que el mismo no resulta procedente en tanto no resulta razonable imponer dicha carga cuando la obligación es pura y simple, y surgió como consecuencia de la pérdida de efectos de unas sentencias que de

Si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, éste sólo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquélla, o de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición, sólo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de ésta”.

buena fe, y como era su deber, en su momento acató, por lo que se revocará en lo tocante la providencia de primera instancia.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la MODIFICACIÓN de la sentencia de primer grado.

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

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

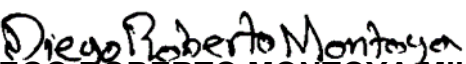
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral SÉPTIMO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se **REVOCAN** y correrán a cargo de los demandados.

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 GUILLERMO DE JESUS
LOAIZA CARMONA CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y la
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-
(RAD. 29 2019 00478 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar al abogado CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA como apoderado de la demandada UGPP, de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 1723 del 21 de octubre de 2013, conferida en la Notaría 26 del Círculo de Bogotá (folio 115).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante y la UGPP (fls. 112, 113 y 116), 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada UGPP y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral

del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 11 de septiembre del 2020 en la que se resolvió (Cd. 101, Record: 27:24):

“PRIMERO: DECLARAR que la pensión de invalidez de origen profesional reconocida al demandante GUILLERMO DE JESUS LOAIZA CARMONA identificado con la Cedula de ciudadanía No. 4.563.149 es compatible con la pensión de vejez que le fuera reconocida.

SEGUNDO: CONDENAR a la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social UGPP a continuar al demandante GUILLERMO DE JESUS LOAIZA CARMONA identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 4.563.149 la pensión de invalidez de origen profesional por ser compatible con la de vejez.

TERCERO: CONDENAR a la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social UGPP a reconocer y pagar el retroactivo pensional en favor del demandante causado a partir del 11 de septiembre del año 2014.

CUARTO: CONDENAR a la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social UGPP a reconocer los intereses moratorios y a liquidarlos a partir del 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en que sea incluido en nómina.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, es decir de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de septiembre del 2014.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la UGPP, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SEPTIMO: ABSOLVER a Positiva Compañía de seguros S.A de las pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: De no ser apelada la sentencia por parte de la UGPP CONSULTARSE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la UGPP recurre la sentencia expresando que ha realizado las actividades tendientes para garantizar el trámite efectivo de la solicitud del actor, pues incluso mediante Resolución RDP 008184 del 1° de marzo del 2018 se ordenó reincorporar en nómina al demandante a partir del 12 de diciembre de 1983 pero con efectos fiscales a partir del 11 de septiembre del 2014 condicionado a la aprobación del cálculo actuarial de conformidad con el Decreto 1437 del 2015, señalando conforme a dicha normativa no ser posible acceder a lo solicitado por el demandante hasta cuando el cálculo actuarial haya sido aprobado.

Por otro lado, afirma que la UGPP no incurrió en actuaciones dilatorias, temerarias o de mala fe por lo que considera no debe ser merecedora de la condena de costas impuestas. (Cd. fl. 106, record: 27:24)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GUILLERMO DE JESUS LOAIZA CARMONA, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda a folios 43 a 53, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 40 a 42; solicitando principalmente se declare que le asiste el derecho al reintegro de la pensión de invalidez de origen laboral por ser compatible con la pensión de vejez, en consecuencia se condene a la ARL POSITIVA y a la UGPP a reconocer y reanudar el pago de la pensión de invalidez de origen laboral, junto con el retroactivo a partir del 1° de diciembre del año 2006 fecha de retiro de la prestación económica, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las condenas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** pues se

¹ “Gracias su señora juez me permito presentar recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferido ante el proceso de la referencia, lo sustento en los siguientes términos:

Como quiera que la unidad ha realizado las actividades tendientes para garantizar el trámite efectivo de la solicitud del actor, se tiene que aclarar de la resolución RDP 008184 del 01 de marzo del 2018 se ordenó reincorporar en nómina al demandante a partir del 12 de diciembre de 1983 pero con efectos fiscales a partir del 11 de septiembre del 2014 condicionado a la aprobación del cálculo actuarial y que de conformidad con el decreto 1437 del 2015 pago referido en el presente acto administrativo quedo condicionado a la aprobación del cálculo actuarial por parte de positiva la cual debe ser aprobada por el ministerio de hacienda y crédito público o quien haga sus veces.

En ese sentido y conforme a lo establecido en la ley 1753 de 2015 mediante la cual se expide el plan general de desarrollo 2014-2018 en su artículo 139 señala que “las entidades responsables del cálculo actuarial de los pasivos pensionales de las entidades públicas de nivel nacional liquidadas presentaran al ministerio de hacienda y crédito público los cálculos actuariales que se requieran como resultado de las novedades a la nómina de pensionados y de cualquier otro derecho pensional o situación no recogidos en el cálculo actuarial aprobado”, pues de la lectura de este se puede concluir que en el presente caso no es posible acceder a lo solicitado por el demandante hasta cuando el cálculo actuarial haya sido aprobado conforme a lo mencionado en la resolución. Así las cosas y como quiera que no es procedente acceder a la pretensión principal las demás pierden sustento por depender de la prosperidad de la pretensión inicial.

Para concluir en el presente asunto mi representada no incurrió en actuaciones dilatorias, temerarias o de mala fe ya que solo se limitó a ejercer su derecho de defensa por lo que no debe ser merecedora de la condena de costas impuestas, en ese orden de ideas considero en los argumentos aquí expuestos alego mi respetuosa solicitud para que sea concedido el recurso ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y se revoque la sentencia que fue desfavorable a los términos expuestos, gracias señora juez.”

dispuso la reactivación de la pensión de invalidez del actor, ordenando el pago de las mesadas a partir del 11 de septiembre del 2014 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, así mismo condeno al pago de los intereses moratorios desde el 11 de noviembre del 2017, todo lo anterior tras considerar que el actor es beneficiario tanto de la pensión de invalidez de origen profesional como la reconocida por el ISS de vejez, al tratarse de prestaciones con fuentes de financiación diferentes al cotizarse de manera separada para cada riesgo, no generándose incompatibilidad alguna entre las mismas.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, estableciendo en primer lugar si las pensiones reconocidas al demandante son de carácter compatible, a efectos de verificar las condenas impuestas a la pasiva.

Así las cosas, lo primero que ha de indicarse es que en esta instancia no se discuten los siguientes supuestos fácticos: (i) el extinto Instituto de Seguros Sociales reconoció a Guillermo Loaiza Carmona una *“prestación económica por invalidez de origen profesional”* mediante Resolución N° 00506 del 15 de marzo de 1984 a partir del 12 de diciembre de 1983 en cuantía de \$2.068 (fls. 3 y 4); (ii) la citada entidad mediante la Resolución N° 4419 del 23 de octubre del 2003 le concedió la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 en cuantía de \$520.009 a partir del 5 de enero del 2004 (fls. 5 a 7); y (iii) al demandante le fue suspendido el pago de la pensión de invalidez con el argumento de que las dos prestaciones eran incompatibles mediante acto administrativo No.1793 del 9 de octubre del 2006, a partir del ciclo noviembre 2006 (fls. 8 a 10).

En este orden, a efectos de determinar la compatibilidad entre dichas pensiones, la Honorable Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento realizado en la sentencia SL 17447 de 24 de septiembre de 2014, señaló:

“(...) los referentes actuales de esta Sala de Casación Laboral para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no existe

una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación (...)”.

Corolario de lo anterior, es claro que en autos se dan los presupuestos citados, en tanto ambas prestaciones reconocidas al accionante (invalidez de origen profesional y vejez) protegen contingencias diferentes, pues la de vejez cubre un riesgo común y la de invalidez por riesgo profesional ampara riesgos derivados de la actividad laboral, aunado a que tienen fuentes de financiación autónomas e independientes que implican por ende una cotización separada a cargo exclusivo del empleador, y poseen una reglamentación diferente.

Al punto la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral señaló que *“Tales prestaciones cubren riesgos diferentes y están sujetas a reglamentaciones distintas, que atienden, en cada caso, derechos de naturaleza disímil del Sistema Integral de Seguridad Social. Partiendo de la Ley 90 de 1946 y de ahí en adelante, en donde, sin confusión de sus efectos jurídicos, protegen contingencias incomparables como lo son el riesgo de invalidez, vejez y muerte de origen común y las eventualidades del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, respecto de las cuales, para cada una, de manera autónoma, las normas han determinado su propio concepto y sus respectivas consecuencias”* (SL 5125 del 20 de noviembre del 2018)

Igualmente en sentencia SL 3148 del 5 de agosto del 2019 la misma Corporación expresó

“ (...) tiene dicho esta Sala que puede existir compatibilidad entre las pensiones derivadas del sistema de riesgos laborales y el pensional, como refiere la decisión arriba mencionada, reiterando lo plasmado en las sentencias CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 33558, CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 33265 y, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 40560, cuando quiera que estas tienen causas, fuentes de financiación, finalidades y regulaciones diferentes.

Entre las hipótesis que permiten la compatibilidad se encuentran:

1. Cuando una persona pensionada por vejez se reincorpora a la fuerza laboral y se afilia al sistema de riesgos laborales, en el evento de acaecer accidente o enfermedad de origen profesional, tiene derecho a las prestaciones que reconoce la administradora de riesgos laborales. Así se indicó en providencia CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 33265, reiterada en la sentencia CSJ SL1040-2018 (...)

(...)

2. Cuando una persona está disfrutando de una pensión de invalidez de origen

profesional y luego cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez,
tópico que se trató en sentencia CSJ SL3153-2014, dentro de la cual se argumentó:

Como los dos cargos planteados están dirigidos por la vía directa, no se discute que el ISS le reconoció al actor una pensión de invalidez de origen profesional, mediante Resolución 3568 de 29 de marzo de 1977, y que al otorgarle esa misma entidad la pensión de vejez, le suspendió el pago de la primera prestación mediante Resolución 05254 a partir de 26 de julio de 1994, por considerar que ambas pensiones eran incompatibles.

Así las cosas, si bien el criterio jurisprudencial que utilizó el Tribunal para negar la compatibilidad de las pensiones referidas fue prohijado por esta Sala, también lo es que el mismo fue rectificado en sentencias del 22 de febrero de 2011, radicación 34820, y recientemente en la del 13 de febrero de 2013, radicación 40560, en la que se dijo lo siguiente:

[...]

De conformidad con la orientación de la Corte, contenida en la sentencia acabada de reproducir, surge incontrastable que el Tribunal incurrió en los errores jurídicos que le atribuye la censura, al concluir que la pensión de invalidez de origen profesional es incompatible con la prestación de vejez, ambas reconocidas al actor por el ISS.

(...)

En la hipótesis número 2, el pensionado por una invalidez de origen laboral, no queda excluido del régimen pensional, pues accederá a la pensión de vejez, cuando complete los requisitos que el subsistema pensional en el que se encuentre le exija. Al igual que en la hipótesis anterior, sus causahabientes percibirán, por su deceso, ambas pensiones.” (Subrayas fuera de texto)

De tal manera y conforme a los apartes jurisprudenciales transcritos, en el caso de autos, no existe incompatibilidad entre la Pensión de invalidez de origen profesional cuya reactivación aquí se persigue, con la pensión de vejez que se encuentra disfrutando el accionante, razones por las cuales es procedente ordenar a la demandada UGPP que reactive la prestación por invalidez a partir de la misma fecha y en las mismas condiciones.

En cuanto al retroactivo pensional causado, esta Sala de decisión encuentra que operó parcialmente el fenómeno de la prescripción, dado que mediante la Resolución No. 1793 del 9 de octubre del 2006 (fls. 8 a 10) se ordenó retirar de la nómina de pensionados por Riesgos Profesionales al actor a partir de noviembre de ese año, y el actor elevó reclamación ante la demandada solo hasta el 11 septiembre del 2017 (fls. 20 a 27), la que fue resuelta por la UGPP por Resolución RDP 0008184 del 1° de marzo del 2018 (fls. 28 y 28), por ende tal reclamación logró interrumpir la prescripción, conforme a lo previsto por el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, como quiera que la demanda fue radicada el 1° de agosto del

2019 (fl. 65), de modo que tal que como lo advirtió la juez de primer grado, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de septiembre del 2014 (3 años anteriores a la reclamación 11/09/2017) se encuentran prescritas, por ende se confirma en este punto la sentencia apelada.

No obstante la Sala no podrá concretar el retroactivo adeudado como quiera que se desconoce el valor de la mesada por invalidez que se encontraba devengando el accionante para el momento en que le fue suspendida la prestación (noviembre del 2006).

De otra parte, en relación con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, baste con señalar la prestación de invalidez de origen profesional, fue reconocida antes de que empezara a regir el Sistema General de Pensiones (12 de diciembre de 1983), por lo tanto, su reconocimiento no es procedente, sin que este entendimiento se haya modificado pues en los términos de la reciente sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3130 del 19 de agosto del 2020 *“los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”*, revocándose esta condena en virtud del grado jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP.

En relación con los argumentos de la UGPP dirigidos a establecer su imposibilidad en el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional del actor por no haberse expedido el cálculo por parte de la ARL POSITIVA, baste con señalar, la carga de los trámites necesarios para el pago de las mesadas pensionales del accionante se encuentra es en cabeza de la UGPP, sin que ello sea óbice para el reconocimiento pensional, aunado a que conforme el Decreto 1437 del 30 de junio del 2017 artículo 3² la UGPP es la encargada de efectuar y llevar a término las

² **“ARTÍCULO 3°. Cálculo actuarial.** Positiva Compañía de Seguros S. A., deberá elaborar y presentar para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público un cálculo actuarial de todas las obligaciones pensionales que se encuentran en la nómina de pensionados y que en virtud de la Ley 1753 de 2015 se trasladan a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) efectuará y llevará a término las acciones que conduzcan a la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los cálculos actuariales de los derechos pensionales que no se encuentren incluidos en el cálculo actuarial inicialmente aprobado.

Sin dichos ajustes al cálculo actuarial el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), no podrá realizar el pago de las respectivas mesadas pensionales. Para el efecto, el Fondo de Pensiones Públicas del

acciones que conduzcan a la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los cálculos actuariales de los derechos pensionales que no se encuentren incluidos en el cálculo actuarial que elabore y presente POSITIVA, reiterando tales situaciones administrativas no pueden ser achacables al pensionado, por ende no puede ser una eximente de su responsabilidad.

Finalmente, frente al punto de apelación 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 la UGPP, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, confirmándose en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Agotada como se encuentra esta instancia, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, en lo atinente a la condena por intereses moratorios, conforme a lo considerado.

Sin **COSTAS** en el grado de jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la UGPP.

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

RESUELVE

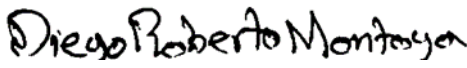
PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, para en su lugar **ABSOLVER** a la UGPP del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Nivel Nacional (Fopep), deberá cruzar cada seis (6) meses la nómina general de pensionados con el cálculo actuarial respectivo y aplicar los mecanismos de control establecidos para tales fines."

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo considerado.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada UGPP.

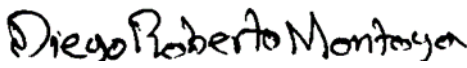
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR TITO PABLO ROJAS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- e
INCOLBEST S.A. (RAD. 30 2018 00661 01).**

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folio 184 vto).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte del demandante, Colpensiones e Incolbest (fls. 178, 180 a 184, 195 y 196), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de agosto del 2020 (Cd fl. 166, record 34:25 acta a fls. 164 y 165) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARESE** que el señor TITO PABLO ROJAS identificado con la Cedula de Ciudadanía No: 9.806.449 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo y cumplir con los requisitos*

establecidos en el Decreto 2090 del año 2003 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENESE a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a favor del señor TITO PABLO ROJAS en cuantía mensual de \$1.295.461 más los ajustes de orden legal prestación causada a partir del 1° de enero del 2019 por trece mesadas anuales por las razones expuestas en la parte motiva de este providencia.

TERCERO: CONDENESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar al señor TITO PABLO ROJAS por concepto de retroactivo pensional causado entre el el 01 de enero del 2019 al 30 de agosto del 2020 la cantidad de \$27.588.495.

CUARTO: CONDENESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar al señor TITO PABLO ROJAS los intereses moratorios conforme a lo establecido en el artículo 141 de la ley del año 1993 los que se causan a partir del 01 de julio (sic) de 2019 y hasta que se verifique el pago del retroactivo aquí ordenado por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: DECLARESE no probadas las excepciones planteadas conforme a lo expuesto

SEXTO: ABSUELVASE a la demandada INCOLBEST S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por lo expuesto.

SEPTIMO: CONDENESE en **COSTAS** de esta instancia a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones liquídense por secretaria e inclúyanse por concepto de agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$1.950.000.

OCTAVO: Sin COSTAS ni a favor ni en contra de INCOLBEST S.A.

NOVENO: CONSULTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá conforme a lo expuesto.”

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 en favor de la demandada Colpensiones, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyen los anhelos del demandante en el presente proceso, las pretensiones relacionadas a folios 67 y 69, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relacionados a folios 63 a 65, solicitando principalmente que se declare que estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas como el Asbesto, en consecuencia se condene a Colpensiones a conceder la

pensión especial de vejez por alto riesgo por tener más de 1517 semanas de cotización general, 1008 de ellas con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, a partir del 24 de abril del 2018, junto con los intereses moratorios, derecho *ultra y extra petita*, costas del proceso. Igualmente solicita que de encontrarse responsable a INCOLBEST de la omisión en la entrega correcta de información para que fuera concedida la pensión especial, sea condenada a cubrir las mesadas pensionales hasta que COLPENSIONES asuma esta prestación. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se condenó al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez pero a partir del 1° de enero del 2019 (día siguiente a la última cotización), en cuantía inicial de \$1.295.461, retroactivo hasta agosto del 2019 en la suma de \$27.598.495, y en adelante el pago de las mesadas ajustadas en total de 13 al año e intereses moratorios a partir del 1° de enero del 2019 y hasta que se verifique el pago. Lo anterior, luego de considerar que el demandante acreditó la prestación de servicios en actividades de alto riesgo, por haber estado expuesto a sustancias cancerígenas durante la prestación de sus servicios a Incolbest S.A., declaró que no es beneficiario del régimen de transición, y encontró acreditados los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos en el Decreto 2090 de 2003 practicó e incorporó el cálculo del I.B.L. y el retroactivo a folios 155 a 159 del expediente.

Pues bien, resulta oportuno señalar, en autos se encuentra acreditada la relación laboral entre el demandante y la sociedad INCOLBEST S.A., de la cual emerge el derecho pretendido, la cual se mantuvo vigente entre el 7 de julio de 1988 hasta el 18 de diciembre del 2017 conforme la documental visible a folios 142 y 143 del plenario, circunstancia igualmente aceptada por tal encartada en la contestación de la demanda (rta hecho 1 fl. 107)

En ese orden, y dado que el presente asunto arriba a esta Corporación a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la encartada, entrara la Sala a verificar la procedencia de las condenas impuestas.

Así las cosas, en primer lugar, se halla a folios 143 y 153 CERTIFICACIÓN expedida por INCOLBEST S.A., según la cual, el actor prestó sus servicios en la **“Planta Fricción Fontibón, centro de trabajo clasificado por ARL SURA como**

clase de riesgo V, desde el 07 de julio de 1988 hasta el 30 de noviembre de 2007 ejerciendo los funciones propias del cargo de Operario y en los siguientes roles: mezclado, horneado, perforado, remachado, perforado, reimpregnación, granallado de platina, formado, corte, pintura, marcado, limpieza, embobinado, curado, rectificado, ranurado, empaque, chaflan y desengrase de platina. .

En esa medida, procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio a efectos de establecer la exposición del actor a sustancias cancerígenas, destacando al respecto en primer lugar, en la contestación de la demanda INCOLBEST señaló que el actor *“ejecutó sus funciones en la Planta de Materiales de Fricción centro de trabajo donde se empleó el asbesto crisotilo como materia prima”*, igualmente indicó: *“el señor TITO PABLO ROJAS realizó actividades de alto riesgo, en el entendido que, allí se empleó el asbesto crisotilo como materia prima”* (fl. 109).

Igualmente, se allega certificación a folio 154 por la misma sociedad donde se señala que el cargo desempeñado por el accionante fue el de *“operario en actividades que según Decreto 2090 de 2003 son catalogadas como de Alto Riesgo. INCOLBEST S.A. cotizó al sistema de PENSIONES DE VEJEZ POR ALTO RIESGO con los puntos adicionales, de acuerdo con lo establecido por los Decretos 1281 de 1994, y 2090 de 2003”*

Ahora la testigo traído a juicio, señora ANDREA ALEJANDRA JURADO BEJARANO¹, Coordinadora de Relaciones Laborales de Incolbest S.A., manifestó que el señor TITO PABLO ROJAS fue un operario de producción en la Planta de Fricción de julio de 1988 a noviembre del 2007 en el complejo de Fontibón el cual está calificado como de alto riesgo por la ARL, por lo cual expresa le pagaron como *“alto riesgo”* a las personas que trabajan con asbesto quienes según su dicho cuentan con el mayor cuidado de factores y elementos de protección, cumpliendo con la reglamentación propia, aduciendo para el caso propio del accionante han realizado el pago de los aportes con el 6% y 10% adicional de acuerdo con los Decretos 1281 de 1994 y 2090 del año 2003, así mismo indicó que de diciembre del 2007 a diciembre del 2017 el accionante ejerció sus funciones como Auxiliar de Producto Terminado en un edificio diferente donde

¹ Cd. fl. 163, record: 21:10

existía riesgo II y por ende mientras estuvo allí no se hicieron aportes para alto riesgo, ya que allí no estaba expuesto a este, en tanto en dicha área el producto ya se encontraba listo para empacar.

En ese orden, para esta Sala de decisión la versión de éste deponente goza de total credibilidad dado que su dicho deriva de la percepción directa de los hechos objeto de debate, en razón al cargo que ocupa dentro de la empresa accionada, aunado a que ratifica lo hallado en la prueba documental antes referida.

De acuerdo con los anteriores elementos de juicio, concluye la Sala que durante la vinculación laboral con INCOLBEST S.A. en el periodo del 7 de julio de 1988 al 30 de noviembre del 2007, el demandante estuvo sometido a un ambiente contaminado por polvo de asbesto, situación que corrobora la cotización de alto riesgo realizada por la ex empleadora a nombre del accionante, como lo certificó a folio 154 del plenario.

En ese orden, un análisis armónico y razonado de las pruebas referidas en precedencia, lleva a la Sala al convencimiento de que el demandante era uno de aquellos *“trabajadores con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”* en los términos del numeral 4º del artículo 2º del Decreto 2090 de 2003.

Así pues, como quiera que el demandante se desempeñó en actividades de alto riesgo cuando prestó sus servicios a Incolbest S.A. del 7 de julio de 1988 al 30 de noviembre del 2007 debe contabilizarse todo este periodo laborado a efectos de causar la prestación pensional especial de vejez reclamada, no sobra agregar, en este punto del estudio que se adelanta, los tiempos servidos al mismo empleador, anteriores a la expedición de la normativa a partir de la cual resulta exigible los puntos adicionales de cotización, 9 de junio de 1994 (Fecha de expedición del Decreto 1281 de 1994), deben ser igualmente sumados para tal contabilización, así lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia con radicado N° 38948 de 29 de mayo de 2012².

² “...También alude la demandada en la apelación a que no se hizo la cotización adicional para pensiones especiales de vejez conforme al Decreto 1281 de 1994. Para rechazar ese argumento basta acotar que todas las cotizaciones para actividad de alto riesgo las hizo el afiliado antes de la vigencia de dicha normatividad, por lo que mal podría exigirse en este caso el cumplimiento de un porcentaje de cotización adicional. Por lo demás, como lo señaló la Corporación en sentencia de 21 de noviembre de 2007, rad. N° 30830, se trata de

En conclusión, se itera, el tiempo laborado por el actor al servicio de INCOLBEST S.A., del 7 de julio de 1988 al 30 de noviembre del 2007, debe entenderse cotizado en actividad de alto riesgo, estableciéndose **997** como total de semanas cotizadas hasta ese periodo, advirtiéndose en toda su vida laboral tiene cotizadas 1532,57 semanas hasta el 31 de diciembre del 2018 (*ver historia laboral aportada por Colpensiones en medio magnético a folio 101, impresa para mayor claridad a folios 170 a 177*).

Ahora bien, la norma aplicable al actor es el Decreto 2090 de 2003, como quiera que en sentencia de primer grado se declaró que no es beneficiario del régimen de transición, no fue objeto de apelación por parte del actor, y se verifica en ésta instancia, por cuanto, pese a contar con más de 500 semanas de cotización especial para la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto -28 de julio de 2003-³, lo cierto es que no cumple los requisitos del art. 36 de la Ley 100 de 1993, acorde a la exigencia del parágrafo de esta norma, toda vez que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), no tenía 40 años de edad⁴, ni 15 años de servicios⁵.

Por lo anterior, el derecho a la pensión de vejez especial deprecada, se rige por el artículo 3º del Decreto 2090 de 2003⁶, cumpliendo el señor TITO PABLO ROJAS claramente con la densidad de semanas exigidas por ésta norma: 700, teniendo cotizadas un total de 997 semanas en actividad de alto riesgo como atrás se

una obligación a cargo del empleador cuyo incumplimiento no puede acarrear desmedro en los derechos pensionales del trabajador que prestó sus servicios en actividades de alto riesgo...”.

³ *Debiendo contabilizarse para el efecto las laboradas en actividad de alto riesgo con anterioridad a las exigidas en la norma, conforme lo definido por la Corte en la sentencia antes citada (37279) “...Siendo ello así, como en efecto lo es, el sentenciador de segundo grado debió considerar las semanas laboradas por el actor en la actividad de alto riesgo con anterioridad a la vigencia de tales disposiciones...”*.

⁴ Nació el 6 de junio de 1966, cumplió 40 años el mismo día y mes de 2006 y para el 1º de abril de 1994 tenía 27 años de edad (fecha de nacimiento consignada en la Resolución SUB 210669 del 8 de agosto del 2018 fl. 6).

⁵ Pues empezó a cotizar el 8 de julio de 1988 (fl. 170), por lo que para 1994, sólo alcanzaría un máximo aproximado de 5 años, 8 meses y 18 días.

⁶ *PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

indicó; ahora, aun cuando el art. 4^o establece como condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, haber cumplido 55 años de edad⁸, lo cierto es que el texto de dicha norma, también agrega la edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años, sin embargo debe igualmente tenerse en cuenta la desafiliación del sistema para el disfrute de la prestación, precisándose si bien obra novedad de retiro por parte de INCOLBEST para el mes de diciembre del 2017 (fl. 176 vto), lo cierto es que el actor se volvió afiliarse al sistema en calidad de trabajador independiente, realizando su última cotización para el mes de diciembre del 2018, por lo que la data desde la cual se concederá la prestación pensional será el **1° de enero del 2019 día siguiente a la última cotización**, fecha para la cual el actor ya contaba con más de 50 años de edad -53 años-.

De otra parte, en relación con el monto de la pensión, debe darse aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, tomando para su cálculo la totalidad de las semanas cotizadas: 1532,57, aplicándose al efecto al IBL de toda la vida y al de los 10 últimos años conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por faltarle al demandante más de 10 años⁹ para adquirir su derecho pensional y tener cotizadas más de 1250 semanas cotizadas.

Acorde a lo precedentemente expuesto, y atendiendo las operaciones realizadas por el grupo liquidador creado para tal fin, incorporado a la presente decisión, sobre el cálculo de los últimos 10 años por ser el más favorable y teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del **70.63%** del salario base de liquidación

7 ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

⁸ La cual no ha alcanzado el demandante, recordándose su natalicio fue el 6 de junio de 1966 (fl. 6), en virtud a lo cual sólo arribará a esa edad el mismo día y mes del año 2021.

⁹ Para el 6 de junio de 2016 fecha en que cumplió los 50 años de edad, le faltaban 22 años.

(conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993), la primera mesada pensional del actor asciende a: **\$1.016.625,59¹⁰ para el 1° de enero del 2019**, la cual resulta inferior a la obtenida en primera instancia de \$1.295.461, como quiera que el a quo tomó una tasa de reemplazo del 90% (ver liquidación fl. 159), advirtiéndose errónea tal operación como quiera que conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 el monto de la pensión no puede superar el 80% del IBL, por ende habrá de modificarse la decisión de primera instancia.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de Colpensiones, estas deberán corresponder a 13 mesadas anuales, por cuanto el derecho pensional del accionante se causó después del 31 de julio del 2011 y el valor de la mesada supera los 3 salarios mínimos (Inciso 8° y parágrafo 6 del Acto Legislativo 01 del 2005).

De este modo el retroactivo adeudado del 1° de enero del 2019 al 31 de agosto del 2020 (fecha de liquidación del juez), asciende a la suma de **\$21.658.188**, el cual actualizado al 31 de diciembre del 2020 arroja **\$26.934.473,65¹¹**, el cual se

10

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2008	256	64,820	100,00	1,543	\$ 921.570,31	\$ 1.421.737,60	\$ 12.132.160,86
2009	360	69,800	100,00	1,433	\$ 906.916,67	\$ 1.299.307,55	\$ 15.591.690,54
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 923.500,00	\$ 1.297.050,56	\$ 15.564.606,74
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 995.333,33	\$ 1.355.116,86	\$ 16.261.402,31
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 1.038.416,67	\$ 1.362.930,39	\$ 16.355.164,72
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 1.089.333,33	\$ 1.395.686,53	\$ 16.748.238,31
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 1.113.500,00	\$ 1.399.572,65	\$ 16.794.871,79
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 1.169.083,33	\$ 1.417.586,19	\$ 17.011.034,32
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 1.243.500,00	\$ 1.412.265,76	\$ 16.947.189,10
2017	348	93,110	100,00	1,074	\$ 2.103.310,17	\$ 2.258.951,96	\$ 26.203.842,77
2018	116	96,920	100,00	1,032	\$ 779.946,28	\$ 804.732,02	\$ 3.111.650,49
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 172.721.831,94
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.439.348,60
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					70,63%
		Primera mesada					\$ 1.016.625,59

11

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.016.625,59	13,00	\$ 13.216.132,6
01/01/20	31/08/20	3,80%	\$ 1.055.257,00	8,00	\$ 8.442.056,0
Subtotal retroactivo desde 01-01-2019 a 31-08-2020					\$ 21.658.188,6
01/09/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.055.257,00	5,00	\$ 5.276.285,0
Subtotal retroactivo desde 01-09-2020 a 31-12-2020					\$ 5.276.285,00

seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de pensionados, modificándose en este aspecto el fallo consultado.

En relación a los intereses moratorios pretendidos, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013¹², como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable y por lo tanto aunque no era procedente la negativa al reconocimiento pensional, solo hasta que se acudió a la jurisdicción se determinó que le asiste el derecho al accionante para acceder a la prestación por haber sido un trabajador expuesto a sustancias cancerígenas del 7 de julio de 1988 al 30 de noviembre del 2007, para lo cual fue necesario acudir al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existían razones atendibles que aunque no son compartidas por la Sala de decisión, justifican la omisión en el reconocimiento, y en ese orden se revocará esta condena, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones.

En cuanto al medio exceptivo de la prescripción oportunamente propuesto por la demandada COLPENSIONES (fl. 95 admitida su contestación a fl. 146), la Sala desde ya lo declarará no probado, dado que la pensión se hizo exigible el 1° de enero del 2019 día siguiente al retiro del sistema (fl. 172) reclamando el demandante su derecho con anterioridad, esto es, el 24 de abril del 2018 como se extrae del contenido de la Resolución SUB 210669 del 8 de agosto del 2018 (fl. 4), siendo negada por Colpensiones mediante actos administrativos Nos. 210669 del 8/8/2018, 237578 del 8/09/2018 y 17089 del 20/09/2018 (ver fls. 4 a 8, 17 a 23 y 25 a 30) e interponiendo la demanda el 24 de octubre del 2018 (fl. 61), por lo que

¹² “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

no es dable predicar que el término trienal de prescripción operará dentro del presente asunto, lo anterior con fundamento en lo previsto en los arts. 488 y 489 del C.S.T en concordancia con el art. 151 del C.P.L.

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

Así las cosas, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es modificación y la revocatoria parcial del fallo de primera instancia en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en ésta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** del fallo de primer grado para en su lugar establecer que el valor de la mesada pensional del señor TITO PABLO ROJAS para el 1° de enero del 2019 ascendía a la suma de **\$1.016.625,59**, precisándose el retroactivo adeudado desde esa data y hasta el 31 de diciembre del 2020 asciende a **\$26.934.473,65**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de pensionados.

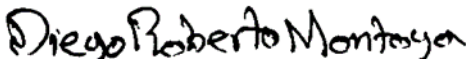
SEGUNDO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia y en consecuencia **ABSOLVER** a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios, conforme a lo expuesto.

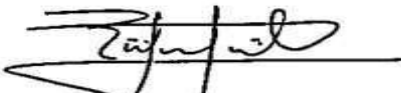
TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que se adeude al demandante.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, en primera quedan a cargo de la parte demandada COLPENSIONES.

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 LILIANA PATRICIA
BOTERO TRUJILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 33 2018 00356 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PROTECCIÓN (folios 127 a 129) y COLPENSIONES (folios 130 a 133), mediante correos electrónicos del 9 y 10 de diciembre, 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 123 A, récord 1:11:01, acta de audiencia folios 122 y 123), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de LILIANA PATRICIA BOTERO TRUJILLO, identificada con cédula de ciudadanía No.30.298.419 de Manizales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y con esto, la afiliación realizada el 25 de noviembre de 1996.*

SEGUNDO: DECLARAR que LILIANA PATRICIA BOTERO TRUJILLO, actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de LILIANA PATRICIA BOTERO TRUJILLO a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con sus respectivos intereses, rendimientos incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante la afiliación.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN a pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en Régimen de Prima Media, las cuales serán asumidas de su propio patrimonio teniendo en cuenta que fue esta entidad la que dio origen al acto de afiliación declarado ineficaz. Para tal efecto, se conmina a COLPENSIONES a fin de que ejerza las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar lo que incluye, reitero, gastos de administración y comisiones previamente referidas.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de LILIANA PATRICIA BOTERO TRUJILLO.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONMINAR a COLPENSIONES y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, proceda a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media al RAIS.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN. Como agencias en derecho, el despacho señala 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOVENO: Si esta providencia no es apelada por COLPENSIONES, deberá surtirse el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las convocadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

En primer lugar, PROTECCIÓN solicita se revoque la sentencia en su integridad y, en su lugar, se le absuelva de todas las súplicas de la demanda. Como sustento de ello alude, la jurisprudencia en la que se funda la sentencia fue posterior a la celebración del negocio jurídico, no siendo posible segmentar el deber de diligencia y cuidado efectuando indicaciones al afiliado más allá de lo que dice la ley.

En su sentir, se encuentran configurados los elementos para la existencia de un error de derecho ya que “*desconocer la ley es tanto como equivocarse en derecho*” no siendo posible sacar un provecho o beneficio legal de tal desconocimiento.

De otra parte, sostiene, no se analiza la situación personal de la demandante, ni sus capacidades o la forma como dio su consentimiento, debiendo tenerse en cuenta que leyó el formulario, lo diligenció y no formuló reparo alguno frente a su contenido.

Con relación a los gastos de administración, no encuentra razón para privar de ellos a los fondos administradores de pensiones y recuerda que fue la Ley 100 de 1993 la que autorizó a la AFP para descontar los mismos, es decir no contravino la ley y por tanto, estaba legitimado a devengarlos. Sobre ese punto se cuestiona, porqué si lo que se declara es la ineficacia de la afiliación y las cosas deben volver a su estado original deben entregarse los rendimientos y los gastos de administración como si el fondo de pensiones “*hubiera actuado de mala fe*” o con “*violencia de la ley*”, advirtiendo la sanción se impone con fundamento en la jurisprudencia que es solo un criterio de interpretación.

Por otro lado, señala, ordenar pagar las diferencias entre lo que sería una pensión en el RAIS y una en COLPENSIONES con cargo al patrimonio propio del administrador de fondos de pensiones, sería tanto como endilgarle a PROTECCIÓN una actuación dolosa o perjuicios que no tienen sustento dentro del desarrollo del proceso, además, refiere no entender de donde emana tal perjuicio cuando la sociedad actuó conforme a la ley.

Finalmente, frente a la condena en costas, insiste en que no ha violado las disposiciones normativas y recuerda que la condena se impone con fundamento en una jurisprudencia que fue desarrollada con posterioridad a la celebración del negocio jurídico¹ (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 123 A, récord 1:13:43, acta de audiencia folios 122 y 123).

¹ “*Gracias señor juez, me permito apelar el fallo que acaba de emitir su despacho con el objetivo de que el superior lo revoque y en su lugar, absuelva a mi mandante de las súplicas de la demanda.*”

Sustento mi inconformidad con el fallo apelado en el sustento que de todas maneras se le ha dado, puesto que no obstante que la providencia ha procurado en tres contingencias que debió en su momento haber cumplido

la administradora en su momento según el dicho jurisprudencial, es claro que estas jurisprudencias que desarrollan las leyes existentes en el momento de la afiliación, fueron posteriores a la celebración del negocio jurídico, y que no puede solamente segmentarse el deber de diligencia y cuidado, a que la parte que se afilia reciba una explicación más allá de lo que dice la ley, porque realmente ese no es el contenido de la ley 100 ni de las normas que la desarrollan ni de las demás normas complementarias como analogía iuris o analogía legis, en forma tal que en donde el legislador no distingue, no le es dado al intérprete distinguir y donde no se ha puesto una exigencia mal puede el intérprete, en aras de aplicar la ley, hacerla o traerla a cuento, así sea para favorecer a una u otra parte dentro del proceso puesto que esto desequilibra la relación.

De otro lado, yo encuentro que sí se dan los elementos propios para que hubiere un error de derecho, según lo expuesto entre otras cosas, por el apoderado de la codemandada, debido a que desconocer la ley es tanto como equivocarse en derecho, y no se puede cobijar una persona bajo ese desconocimiento en procura el beneficio legal. Ahora, ¿qué hay que explicar qué es lo que quiere decir la ley? En ninguna parte de la ley dice eso, el artículo 9 del código civil dice: el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, no hay distinción sobre ese punto de un lado. De otro lado, se deja sin analizar la situación personal de la señora demandante, es decir, su capacidad, la forma como dio su consentimiento. En aquel entonces existía la exigencia del formulario, lo leyó, lo llenó, ella no se quejó del formulario. Ahora se desarrolla o se abren ventanas frente a esa postura, pero apoyado en jurisprudencias, repito, posteriores porque la información que se dio, se dio de manera verbal y sobre eso tampoco hubo queja por parte de la demandante.

Otro punto que motiva mi inconformidad frente con el fallo, es el que tiene que ver con la pérdida de los gastos de administración, porque siendo la ley 100 de 1993 una ley vigente, declarada exequible, estudiada y analizada por las autoridades, y siendo esta ley la que faculta para que PROTECCIÓN en desarrollo de su objeto se gane unos gastos de administración, no veo por qué razón se va a privar de ellos cuando la censura acá no ha sido la violación de la ley, que hubiera sido un punto diferente, lo que sitúa a mi mandante en la legitimidad para devengar esos gastos de administración.

En el sentido contra opuesto, se declara la ineficacia de la afiliación, si buscamos el concepto, ineficaz es lo que no produce efectos y entonces ¿por qué la señora demandante se lleva gastos de administración y se lleva rendimientos? ¿Por qué si el negocio no produce efectos? Quiere decir que las cosas desaparecerían, “tome sus dineros que está en cuenta y si se ha de llevar los gastos de administración, yo Administradora me quedo con los rendimientos, como para que las cosas vuelvan o tomen u equilibrio”, de lo contrario, es tanto como que ella está “comiendo a dos carrillos” se está llevando su capital, sus intereses, la sumas que se hayan producido, los gastos de administración, todo esto como si PROTECCIÓN hubiera actuado de mala fe o como si protección hubiera actuado con violencia de la ley, o como si la hubiere obligado. Esto se está sancionando con base en jurisprudencia y la jurisprudencia no es sino un criterio de interpretación que tiene que ser medido con un rasero diferente en atención a la situación que se presenta.

De igual manera, reclamo contra la sentencia en lo relativo a que PROTECCIÓN debería sacar de su propio patrimonio la diferencia entre lo que sería una pensión en el RAIS y lo que sería una pensión en COLPENSIONES, es tanto como endilgarle a PROTECCIÓN una actuación dolosa o dolosa y repito, aquí no hay dolo o culpa, lo ha mencionado el despacho, yo soy quien colijo esa situación, puesto que si se condena en perjuicios a una persona y esto es un perjuicio, decir que la administradora con su patrimonio cubra la diferencia entre lo que sería la pensión de ella en COLPENSIONES es tanto como un perjuicio, es decir, un detrimento en el patrimonio no es sino un perjuicio y yo reclamo contra eso, porque no veo de donde pueda salir en el desarrollo del proceso, demanda, respuesta, situación planteada y aun del análisis jurisprudencial, no veo de donde pueda salir un perjuicio cuando una persona actúa conforme la ley, una persona natural o jurídica actúa con base en la ley. Habrá que demandar será la existencia de la ley 100 del 93 pero mientras eso no ocurra, la administradora está actuando con base en ella, luego no puede causarle perjuicio a ninguna persona cuando actúa conforme la ley porque en ese caso sería la ley responsable y no quien la aplica. De manera que por esas razones también protesto contra esa condena que yo título de perjuicio así no se le haya llamado de esa manera en la sentencia que estoy atacando, pero que es el punto cuarto de la parte resolutive.

Y por ahí derecho viene el tema de la condena en costas, no hablo del quantum sino del ítem, condena en costas sobre la misma base, es decir, se ha perdido el proceso o se ha impuesto una decisión negativa para mi mandante en la parte resolutive de la sentencia con base en desarrollos jurisprudenciales, aquí la cuestión es la ley y PROTECCIÓN no ha violado la ley, si no ha violado la ley, la sentencia tiene que ser otra distinta de esta y en el punto al que me estoy refiriendo en concreto de las costas, no tiene por qué haber condena en costas cuando se condena y con base en jurisprudencias porque esos son desarrollos doctrinales y para el caso, lo digo por cuarta vez, posteriores a la celebración del negocio jurídico.

A su turno, COLPENSIONES, advierte, aunque no le fue impuesta directamente una condena, lo cierto es que con la determinación adoptada se causa un detrimento económico al régimen de prima media.

Crítica la aplicación de la línea jurisprudencial que predica la inversión de la carga de la prueba en cabeza de las administradoras de fondo de pensiones de demostrar que brindó una asesoría clara, concreta advirtiendo, la tesis de la Corte no puede ser aplicada pues las personas sobre las que versan las sentencias estaban en unas situaciones especiales, contaban con una expectativa legítima, eran beneficiarios del régimen de pensión o estaban próximos a cumplir los requisitos para el reconocimiento pensional y, en todo, caso, habían sufrido un perjuicio grave de sus derechos pensionales, que iba más allá de una mala información, que en el asunto, dice, no está acreditada.

Alude, en sintonía con lo aludido por PROTECCIÓN, la línea jurisprudencial tiene una data posterior a la afiliación acaecida en el año 1996, época para la cual no existía el rigor de dejar consignadas las asesorías por escrito, precisando, no se acreditó vicio en el consentimiento y por el contrario, en su sentir, está acreditado que firmó voluntariamente su traslado de régimen². (Audiencia virtual realizada a

Con base en estas breves reflexiones, le solicito a la superioridad, la revocación de la sentencia y la absolución de mi mandante de las suplicas de la demanda. Muchas gracias.”

² “Señor juez, para que me conceda recurso de apelación señor juez, para que me sea resuelto por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral con la finalidad de que se revoque de manera total el fallo proferido en esta instancia y en la cual se declaró la nulidad e ineficacia de la afiliación.

Primero, he de manifestar lo que es la legitimación en la causa para interponer este recurso toda vez que el señor juez no le impuso una condena directa a mi representada, solo se le conminó a realizar la operaciones aritméticas y los cálculos con miras de determinar si esta devolución de aportes, con esta se causa un detrimento económico o una afectación al patrimonio (...) o al régimen de prima media, y estas operaciones señor juez, no se pueden realizar dado que solamente a futuro se puede conocer cuáles son las implicaciones con respecto la devolución, verbigracia, en el caso en que los aportes realizados por la demandante no alcancen a cubrir la prestación que se vaya a reconocer por parte de COLPENSIONES, ya sea porque supera con creces la expectativa de vida, esta situación conllevaría a un detrimento (...) dado que no se alcanzó a planear con anticipación dicho reconocimientos y aunado a que la entidad que represente tiene unas directrices (...) se planea a futuro, las pensiones la forma de financiarlas y en el caso de no alcanzar a realizar dichos pagos, se solicitará con anticipación a la Nación que asuma dichos montos.

Ya lo que tiene que ver con la sustentación del recurso, Honorables Magistrados, básicamente la inconformidad que presento con la tesis del despacho en la cual se acoge la línea jurisprudencial (...) de reinvertir la carga de la prueba y que quede en cabeza del fondo privado demostrar que sí se surtió esa asesoría de manera clara, de manera (...) y es que no se puede acoger esta línea jurisprudencial dado que son situaciones muy diferente a las que allí se encuentran en estas líneas jurisprudenciales, dado que eran personas que estaban en unas situaciones muy especiales cuales eran que tenían expectativas legítimas, que se encontraban en el régimen de transición, que ya eran afiliados que estuvieren próximos a cumplir los requisitos para el reconocimiento pensional o que ya los hubieran reconocido, de igual forma, que se hubiese causado un perjuicio grave a sus derechos pensionales.

través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 123 A, récord 1:23:06, acta de audiencia folios 122 y 123).

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 LILIANA PATRICIA BOTERO TRUJILLO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 3 a 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 5), aspirando se declare la nulidad del traslado y la afiliación en pensiones que realizó con PROTECCIÓN S.A. por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma, consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría. En consecuencia, se ordene el traslado de sus aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES por ser la administradora del régimen de prima media junto con el detalle de aportes. Así mismo, pide se disponga que COLPENSIONES debe activar su afiliación en el RPM y recibir los dineros provenientes de la AFP. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia de su afiliación al RAIS realizado PROTECCIÓN y se declaró que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenando a PROTECCIÓN como actual administradora a la que se encuentra afiliada la**

El perjuicio grave va más allá de una mala información (...) en la sentencia, sino que se tiene que ver como el perjuicio económico que pueda sufrir la demandante con este traspaso que le hizo al RAIS como tal, es una situación que no se encuentra demostrada en el plenario.

Así mismo también, comparto los argumentos del apoderado del fondo privado, el cual manifiesta que eran jurisprudencias, una línea jurisprudencia posterior a la afiliación en el año 1996 en el cual no había ese rigor en la norma de dejar las asesorías por escrito. Por lo tanto, al no haber una ley que obligara a los fondos privados dejar estas documentales, no se le puede imponer esta carga (...) Magistrados la reinversión de la carga de la prueba (...) La Corte Suprema de Justicia por ser condiciones totalmente diferentes a la reinversión de la carga de la prueba, se tendría que demostrar que acaeció ese vicio del consentimiento o que nos e surtió ese deber de información (...) de manera completa y si revisamos el acervo probatorio que reposa en el expediente, que solamente se cuenta con un formulario de afiliación y que efectivamente la demandante firmó de una manera clara con una voluntad este traspaso de régimen al fondo privado, que en ningún momento se le forzó, que no hubo algún error y tampoco hubo una fuerza por parte del asesor del fondo privado, que son razones para que los Magistrados absuelvan al fondo privado y también consideren que no hay lugar a la nulidad del traslado ni tampoco al retorno a prima media.

De esta forma señor juez, dejo sustentado mi recurso de apelación para que sea resuelto.”

demandante, trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos con motivo de su afiliación por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con sus intereses, rendimientos incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante la afiliación. Del mismo modo le ordenó a la AFP pagar con cargo a su patrimonio, de llegar a existir, las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en RPM por ser la entidad que dio lugar al acto ineficaz. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado que la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado y afiliación a esa entidad, en los términos que han quedado analizados por la Corte Suprema de Justicia.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento 26 de enero de 1966 (folio 19) por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 20 de marzo de 2018 (folios 46 y 47), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 52 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

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”.

1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 489.71 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, folios 74 a 79) equivalentes a 9.52 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 25 de noviembre de 1996 (folios 29 y 109) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación y 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, 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

⁴ Trabajadora del sector privado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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 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.

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, 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, contrario a lo asentado en la alzada por el apoderado de PROTECCIÓN no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico son susceptibles de ser verificados a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (25 de noviembre de 1996, folio 29), 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.

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

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora

en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (folio 70), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que en el asunto no procede el fenómeno prescriptivo, frente a la pretensión principal, esto es, la ineficacia del traslado, las consecuencias de allí derivadas corren esta misma suerte de imprescriptibilidad.

Por otra parte, en lo que toca a la condena impuesta a cargo de PROTECCIÓN consistente en pagar “*las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en Régimen de Prima Media, las cuales serán asumidas*

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 10 de julio de 2019, folio 114.

*de su propio patrimonio*⁷, le asiste razón a la encartada al afirmar que dicha situación no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se encaminó en la demanda tendiente a obtener el pago de este concepto, así como tampoco fue propuesta dicha temática por parte de COLPENSIONES, beneficiaria de la condena, respecto de quien se predica la configuración de un eventual detrimento económico, siendo sorprendida en el juicio la AFP sin la posibilidad de controvertir dicha circunstancia, razones suficientes para revocar la imposición de la misma.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

⁷ Numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primer grado.

RESUELVE

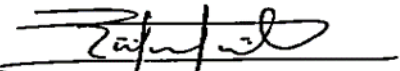
PRIMERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADELMO PADILLA
BURGOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 36 2018 00720 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, así como las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 11 y 12 de noviembre 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 32:51, acta de audiencia expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A de las pretensiones elevadas por el señor ADELMO PADILLA BURGOS

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante, en su liquidación incluida (sic) la suma de \$600.000 pesos a título de agencias en derecho a favor de las demandadas

TERCERO: CONSÚLTESE con el superior la presente decisión en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el accionante.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando al Tribunal revoque la sentencia y, en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello, pidió se tenga en cuenta que la firma del formulario de afiliación en noviembre de 1995, fue producto únicamente del empleador que para la época era el Fondo de Educadores- Regional Cundinamarca, entidad que entregó el documento para que procediera a su suscripción, sin que le fuera suministrado algún tipo de información o asesoramiento por parte del fondo PORVENIR, por ende, no conoció las consecuencias de su traslado del régimen de prima media al RAIS.

Por otra parte, pretende se tenga en cuenta la sentencia SL 1452 de 2019 en la cual se expresa que procede la ineficacia de la afiliación al fondo de pensiones de una persona que selecciona el régimen de ahorro individual cuando esta es motivada por una información engañosa “*que le generó una expectativa de quedar muy bien pensionado*”, y no se le indican las modalidades de pensión, las prestaciones económicas a las que tendría derecho, entre otros.

Por ello, insiste, se declare la ineficacia del traslado o la afiliación primigenia realizada por el actor en 1995 a PORVENIR por estar viciado su consentimiento por error y no satisfacer los requisitos de los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1161 de 1994 y consecuentemente, se disponga a PORVENIR traslade sus aportes pensionales junto con rendimientos y cuotas de administración a COLPENSIONES y declarándose que está debidamente afiliado a prima media¹ (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 32:51, acta de audiencia expediente digital).

¹ “**Apoderada demandante (33:51):** Estando en el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá dirima el mismo que voy a presentar y acceda a las pretensiones de la demanda.

Solicitó al Tribunal superior sala laboral tenga en cuenta que la firma del formulario de afiliación que realizo mi representado en noviembre de 1995 fue producto únicamente del empleador mismo que para dicha época era el fondo de educadores de la regional de Cundinamarca patrono que se le notifico el formulario para que el demandante lo firmara sin ningún tipo de información y asesoramiento por parte de este fondo de pensiones Porvenir; Que jamás se le informo por parte de Provenir a mi representado 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 del demandante ADELMO PADILLA BURGOS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 3 a 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 1 a 3), aspirando principalmente se declare que su traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A es nulo por estar viciado su consentimiento por error y no cumplir con los requisitos de los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de

consecuencias del traslado del RPM al RAIS incurriendo en error al demandante al no brindarle una información correcta para tomar una decisión de forma libre y voluntaria al momento de trasladarse al régimen pensional.

Solicito se tenga en cuenta la sentencia de la sala de casación laboral sentencia SL 1452 del 2019 radicado 68852 del 03 de abril del 2019 como magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo la cual indica que la ineficacia de la afiliación al fondo privado de pensiones de una persona que seleccionó RAIS motivada por una engañosa información que le generó la expectativa de quedar muy bien pensionado situación que padece miles de ciudadanos Colombianos, como es en el caso de mi representado, que en ningún momento se le aclaró cuáles eran las consecuencias de estar en este fondo de pensiones, no se le informó las modalidades de pensión como cuál era factible en modalidades del régimen como retiro programado rentas vitalicias, cuáles eran las prestaciones económicas que gozaban los afiliados, requisitos para acceder a las pensiones. Por lo anterior solicito muy respetuosamente ante el Tribunal Superior de Bogotá se acceda a las pretensiones de la demanda, revoquen la decisión tomada por el a quo y declaren la ineficacia del traslado al RPM que realizó el demandante en noviembre de 1995 toda vez que estuvo viciada por el vicio de consentimiento denominado error y así mismo no cumplir con los requisitos de los artículos 13 y 114 de la ley 100 de 1993 y el decreto 1161 de 1994 numeral tercero y condenar a la sociedad administradora de pensiones Porvenir a realizar el traslado de los aportes de pensiones, junto a los rendimientos y cuotas de administración del señor Adelmo Padilla a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones declarando que el demandante estaba debidamente afiliado a Colpensiones , Muchísimas Gracias su señoría.

Juez (37:15): *En sentir del despacho el recurso no está debidamente sustentado porque usted no ataco nada de lo que se dijo en la sentencia. En la sentencia lo que se dijo fue que el demandante no había tenido un traslado de régimen y usted solo está decretando que hay lugar a la nulidad o ineficacia por una serie de razones, pero no está atacando ninguno de los argumentos ni el fondo de la decisión, entonces le voy a conceder nuevamente la oportunidad para que sustente en debida forma el recurso de apelación y sino enviamos la sentencia al Superior.*

Apoderada demandante (37:50): *Estoy solicitando que acceda a las pretensiones de la demanda por no estar de acuerdo con los fundamentos validos en esta sentencia proferida por usted, conforme a lo solicitado, conforme a este momento en este recurso porque solicito igualmente que Porvenir no tuvo y no se le explicó al señor ningún tipo de beneficio, ningún tipo de información a la afiliación de mi mandante , así sea por primera vez ósea la filiación que se tome como usted lo está tomando como vinculación, yo solicito que el Tribunal realice revisión del fallo con el fin de que no se vulneren los derechos que tiene mi representado señora juez."*

1993 y 3 del Decreto 1161 de 1994, y en subsidio que es inválido o ineficaz por no documentar clara y suficientemente al demandante los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional ni mucho menos cumplir el término de permanencia que indicaba el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y por ende que está válidamente afiliado al RPM. En consecuencia, se condene a PORVENIR a realizar el traslado de sus aportes pensionales con los rendimientos a COLPENSIONES; Además se condene a esta última a reconocer y pagar la pensión de vejez con base en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debidamente indexada a la fecha de pago, junto con los intereses moratorios más altos vigentes sobre las mesadas pensionales atrasadas hasta que se verifique el pago, conforme lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar la juez de primer grado que el traslado entre regímenes no existió por cuanto con la afiliación del demandante efectuada a PORVENIR en el año 1995, lo que en realidad efectuó fue una selección de régimen. Ello, en su sentir, debido a que para cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba inactiva su afiliación al ISS dada la novedad de retiro registrada por quien fuera su empleador. Adicionalmente anotó, no era posible conceder el traslado de régimen pensional por no cumplir con el requisito de edad previsto para ello.

Pues bien, atendiendo tanto la alzada como los argumentos de la juzgadora de primer grado, el problema jurídico a solventar en esta instancia, se contrae a determinar si con la afiliación del demandante a PORVENIR se produjo un traslado del RPM al RAÍS, caso en el cual se analizaría si dicho tránsito ocurrió bajo la libertad informada y por tanto si goza de eficacia.

Para resolver la controversia, 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 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.

Ahora, los artículos 11³ y 15⁴ del Decreto 692 de 1994, fijaron los plazos para la procedencia del traslado y establecieron dos escenarios posibles: de una parte, los afiliados que estuvieran vinculados al régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían continuar automáticamente afiliados en el Instituto de Seguros Sociales o una Caja de Previsión Social y cambiarse en cualquier tiempo; y de otra, en aquellos casos en que hubieran hecho su selección inicial – RPM o RAIS- a a partir de la entrada en vigencia del sistema pensional, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma aludida, el cual, como ya se dijo, se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003⁵.

Valga anotar, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de abril de 1958 (folio 17) por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado al RPM por primera vez⁶, según lo documentado en el expediente, mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación al ISS radicado en esa entidad en marzo de 2011 (folio 21), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para

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 “(...) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado”

⁴ “Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.”

⁵ En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3475-2016, reiterada en sentencia SL2324 de 2019.

⁶ En el expediente se advierten solicitudes de traslado para las anualidades 2012 (folio 23), 2015 (folio 24 y 25) y 2018 (folio 31 y 75)

adquirir el derecho pensional -tenía 53 años- en otros términos, cuando estaba inmerso en la prohibición para realizar el retorno al RPM, además, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁷-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 234,29 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con el expediente administrativo que fue incorporado de manera virtual y resumen de historia laboral expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público –folio 211) equivalentes a 4,55 años, por lo que tampoco 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.

Pese a lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del “*traslado*” realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, siendo menester en autos verificar, inicialmente, la existencia de dicho tránsito entre regímenes.

Al punto, se tiene que el demandante reportó afiliación al Instituto de Seguros Sociales el 21 de julio de 1980⁸, entidad a la que se encontraba afiliado al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que al tenor de lo previsto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se entiende que continuó su afiliación a dicho instituto administrador del régimen de prima media, pues según esa misma disposición, para que ello sea así, no se requiere de comunicación a la entidad pensional o del diligenciamiento de formulario alguno en el que conste su inscripción a la misma.

De otra parte, en autos se encuentra acreditado que el 2 de noviembre de 1995 el actor se afilió a PORVENIR –administradora de fondo de pensiones que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad-, con fecha de efectividad a partir del 1 de diciembre de ese mismo año (folio 208, reporte SIAFP- ASOFONDOS) acto jurídico con el cual ha de entenderse, indudablemente, que existió un traslado de régimen pensional, en tanto dejó de

⁷ Se desconoce si tenía vinculación alguna a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

⁸ Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 26 de abril de 2019, expedido por COLPENSIONES

pertenecer al régimen de prima media que administraba el ISS para vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Aquí, contrario a lo concluido por la Juez de primera instancia, no tiene relevancia el hecho de que el actor hubiese dejado de efectuar cotizaciones al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, dicho de otro modo, que se encontrara inactivo, por cuanto no puede perderse de vista que la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, debiendo agregar, la jurisprudencia invocada por el juzgado en la sentencia objeto de recurso y sobre la cual sustenta la tesis de la selección inicial de régimen pensional⁹, se refiere a aquellos casos en que se presenta multifiliación o se efectuaron los traslados entre regímenes sin la observancia del periodo mínimo de carencia de que trata la Ley, entendiendo la Corte en las providencias citadas por la *a quo* (sentencia del 5 de octubre de 2010, radicación 39772 y sentencia SL5533-2019), una vez efectuada la selección con la afiliación (o ratificación expresa) a uno u otro régimen, no puede el afiliado trasladarse sin que haya transcurrido el término que consagran las normas que regulan la materia, situaciones estas que no hacen parte del objeto del asunto bajo estudio y que de cualquier forma, no resultan predicables por cuanto, en este particular caso del actor en el que venía con una afiliación previa al ISS, y tal como se ilustró en precedencia, no existía una restricción en el tiempo para trasladarse de régimen pensional (art. 11 del D. 692 de 1994)¹⁰.

En ese orden, es claro, según las documentales obrantes en el proceso que el demandante el 2 de noviembre de 1995 (folio 208), se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS (hoy Colpensiones) al RAIS manejado en esta oportunidad por PORVENIR según consta en la reporte de semanas cotizadas emitida por COLPENSIONES (expediente administrativo digital), el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (folio 208) y la historia laboral válida para Bono Pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (folios 210),

⁹ Sentencia del 5 de octubre de 2010, radicación 39772 y sentencia SL5533-2019.

¹⁰ “(...)

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

precisándose en este aspecto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma AFP PORVENIR certificó la existencia del mismo (folio 207) sin que para el tema que se debate, la presencia del formulario escrito de afiliación -que no fue incorporado a los autos- constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo que ordena el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se informe por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente.

Dilucidado lo anterior, y en consonancia con las pretensiones del libelo, procederá la Sala a verificar si el traslado de régimen pensional efectuado por el convocante del juicio goza de eficacia, para lo cual, valga memorar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

proyector, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado –que aquí acaeció– sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc¹¹.

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

¹¹ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

noviembre de 2011¹², 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la parte actora¹³, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto se limitó a referir que fue un funcionario de la Gobernación de Cundinamarca, donde laboraba, le pidió que firmara el documento sin darle mayores explicaciones al respecto, a lo que procedió porque estimó que era su obligación afiliarse a algún fondo de pensiones.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 213 y 214, 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.

Debe advertirse, además de las pruebas reseñadas, ningún otro medio probatorio se incorporó a las diligencias con la que se acreditara el cumplimiento de la carga impuesta en cabeza de la AFP convocada a juicio.

¹³ Audiencia virtual realizada el 8 de septiembre de 2020, audio 1, récord 19:32.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (2 de noviembre de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el 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 al 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 actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folio 207), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del convocante, junto con sus rendimientos 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.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del 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 del actor vuelve a su estado inicial, es decir, como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁴ (folio 181 y 206), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que en el asunto no procede el fenómeno prescriptivo, frente a la pretensión principal, esto es, la ineficacia del traslado, las consecuencias de allí derivadas corren esta misma suerte de imprescriptibilidad.

En otro giro, dado que el actor solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio, advirtiendo, aunque de conformidad con el reporte de semanas cotizadas y según lo expuesto por el demandante en su interrogatorio, este se encuentra laborando en la Gobernación de Cundinamarca, según lo informado por esa entidad en comunicación del 26 de octubre de 2016 (folio 28) ADELMO PADILLA se desempeña como “*celador en propiedad de la planta de la Secretaría de Educación*”¹⁵, esto es, ostenta la calidad de trabajador oficial, siendo por tanto competente esta jurisdicción para resolver sobre la petición de pensión.

Así mismo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se señala, la prestación pensional del convocante del juicio en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993¹⁶, disposición que exige para el caso de los hombres haber alcanzado 62

¹⁴ Se tuvo por contestada la demanda por COLPENSIONES mediante auto del 22 de octubre de 2019 (folio 221) y de PORVENIR en proveído del 6 de febrero de 2020 (f. 225)0

¹⁵ Al plenario se allegó Decreto 0031 de 1996 (folio 18) en la que se indica que mediante Decreto 049 de 1995 se hizo el nombramiento del señor ADELMO PADILLA para el cargo de CELADOR en la planta de personal en el Colegio Departamental Nacionalizado de Calandaima.

¹⁶ “**Artículo 33.** *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

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

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

Al efecto, como ya se mencionó se encuentra a folio 17 copia del documento de identidad del accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 26 de abril de 1958, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2020**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a folios 58 a 70 la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR, actualizada a 20 de junio de 2018, que le fuera entregada al actor en respuesta al derecho de petición radicado ante esa sociedad (folios 71 y 72) en las que se incluyen 234 semanas cotizadas a Colpensiones y 1078 a dicha AFP para un total de 1312 semanas a octubre de 2017 (fl. 70), razón por la cual es claro que para la data en que cumplió los 62 años de edad, esto es, el 26 de abril de 2020, tenía reunidas las 1300 semanas exigidas por la Ley, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

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

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante y menos aún de la novedad de retiro, pues, aunque en la historia laboral expedida por PORVENIR figura como última cotización la efectuada en octubre de 2017 (folio 101), lo cierto es que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES y actualizado al 26 de abril de 2019 (expediente administrativo allegado de manera digital), su empleador ha venido realizando de forma errada las cotizaciones a su nombre entre enero de 1996 y marzo de **2019** a esa administradora, mismos

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

que, de acuerdo al detalle de pagos de ese documento, han sido devueltos a PORVENIR en razón al traslado. Nótese que el último periodo que allí figura, es incluso posterior a la presentación de la demanda (26 de octubre de 2018, folio 122). Además, el actor al absolver el interrogatorio¹⁷ confesó que actualmente que sigue laborando y efectúa cotizaciones al sistema, razón por la cual el reconocimiento pensional será a partir del día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó el 26 de abril de 2020 por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema.

En lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con el promedio del ingreso base de cotización reportado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que cuenta con más de 1250 semanas de cotización, IBL al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

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 del accionante, ordenando a la demandada PORVENIR, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado. Del mismo modo, se dispondrá a COLPENSIONES que reconozca y pague la pensión de vejez al demandante a partir de la fecha en que se produzca su desafiliación del sistema.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas.

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,

¹⁷ Audiencia virtual realizada el 8 de septiembre de 2020, audio 1, récord 19:32.

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 36 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 ADELMO PADILLA BURGOS el 2 de noviembre de 1995, efectivo a partir del 1 de diciembre de 1995, al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que le demandante se encuentra válidamente afiliado 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 del demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor 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 del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

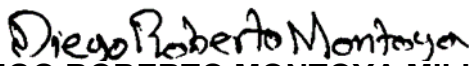
QUINTO: DECLARAR que el señor ADELMO PADILLA BURGOS tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES le reconozca y pague una pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a favor del demandante la pensión a partir del día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se

reporte la novedad de retiro, la cual deberá ser calculada conforme el promedio de lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo de lo que le resulte más favorable, IBL al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas.

NOTIFÍSQE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

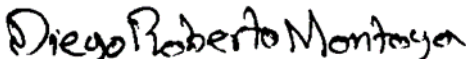
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALICIA CORDOBA LOVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y AFP COLFONDOS (RAD. 37 2019 00198 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES (fls. 157 y 158), 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 favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de julio de 2020 (Cd. fl. 147, Record: 1:30:20), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico del traslado que efectuó la demandante señora ALICIA CORDOBA LOVERA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A. pensiones y cesantías que tuvo como fecha de suscripción el día 29 de octubre de 1999 por las razones expuestas en la parte motiva de la decisión y en consecuencia se establece que la afiliación válida de la demandante corresponde al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. pensiones y cesantías a transferir a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales si se han causado, rendimientos financieros, igualmente gastos cobrados por administración de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la señora ALICIA CORDOBA LOVERA y a aceptar los valores que remita Colfondos pensiones y cesantías en los términos expuestos en el numeral segundo de la decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de Colfondos S.A. pensiones y cesantías fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Se ORDENA surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta de la presente decisión ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá a favor de Colpensiones de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES solicita en la alzada revocar las condenas impuestas, en atención a que de tener como afiliada a la demandante en el RPM estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en los principios de equidad e igualdad de quienes realmente aportaron, materializado esto en la prohibición legal de traslado en la que ya se encuentra inmersa la demandante por lo que expresa se revise el material probatorio recaudado en la medida de que se alega la culpa de un tercero presuntamente ajeno a la AFP privada, sin embargo de lo dicho por la demandante se evidencia el consentimiento informado que brindo para su traslado.(Cd. fl. 147, Record: 1:32:42)¹.

¹ “Gracias su señoría respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal superior de Bogotá sala laboral para que revoque las condenas impuestas en esta instancia en contra a mi representada en atención de que de tener como afiliada a la demandante en el RPM estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en los principios de equidad e igualdad de quienes realmente aportaron materializado esto en la prohibición legal de traslado en la que ya se encuentra inmersa la demandante por lo que ruego a los Honorables Magistrados se revise el material probatorio recaudado en esta instancia en la medida de que se alega la culpa de un tercero presuntamente ajeno a la AFP privada, sin embargo de lo dicho por la demandante se evidencia el consentimiento informado que brindo no solo por lo que la demandante ya conocía del sistema sino también por la información brindada y en esa medida y en virtud principio de la comunidad de la prueba solicito a los Honorables Magistrados absuelvan a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra y a usted su señoría conceda el recurso.”

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 ALICIA CORDOBA LOVERA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 10, las cuales encuentra fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 y 4 aspirando de manera principal se declare nula el acta o formulario de afiliación suscrito con el fondo Colfondos, en consecuencia se declare que para efectos pensiones continua afiliada a Colpensiones, ente al que pertenecía antes, junto con las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, precisando dicho deber de información se encuentra establecido desde la misma creación de las AF.

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 de la accionante el 8 de julio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió ese mismo día y mes del año

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”.

2018, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES el 7 de febrero del 2019 (fls. 54, 55 y 59), es decir cuando ya había alcanzado 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 465 semanas de cotización (fl. 153³) equivalentes a 9 años y 15 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 afirma Colpensiones en su alzada.

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 29 de octubre de 1999 (fls. 114 y 115), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Colfondos y el registro SIAFF 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

³ Historia laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 139.

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 accionante 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 2011⁴, y 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”.

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 condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (Cd. fl. 147, Record: 20:40), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde estaba laborando y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 115), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (29 de octubre de 1999, fl. 115), 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, confirmándose en este punto la decisión de primer grado.

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

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

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por Colpensiones, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que como atrás se dijo se está declarando la ineficacia, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos existentes en la cuenta de la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 80)⁵, 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,

⁵ Por auto del 31 de enero del 2020 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 140)

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 37 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 CARMEN VICTORIA ZERDA AGUIRRE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y COLFONDOS S.A. (RAD. 38 2018 00211 01).

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

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. 0885 del 28 de agosto del 2020, conferida en la Notaría 65 del Círculo de Bogotá (obrante en el expediente digital).

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR, PROTECCIÓN, COLPENSIONES y el demandante, 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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:14:09), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas Old Mutual S.A. pensiones y cesantías Skandia, a la Administradora de Fondos y Cesantías Porvenir S.A, a la Administradora de Fondos y Cesantías Protección S.A, a la Administradora de Fondos y Cesantías Colfondos S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora CARMEN VICTORIA ZERDA AGUIRRE lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO:** Excepciones dado las resueltas en juicio el despacho considera relevado el estudio de las propuestas.*

***TERCERO: COSTAS** Serán a cargo de la demandante en firme la sentencia por secretaria practíquese la liquidación en COSTAS incluyéndose como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas.*

***CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia CONSULTESE con el superior.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando, que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la firma del formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información que se debe otorgar al afiliado, así mismo señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar procedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca las características condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como de los riesgos y consecuencias del traslado, precisando si bien hubo efectivamente traslados entre los fondos entre los últimos 23 años, la primera afiliación no tuvo en cuenta estos temas que la Corte Suprema de Justicia viene a destacar en sus pronunciamientos, por lo que solicita se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones¹. (Audiencia virtual

¹ “Su señoría muchas gracias siendo respetuosos de las decisiones judiciales me permito impugnar la sentencia dictada por usted y motivo mi decisión teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que en un caso de similares características manifestó “Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación y además que el documento no sea tachado falso

concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:15:15).

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 CARMEN VICTORIA ZERDA AGUIRRE en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 3 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folio 4 expediente digital), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, en consecuencia se condene a la AFP PORVENIR a trasladar todos los aportes realizados a Colpensiones y a esta última, recibir los mismos, costas y agencias en derecho. 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.

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

para darle plena validez al traslado, la sala considera desacertada esta tesis en la medida que la firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre inversos de los fondos de pensiones tales como que la afiliación se hace libre y voluntaria y se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones no son suficiente para dar como demostrado el deber de información a lo sumo acreditar un consentimiento pero no informado” Esta sentencia es de la magistrada ponente la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo sentencia SL 1452-2019 con radicación 68852 del 03 de abril del 2019, posteriormente se dijo en otra sentencia “De esta manera el acto jurídico de cambio de régimen debe estar procedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca las características condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como de los riesgos y consecuencias del traslado, por lo tanto hoy en día en el campo de la seguridad social existe un verdadero e insoslayable deber de tener un consentimiento informado” Corte suprema de justicia SL 19447 del 2017 “Entendido como un procedimiento que garantiza antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio la comprensión por el usuario de aceptar las condiciones, riesgos, y consecuencias de su aplicación al régimen vale decir que el afiliado antes de dar su consentimiento recibió información clara, cierta, comprensible, y oportuna” Sentencia también de la magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo sentencia SL 1688 del 2019 con radicación 68838 del 08 de mayo del 2019.

Considero señor que juez que Si bien hubo efectivamente traslados entre los fondos entre los últimos 23 años pues la primera afiliación no tuvo en cuenta estos temas que tantos años después hoy la Corte Suprema de Justicia pues viene a destacar o a tener en cuenta, así las cosa suplico a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva en revocar la sentencia y conceder las pretensiones, muchas gracias.”

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 17 de diciembre de 1960 (folio 18 expediente digital), 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 peticiones elevadas ante PORVENIR el 15 de noviembre del 2017 (folios 21 a 23 expediente digital) y ante COLPENSIONES el 23 de noviembre de 2017 (folio 29 expediente digital), 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 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 70.57 semanas (historia laboral para bono pensional, expedida por el Ministerio de Hacienda, -folio 219 expediente digital-) equivalentes a 1 año, 4 meses 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.

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 30 de septiembre de 1997 (folios 189 y 223) específicamente

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.

conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR 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 PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.
(…)***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, 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

⁵ Cd folio 219, récord 12:46.

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, 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 48 años de edad.

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 PORVENIR 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.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 223 expediente digital), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 226 y 227 del expediente digital, 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 (30 de septiembre de 1997, folio 223), 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 el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver historial de vinculaciones SIAFF fl. 189 expediente 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.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 189), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se 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 (folios 295 y 296), 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 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,

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 19 de marzo del 2019 (folios 316 y 317).

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 38 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 CARMEN VICTORIA ZERDA AGUIRRE el 30 de septiembre 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.

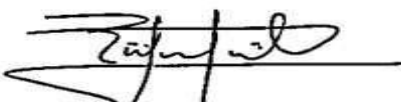
TERCERO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto 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 DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA CONSTANZA MEJÍA
MENESES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 39 2019 00106 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado sustituto de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., que fuera remitido mediante comunicación electrónica del 16 de diciembre de 2020.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia las partes mediante correos electrónicos del 16 de diciembre de 2020 (COLPENSIONES) y 15 de enero de 2021 (demandante), 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 demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el pasado 6 de octubre del 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, record: 32:15 acta expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARIA CONSTANZA MEJIA MENESES tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con las razones expuestas a lo largo de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a pagar a la señora MARIA CONSTANZA MEJIA MENESES al retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 8 de febrero de 2016 hasta que se efectuó el pago, el cual al 30 de septiembre de 2020 equivale a **\$34.003.717,24** e indexado asciende a la suma de \$36.737440, se aclara que debe pagarse todas las mesadas adeudadas o las diferencias de las mesadas pensionales adeudadas de manera indexada.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás.

CUARTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES en las cuales se debe incluir como agencias en derecho la suma de \$1.470.000.

QUINTO: CONSÚLTESE la decisión al superior por resultar adversa a COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, aduciendo, la entidad ha actuado conforme los presupuestos fácticos y jurídicos aplicables al caso, razón por la cual reconoció y luego reliquidó pensión de vejez, mediante actos administrativos 106867 del 13 de mayo de 25010 y GNR 3287701 del 1 de enero de 2013, respectivamente, teniendo en cuenta que la actora solo cotizó 1167 semanas al ISS, por lo que, debido a que la prestación se reconoció “en virtud del Decreto 758 de 1990” la tasa de reemplazo es del 80% y no del 90%, precisando, no es posible tener en cuenta los tiempos públicos laborados por la demandante, pues ello solo es posible, dice, con la Ley 71 de 1988.

En ese sentido, solicita se tengan en cuenta múltiples pronunciamientos provenientes de la Corte Suprema de Justicia en las que se advierte la imposibilidad de acumular tiempos de servicios del sector público, con las semanas cotizadas al ISS.

En consecuencia, pide se revoque en su integridad la sentencia de primer grado y, en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra¹ (Audiencia

¹ “Siendo la oportunidad pertinente presente ante el Despacho recurso de apelación contra la decisión emitida por el mismo, con el fin de que sea conocido por el honorable Tribunal de Bogotá, Sala Laboral rogándole a los honorables magistrados se revoque la decisión emitida y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas como quiera que mi representada ha obrado conforme los

virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, record: 33:22 acta expediente virtual).

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 CONSTANZA MEJÍA MENESES, las pretensiones consignadas en el escrito demandatorio, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el respectivo acápite, aspirando se ordene a COLPENSIONES reliquide su pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante su vida laboral, esto es, el tiempo laborado al servicio del ICA entre el 31 de enero de 1983 y el 2 de mayo de 1992 y el cotizado al ISS como trabajadora dependiente o independiente, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, junto con los reajustes legales y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. 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

supuestos fácticos y jurídicos aplicables al caso en controversia, toda vez que a la demandante se le efectuó el reconocimiento pensional en virtud como se evidencia en la Resolución 106867 del 13 de mayo de 2010 y posteriormente se efectuó la reliquidación conforme se evidencia de la Resolución GNR 3287701 DEL 1 DE ENERO DE 2013 Y LA RESOLUCIÓN 035504 del 25 de noviembre de 2010, ello teniendo en cuenta que la demandante acreditó solamente 1167 semanas efectivamente cotizadas ante el ISS y como quiera que la pensión se reconoció en virtud del Decreto 758 de 1990 el monto aplicable para tasa de reemplazo en este caso es del 84% toda vez que no cuenta con el número de semanas mínimo exigido de 1250 semanas para un porcentaje máximo del 90%, esto en razón a que no es posible tener en cuenta los tiempos públicos cotizados por la demandante toda vez que el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 se hizo en virtud de los manuales del ISS y solamente la ley 71 de 1988 permite la sumatoria de los tiempos públicos y privados para el reconocimiento pensional. Aunado a esto debemos tener en cuenta las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como es la SL 317 de 2019, con radicación 60346 del 13 de febrero de 2019 y de igual forma la SL5514 DE 2018 reiterada por la sentencia SL 4271 de 2017, SL 1032 de 2018 del 24 de enero de 2018 en las cuales se dispone la imposibilidad de acumular tiempos de servicios del sector público con las semanas cotizadas del instituto de seguro social, bajo el entendido que tal eventualidad prevista en la ley 100 de 1993 y solo en la ley 71 de 1988 permite tal cómputo toda vez que el acuerdo 049 de 1990 no expresa que se deba o se permita el cómputo de las semanas de los tiempos públicos y los tiempos privados, toda vez que como ya se ha manifestado en múltiples ocasiones solamente la ley 71 de 1988 permite este cómputo y por tanto conforme se ha evidenciado en la pacífica, eh a lo largo de las manifestaciones de las Corte suprema de Justicia no podemos establecer al día de hoy que sea posible efectuar tal cómputo ya que pues el Acuerdo 048 (sic) de 1990 no permite el cómputo de las semanas cotizadas en el sector público por tanto resulta improcedente acceder o efectuar el reconocimiento conforme lo pretende la demandante y en consecuencia ruego a los honorables magistrados se revoquen las condenas impuestas tanto del reconocimiento de la tasa de reemplazo del 90%, el cómputo de las semanas cotizadas ante el ICA y así como la indexación condenada por el a quo a mi representada y sin embargo, en caso de resultar desfavorables mis peticiones, ruego a los honorables magistrados se estudie la totalidad de las condenas impuestas a mi representada, la liquidación de las condenas impuestas a mi representada y se absuelva, se revoque la decisión y se absuelva a mi representada de cada una de las condenas. Muchas gracias”

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; no obstante condenó al pago de las diferencias de mesadas únicamente a partir del 8 de febrero de 2016 dada la declaratoria parcial de la excepción de prescripción en suma de \$34.003.717,24 hasta el 30 de septiembre 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 que ostenta la actora, conforme se acreditó con la copia de la resolución 106867 del 13 de mayo de 2010 (folios 22 y 23, archivo 1, expediente digital), confirmada mediante Resolución 36504 del 25 de noviembre de 2010 (folios 27 a 30, archivo 1, expediente digital), con la cual se reconoció el derecho pensional a partir de 1 de mayo de 2010, a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición del cual la encontró beneficiaria, teniendo en cuenta un total de 1127 semanas de cotización, y un monto de IBL de \$6.611.762, al que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 81%, resultado como primera mesada pensional la suma de \$5.355.527. Posteriormente la accionada a través del acto administrativo GNR 328701 del 1 de diciembre de 2013 (folios 33 a 41, archivo 1, expediente digital) reliquidó la pensión en cuantía de \$5.548.316 a partir del 1 de mayo de 2010, que resultó de aplicar una tasa de reemplazo del 84% a un IBL de los 10 últimos años de \$6.605.138.

Así, y como quiera 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 tiene derecho a que su mesada pensional se reliquide 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 **1.153,57 semanas** tal

como se consigna en la historia laboral aportada por Colpensiones actualizada al 7 de octubre de 2019 y que fuera incorporada junto con el expediente administrativo; advirtiéndose al plenario se allegó certificación de información laboral expedido por el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, en el que consta que la demandante laboró para esa entidad entre el 31 de enero de 1983 y el 2 de mayo de 1993, esto es, por espacio de 10 años, 3 meses, 1 día, que equivalen a 534,85 semanas.

En este orden de ideas, como quiera que lo pretendido es la reliquidación de la mesada pensional aplicando la *a quo* una tasa de remplazo 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

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 adocinado 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 párrafo 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 (1°) 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 párrafo 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 (1°) 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 párrafo 1.º del artículo 33 y el párrafo 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 párrafo 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 transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo 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

las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía 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 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, al ser procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados, en el presente asunto se encuentra acreditado que la demandante cuenta con 1153.57 semanas cotizadas en toda su vida laboral (historia laboral expedida por Colpensiones) y 534,87 semanas laboradas al ICA (certificación de tiempo de servicios), que corresponden a un total de 1688.42 semanas cotizadas en toda su vida laboral, y en esa medida, 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

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.”

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.

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 se obtiene un IBL de los 10 últimos años -que fue el considerado por la *a quo*- de **\$6.607.454,84**, al cual al aplicarle una tasa de remplazo del 90% arroja una primera mesada de **\$5.946.709,35** para el año 2010⁴, fecha en la cual se le reconoció la prestación pensional a la actora. No obstante la misma resulta ser superior a la obtenida en primera instancia de \$5.937.313 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 mayo de 2010 mediante Resolución 106867 del 13 de mayo de 2010 notificada el **6 de agosto de 2010** (folio 23, archivo 1, expediente digital), solicitando la actora por primera vez la reliquidación en el año 2013 la cual le fue resuelta de manera favorable mediante resolución GNR328701 del 1 de diciembre de 2013, por lo que, entre esta fecha y la data de interposición de la demanda -8 de febrero de 2019, según acta de reparto- es claro que transcurrió con suficiencia el término trienal de allí que esa reclamación no tuvo la virtualidad de interrumpir la 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
2000	300	57,002	102,00	1,789	\$ 3.562.000,00	\$ 6.373.954,57	\$ 63.739.545,67
2001	360	61,989	102,00	1,645	\$ 3.863.999,50	\$ 6.358.140,37	\$ 76.297.684,45
2002	360	66,729	102,00	1,529	\$ 4.173.399,00	\$ 6.379.455,75	\$ 76.553.469,02
2003	360	71,395	102,00	1,429	\$ 4.507.299,92	\$ 6.439.553,15	\$ 77.274.637,80
2004	360	76,029	102,00	1,342	\$ 4.868.500,00	\$ 6.531.651,78	\$ 78.379.821,35
2005	360	80,209	102,00	1,272	\$ 5.189.850,00	\$ 6.599.946,14	\$ 79.199.353,66
2006	360	84,103	102,00	1,213	\$ 5.553.066,67	\$ 6.734.878,02	\$ 80.818.536,24
2007	360	87,869	102,00	1,161	\$ 5.903.000,00	\$ 6.852.438,59	\$ 82.229.263,04
2008	360	92,872	102,00	1,098	\$ 6.257.000,00	\$ 6.872.075,64	\$ 82.464.907,71
2009	360	100,000	102,00	1,020	\$ 6.737.083,33	\$ 6.871.946,81	\$ 82.463.361,68
2010	60	102,002	102,00	1,000	\$ 6.737.000,00	\$ 6.737.000,00	\$ 13.474.000,00
Total días	3600				Total devengado actualizado a:	2010	\$ 792.894.580,61
Total semanas	514,29				Ingreso Base Liquidación		\$ 6.607.454,84
Total Años	10,00				Porcentaje aplicado	90%	
					Primera mesada		\$ 5.946.709,35
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2010	\$ 515.000,00

⁵ En la contestación de la demanda, la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 3 de junio de 2020 (expediente digital, archivo No. 5)

Ahora bien, la demandante nuevamente solicita la reliquidación de su pensión el **20 de diciembre de 2016** (páginas 45 a 49, archivo 1, expediente digital), petición que le fue negada por la encartada a través del acto administrativo SUB 34362 del 18 de abril de 2017 notificado 20 siguiente según el acta de notificación personal, presentando la demanda el 8 de febrero de 2019 (fl. 77⁶), y en ese orden, se encuentran prescritas las diferencias causadas en los 3 años anteriores a la presentación de esta última reclamación, esto es, aquellas causadas entre el 1 de mayo de 2010 y el 19 de diciembre de 2013. Sin embargo, atendiendo que la juez de primera instancia consideró estar prescritas las diferencias de mesadas causadas del 1 de mayo de 2010 y el 7 de febrero de 2016 (3 años antes de la presentación de la demanda) 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 en los términos dispuestos por la *a quo*.

Así las cosas, se procede a verificar el valor del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, el cual se calculó en primera instancia del 8 de febrero de 2016 al 30 de septiembre de 2020, obteniendo como valor adeudado en esta instancia la suma de **\$31.370.343,71**⁷, inferior al encontrado por la *a quo* de \$34.003.717,24, por ende se modificará esta condena en virtud de la Consulta en favor de la accionada, precisándose que el mismo se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

Finalmente, accedió la Juzgadora inicial a la condena por concepto de indexación sobre el retroactivo impuesto, permitiéndose la Sala recordar, la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin

⁶ Según foliatura del expediente físico
⁷

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 5.937.313,00	\$ 5.548.316,00	\$ 388.997,00	0,00	\$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 6.125.526,00	\$ 5.724.197,62	\$ 401.328,38	0,00	\$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 6.354.008,00	\$ 5.937.710,19	\$ 416.297,81	0,00	\$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 6.509.046,00	\$ 6.082.590,32	\$ 426.455,68	0,00	\$ 0,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 6.635.321,00	\$ 6.200.592,57	\$ 434.728,43	0,00	\$ 0,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 6.878.174,00	\$ 6.427.534,26	\$ 450.639,74	0,00	\$ 0,00
08/02/16	31/12/16	6,77%	\$ 7.343.826,00	\$ 6.862.678,33	\$ 481.147,67	11,77	\$ 5.661.504,29
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 7.766.096,00	\$ 7.257.282,33	\$ 508.813,67	13,00	\$ 6.614.577,71
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 8.083.729,33	\$ 7.554.105,18	\$ 529.624,15	13,00	\$ 6.885.113,94
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 8.340.791,92	\$ 7.794.325,72	\$ 546.466,20	13,00	\$ 7.104.060,56
01/01/20	30/09/20	3,80%	\$ 8.657.742,01	\$ 8.090.510,10	\$ 567.231,91	9,00	\$ 5.105.087,21
Total retroactivo diferencia pensional							\$ 31.370.343,71

otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Agotada como se encuentra la competencia de la Sala, al tenor de las motivaciones precedentes, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en su numeral segundo, únicamente para fijar como valor de retroactivo adeudado al 30 de septiembre de 2020 la suma de **\$31.370.343,71**, 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

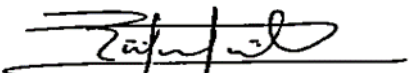
PRIMERO: MODIFICAR parcialmente la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO** únicamente para fijar como retroactivo de diferencias de mesadas pensionales del 8 de febrero de 2016 al 30 de septiembre de 2020 la suma de **\$ 31.370.343,71**, precisándose que el mismo se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada, el cual además deberá indexarse a la fecha de pago, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO