

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

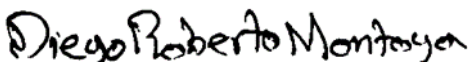
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RICARDO HUMBERTO GARZÓN MENDOZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. trámite al que se vinculó a LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 03 2018 00763 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado MICHAEL CORTAZAR CAMELO, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, en calidad de representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido mediante correo electrónico el 15 de marzo de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR, LA NACIÓN-MINISTERIO DE

HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero de 2021 (Cd a folio 147, récord: 1:09:53, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 148 y 149), en la que se resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante RICARDO HUMBERTO GARZON MENDOZA del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLPATRIA S.A realizado el 16 de octubre de 1998, así como los traslados horizontales realizados como consecuencia de las operaciones comerciales de Cesión por Fusión entre Colpatria S.A y Horizonte S.A y luego entre Horizonte S.A y Porvenir S.A todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por conceptos de cotizaciones obligatorias, voluntarias, si hubiese realizado alguna, bonos pensionales que ya se encuentran redimidos y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder sin descuento alguno, todo conforme a la parte considerativa.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte y reciba el traslado de todos esos dineros provenientes de PORVENIR S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado de régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuestas por las demandadas conforme a la parte motiva

ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR que el demandante RICARDO HUMBERTO GARZON MENDOZA tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo noveno de la Ley 797 del 2003 de conformidad a la parte considerativa.

SEXTO: DECLARAR que la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones queda obligada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante una vez ingrese a sus haberes los dineros provenientes de PORVENIR S.A, que en cuyo caso solo deberá cancelar la diferencia entre la mesada pensional que se viene cancelando por parte del fondo de pensiones Porvenir S.A y la que reconozca COLPENSIONES, hasta la fecha en que se suspenda el pago por parte de PORVENIR S.A en adelante deberá cancelar el valor de la mesada pensional en forma completa, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia

ARTÍCULO SÉPTIMO: ABSOLVER al demandado en reconvención RICARDO HUMBERTO GARZON MENDOZA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención presentada por PORVENIR S.A.

ARTÍCULO OCTAVO: DECLARAR probado de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Publico conforme a la parte considerativa.

ARTÍCULO NOVENO: CONDENAR en **COSTAS** junto con agencias en derecho a COLPENSIONES y PORVENIR S.A las cuales se tasan por \$1.000.000 pesos para cada una de ellas.

ARTÍCULO DÉCIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la demandada Colpensiones **CONSULTESE** con el superior en los términos del artículo 69 del Código Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. ”

Inconformes con la decisión, los apoderados de PORVENIR, COLPENSIONES y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR, advierte, la verdadera razón del accionante para promover el litigio, no es otra que el monto de la posible mesada pensional, sin tener en cuenta que la cuantía solo es determinada al momento de causar o exigir la prestación y no al efectuar la vinculación a determinado régimen pensional, en razón a que la misma depende de varios factores que se presentan a lo largo de la vida laboral de la persona.

En ese sentido, refiere igualmente que cualquier proyección que se realice en el proceso de afiliación, solo es una estimación basada en variables futuras, inciertas, que no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado, anotando que, en todo caso, ese no era un requisito exigido por la Ley para la fecha en que ocurrió el traslado del actor, pues solo con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015 fue claro el deber legal de las administradoras de colocar a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitieran conocer las consecuencias de dicho tránsito.

Por otra parte, destaca, el demandante durante su permanencia en el RAIS ejecutó actos que ratifican el conocimiento que tenía de las características y beneficios de ese régimen, a saber: en la afiliación, al firmar la historia laboral válida para bono pensional, al autorizar la emisión del mismo, al reclamar la

pensión donde además diligenció formatos que, en su sentir, constituyeron una declaración expresa de la voluntad de pensionarse en ese régimen.

De igual forma, pide se valore probatoriamente la suscripción del formulario de vinculación a la administradora, con la cual se acredita su consentimiento, la escogencia libre, espontánea y sin presiones del régimen pensional.

Asimismo, refiere a la obligación impuesta de devolver los gastos de administración, advirtiendo que con ello la despojan de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante ha estado afiliado al fondo y correlativamente se enrique sin causa a COLPENSIONES.

Por último, con relación a la carga de la prueba, sostiene que la misma incumbe es al demandante¹ (Cd a folio 147, récord: 1:13:49, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 148 y 149).

¹ “Gracias su señoría por la venia que me inspira el fallo que se acaba de emitir y en nombre de mi representada Porvenir S.A me permito interponer el recurso de apelación y ante los honorables magistrados de la sala del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá Sala Laboral y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen dicho recurso me permito sustentarlo en los siguientes términos:

En el presente caso señores magistrados no se puede desconocer que la razón genuina para promover la acción que se impetró a través del acto, se contrae la inconformidad por supuesto sobre el monto de posible mesada pensional y sobre el particular es de anotar que como le hemos venido esgrimiendo a lo largo de todo este proceso cualquiera de los dos regímenes el monto de la pensión se decide es al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplidos los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona, en el RPM como muy bien se sabe el cumplimiento de requisitos tiempo, cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el RAIS con los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro etc. De tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma, solo es un presupuesto basado en variables futuras, inciertas y la falta de ese presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad de la afiliada ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en este caso para el año de 1998 porque no era un requisito exigido por la ley, como lo hemos venido reiterando sobre esa particular evidentemente y lo que se pretende por parte de la activa y se pretendió durante todo el juicio era endilgarle a mi representada el hecho de no contar dentro de sus archivos con la información relativa que se le pudiese haber hecho algún tipo de proyección, información que hubiese quedado documentada, como muy bien señores magistrados ustedes lo advierten y que en ningún momento está representada ignora o desconoce por supuesto la obligatoriedad de brindarle información necesaria para la época en la que se realizó el traslado; Lo que sí es claro es que solo con la expedición de la ley 1748 del 2014 y decreto 2071 del 2015 fue claro el deber legal de las administradoras de colocar a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitiera conocer las consecuencias de su traslado, por lo que en vigencia del estatuto de los seguros sociales los traslados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría como en el caso que nos ocupa no contar necesariamente con la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión.

Ahora bien, igualmente debe precisarse que el demandante durante los veinte años que ha permanecido afiliado al RAIS ejecutó actos que ratifica la existencia de un profundo conocimiento de las características y beneficios del RAIS, surgida precisamente de la asesoría brindada al primer momento en la afiliación, lo que se reflejó posteriormente con la firma de la historia laboral válida para bono pensional y la autorización y emisión del mismo, igualmente la reclamación que adelanto pensional que elevo ante mi representada con el diligenciamiento de los formatos que constituyeron una declaración expresa de la voluntad del demandante de pensionarse en el RAIS e igualmente con la aceptación y reparo de las mesadas pensionales que viene percibiendo desde el mes de diciembre del 2017 como muy bien se conoce bajo la modalidad de retiro programado por lo que no suena convincente, ni es válido que ahora argumente que no fue asesorado al

A su turno, COLPENSIONES pidió la absolución de la entidad aduciendo, en síntesis, que la situación del actor es diferente dada su condición de pensionado, para lo cual acude a los pronunciamientos de la Corte Constitucional relativas al principio de sostenibilidad financiera, dada la orden de reconocer una pensión a cargo del régimen de prima media, y a los recientes pronunciamientos emanados de esta Corporación que promulgan la improcedencia de la ineficacia del traslado frente a un pensionado y la sentencia SL-373 de 2021 emitida por la Corte Suprema de Justicia.

momento de la afiliación. Lo que se quiere decir señores magistrados aunque se pretenda desconocer que el demandante tomó una decisión informada y en señal de ello y para lo cual solicito, respetando las líneas al respecto, pero que en este caso en concreto se valore probatoriamente la suscripción del formulario de vinculación a traslado a favor de la administradora precisamente por las razones expuestas anteriormente por lo cual manifestó a través de ese acto pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma además dejo constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS y se reitera se ejecutó actuaciones con posterioridad que ratificaban la asesoría brindada al momento de la afiliación, de manera que no puede ahora aducirse válidamente que no conocía del tema por falta de asesoría o información, por cuanto además de haberse brindado en su momento por parte de Porvenir pues muy bien conocido el tema pensional en Colombia ocupa un lugar importante en desarrollos normativos por parte del Estado colombiano y tratan de temas de interés general por tanto adquieren la característica de tenerse como hechos notorios y quiero referirme también señores magistrados al hecho de que el a quo decide en su fallo endilgar o imponer a mi representada también la carga dentro de la responsabilidades de los diferentes conceptos para reintegrar a Colpensiones al hoy demandante y me quiero referir concretamente al hecho de que se le endilgue la imposición de devolver los gastos de administración y es que recordemos que en relación con esto el artículo 20 de la ley 797 del 2003 establece que el 3% de la cotización realizada al sistema general de pensiones se destinara a financiar los gastos de administración, ordena devolver a Colpensiones las sumas percibidas por gastos de administración por el periodo en el que el actor permaneció afiliado a la administradora resulta para como lo que es el caso inequitativo con el fondo toda vez que lo despojan de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al fondo, está afiliado todavía tales como todas la parte formal relacionada con sus gastos que implicaron la administración y debida diligencia para que justamente fuera el mismo interesado como consecuencia de esta gestión haber recibido todos los rendimientos que inclusive hoy se ordenan justamente dentro del fallo restituir a Colpensiones, es que con base en eso la consecuencia y por lo cual tampoco estamos de acuerdo por ello y es que si bien es cierto y como el a quo lo manifiesta la consecuencia del acto de traslado trae la exclusión de todo el efecto jurídico por lo que el afiliado debe trasladarse a Colpensiones como si nunca hubiera afiliado a Porvenir y siempre hubiera permanecido al RPM lo que no se entiende es ¿por qué se ordena a devolver los gastos de administración? Que remunera la gestión del fondo de pensiones, toda vez que gracias como lo mencione anteriormente a la buena administración del afiliado a incrementado su capital de cuenta de ahorro individual, además debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no ha efectuado ninguna gestión de administración en ese mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin causa razón por la cual teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas y/o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución. Y finalmente señores magistrados quiero referirme a la carga de la prueba que impone el a quo ante mi representada y quiero referirme en el sentido de que la inversión de la carga de la prueba que se pretende imponer en esta clase de procesos soportada en la Ley 1328 del 2009 para aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia como es en este caso más de veinte años no resiste un análisis ponderado toda vez que en principio incumbe al demandante que en todo caso en aplicación de carga dinámica a quien corresponde que tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal que es como en el caso que nos ocupa hoy es ausente por inexistencia, por la razones anteriores magistrados solicito y no sin antes ratificarme en todos y cada uno de los argumentos esgrimidos como tal, como de igual manera lo hice ante el a quo relacionados con todas las excepciones, pretensiones y hechos referidos por mi representada en el escrito de la contestación de la demanda, sino también respecto a las alegaciones impetradas ante el a quo solicito sean revocadas todas y cada una de las imposiciones en condena de mi representada, muchas gracias.”

De igual forma, señala, con el reconocimiento de pensión se convalidó su voluntad de afiliación pensional, por lo que las inconformidades frente al monto de la mesada no tienen la virtualidad de invalidar el traslado² (Cd a folio 147, récord: 1:22:21, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 148 y 149).

Por su parte, la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, considera, aunque fue absuelta durante el trámite, puede verse afectada con la decisión en razón a que emitió el bono pensional tipo A modalidad dos, desde el 27 de junio de 2017, siendo por tanto inviable que se retorne dicha cifra porque los dineros fueron pagados con cargo al Tesoro Nacional, por lo que con la declaratoria de ineficacia del traslado, claro resulta que el actor no tuvo derecho a el mismo³ (Cd a folio 147, récord: 1:26:26, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 148 y 149).

² “Muchísimas gracias su señoría siendo esta la oportunidad procesal correspondiente y de manera muy respetuosa presento recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y le solicito a los honorables magistrados del Tribunal absolver a mi representada Colpensiones en razón de las siguientes consideraciones:

En primer lugar esta apoderada reitera las manifestación esbozadas en los alegatos de conclusión en la posición que frente a la declaratoria de ineficacia cuando se está frente a un pensionado ha esgrimido la Corte Constitucional en sentencias T-841 del año 2003 al señalar la afectación al principio constitucional de sostenibilidad financiera que se presenta al permitir que un pensionado en este caso el demandante quien ha venido percibiendo su pensión desde el año 2017 ingrese o regrese nuevamente al régimen administrado por mi representada y además se le ordene a mi representada efectuar un reconocimiento pensional cuando se cuenten con todos los recursos que traslade la AFP Porvenir circunstancia que claramente atenta contra este principio tal como lo manifesté en mis alegatos de conclusión si se genera una descapitalización del fondo al permitir que afiliados retornen al RPM ¿Cómo no se va a generar una afectación al mismo, cuándo no sólo se permite que una persona ya pensionada regrese al RPM sino que adicional se le impone a mi representada la carga de efectuar un reconocimiento pensional, circunstancia que claramente la Corte Constitucional en la sentencia en mención señaló y declaró la improcedencia de efectuar dichos traslados cuando se está frente a un pensionado argumentación que reitero fue tenida en cuenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral en sentencia del 30 de noviembre del año 2020 magistrado ponente Diego Roberto Montoya Millán dentro en el cual se señaló y fue dentro del proceso 03 2019 132 justamente la improcedencia de la declaratoria de la ineficacia frente a pensionado dentro del sistema general de pensiones, inclusive el mismo juez señala que un tercero no puede verse perjudicado con la declaratoria de la ineficacia pero aquí mi representada se está viendo perjudicada al ordenarle efectuar a futuro reconocimiento pensional en favor del demandante, circunstancia que le solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados la tengan en cuenta al momento de resolver o de desatar el presente recurso que se interpone

También es importante señalar que con respecto de la ineficacia del traslado pues como podemos argumentar que existió algún vicio cuando el demandante desde el año 2017 consiente a su situación pensional solicitó un reconocimiento ante la AFP Porvenir circunstancia que convalidaría su voluntad de que su situación pensional estuviera regida por las características propias del RAIS y que si tiene algún tipo de inconformidad con la mesada pensional que se le reconoció pues esta situación no tendría por qué declarar una ineficacia del traslado más aun pues cuando efectivamente reitero dentro del proceso no se demostró esa presunta ineficacia que se declaró en el mismo.

Ya para finalizar conociendo que estamos dentro de un proceso en el cual se está reconstruyendo la audiencia en los alegatos de conclusión que presentare al Tribunal hare también una breve exposición acorde con el nuevo precedente sentado por la CSJ a través de la sentencia SL 373 del año 2021 de esta manera muy concreta dejo sustentado mi recurso de apelación, muchísimas gracias su señoría.”

³ “Su señoría siendo la oportunidad procesal el ministerio de hacienda pese haber sido absuelto de todas las pretensiones, obviamente aunque se declare la excepción de la legitimación en la causa por pasiva, pues

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 RICARDO HUMBERTO GAZÓN MENDOZA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 6 a 7, aspirando principalmente se declare la nulidad y en subsidio la ineficacia, de la afiliación efectuada al RAIS a través de PORVENIR, al igual que las afiliaciones posteriores efectuadas dentro de ese mismo régimen. En consecuencia, condenar a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, determinándose, además, que nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida por lo que COLPENSIONES deberá activar su afiliación y realizar el correspondiente registro en el SIAFP. Pidió también, se declare que tiene derecho a que su mesada pensional le sea reconocida y pagada por Colpensiones bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 artículo 33 reformada por la Ley 797 de 2003.

Dentro del término de traslado respectivo, la demandada PORVENIR formuló demanda de reconvención contra el demandante solicitando principalmente se le condene a reintegrar las sumas de dinero que la AFP canceló por concepto de mesadas pensionales desde el mes de diciembre de 2017 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, debidamente indexadas. En subsidio, pidió se autorice a COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional a reconocer a RICARDO HUMBERTO GARZÓN MENDOZA, las sumas de dinero que ha venido

procedo a manifestar que el Ministerio de Hacienda igualmente no se encuentra conforme con la decisión teniendo en cuenta que de la misma sentencia se indicó que no se puede damnificar ni violentar derechos de terceros que sería el caso del ministerio de hacienda, más si se tiene en cuenta que el ministerio de hacienda con la expedición del bono pensional tipo A modalidad dos el cual se le reconoció al demandante en fecha 27 de junio de 2017, los bonos pensionales son títulos pensionales de deuda pública que van con cargo al tesoro nacional, por lo tanto considera el ministerio de hacienda inviable el que se haya ordenado el traslado del bono pensional a Colpensiones porque pues estos dineros fueron pagados directamente con cargo al tesoro nacional, que no fueron en ningún momento liquidados por Colpensiones ni se recibió por parte de Colpensiones ningún tipo de recursos sino fue directamente con cargo al tesoro nacional entonces si prospera la pretensión de ineficacia en este proceso pues no entiendo como si la declaratoria de ineficacia comprende dejar sin efectos todos los actos posteriores a la firma de este “ineficaz acto de traslado” y pues como quedo claro la persona nunca se trasladó sino que siguió sin solución de continuidad ante el ISS como si nunca se hubiera desafiliado pues nunca tuvo derecho a un bono pensional tipo A modalidad dos, entonces solicito al Tribunal se aclare esta parte con respecto al ministerio de hacienda, muchas gracias.”

recibiendo por concepto de mesadas pensionales desde diciembre de 2017 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, debidamente indexadas (folio 103). **Obteniendo, frente a la demanda principal, sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLPATRIA, condenando a la AFP PORVENIR, actual administradora de pensiones del demandante, a devolver las cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales que ya se encuentran redimidos junto con los rendimientos financieros que produjo el dinero, sin deducción alguna, trasladándolas a Colpensiones, y declarando que el actor se encuentra válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, y autorizando a esta entidad a cancelar solo la diferencia de la pensión que debe ser reconocida al demandante, lo anterior, tras considerar que la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea al demandante al momento del traslado de régimen pensional, en los términos sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo que dicho traslado no era eficaz o válido.

Con relación a la demanda de reconvención consideró el juez suficiente los argumentos esbozados para declarar la ineficacia del traslado para desestimar las pretensiones; sin embargo, determinó que COLPENSIONES solo estaba obligada a pagar la diferencia entre la pensión que viene siendo reconocida al actor por la AFP y la que esa administradora debía reconocer conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

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

Así las cosas, a CD folio 20 (página 20) milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 21 de junio de 1955, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 7 de mayo de 2018 (CD folio 20, página 48) y a PORVENIR el 6 anterior (Cd folio 20, páginas 41 a 42), es decir, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 62 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 611,14 semanas de cotización (folios 83 y 84), equivalentes a 11,72 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **16 de octubre de 1998** (CD folio 20, página 46, folios 76 y 77) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.) 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.

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”.

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

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

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

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

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida

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

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

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

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

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

noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

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.

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

“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.

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

Ahora, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por el actor el **16 de octubre de 1998** (folio 76).

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que PORVENIR reconoció al demandante, a partir del 15 de diciembre de 2017, pensión de vejez en la modalidad de retiro programado (folios 79, 101 a 102), en virtud de la solicitud que para el efecto realizó el actor (folios 85 a 100), prestación que de acuerdo con el informativo (folio 79) y lo aceptado en la contestación a la demanda de reconvención por el actor (folio 108, respuesta hecho 5.3) le ha venido siendo cancelada.

Lo anterior, conduce a concluir que el demandante al momento de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado había perdido la calidad de afiliado y por el contrario detentaba la de pensionado, en tanto ha venido beneficiándose de la prestación económica, hasta hoy, desde hace más de tres años, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las AFP como administradoras del RAIS, y siempre que

ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones⁷, condición que perdió el demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR, adquiriendo la categoría de pensionado por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que *“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”*.

Sobre el particular, recientemente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-373 de 2021, al analizar un caso de similares contornos fácticos, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, para en su lugar determinar la imposibilidad de que, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado del régimen de prima media con prestación definida, en razón a que la calidad de pensionado *“es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir”* pues no se trata solo de retrotraer la afiliación sino todos los actos surgidos como consecuencia del reconocimiento de la prestación.

⁷ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

Puntualmente sostuvo esa Corporación:

“(…)

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

***Para la Corte la respuesta es negativa**, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)⁸, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la

⁸ SL1688-2019, SL3464-2019

ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Bajo tales postulados argumentativos, habiéndose encaminado la acción por un pensionado del régimen de ahorro individual, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el **16 de octubre de 1998**, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia.

En virtud de lo concluido por esta Sala de Decisión, inocuo resulta efectuar pronunciamiento alguno frente a la demanda de reconvención formulada por PORVENIR S.A.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocarán y quedarán a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por RICARDO HUMBERTO GARZÓN MENDOZA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARGARITA GUAYARA MACIAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, trámite al que se vinculó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (RAD. 04 2018 00821 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 14 de abril de 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 9 de marzo de 2021 (Audiencia virtual concentrada, artículos 77 y 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 224, récord 24:21, acta de audiencia folio 225 a 227), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a COLFONDOS de las pretensiones incoadas en la demandada

SEGUNDO: SE DECLARAN Probadas las excepciones propuestas por la demandada Colpensiones esto es Inexistencia de causa para demandar, igualmente la de inexistencia del derecho reclamado propuestas por Colfondos

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte actora y a favor de Colpensiones fíjense como agencias en derecho la suma 1 SMLMV

CUARTO: *En el evento de no ser apelada la decisión envíese en el grado jurisdiccional de CONSULTA al Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser apelada por la actora.”*

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 demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **MARGARITA GUAYARA MACIAS** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 38) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 37 y 38), aspirando se declare que tiene derecho a que se le devuelva la suma de \$43.864.428, *“que COLFONDOS consignó a la cuenta de COLPENSIONES, por conceptos (sic) de dineros recaudados a través de las cotizaciones realizadas por el compañero permanente (....) el cual había cotizado para su pensión”*. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a devolver el dinero *“junto con el retroactivo de esas sumas de dinero dejados de percibir a causa de la dejadez de la parte demandada en la entrega de los dineros pertenecientes a los ahorros recaudados a través de las cotizaciones realizadas por el compañero de mi poderdante y padre de sus menores hijos, DINERO ENTREGADOS (sic) POR COLFONDOS A COLPENSIONES, Y SEGÚN ARCHIVO DE COLFONDOS CFPCPGMU20131029.E01, CON FECHA DE PAGO 29 DE OCTUBRE DE 2013, es decir a partir del 29 de octubre de 2013, (fecha en la cual acreditó la entrega de los dineros ahorrados en COLFONDOS, y que pasaron a COLPENSIONES) y hasta el 25 de diciembre de 2018, a la fecha de presentación de la demanda, corresponden a la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y SEIS CINCO (sic) CENTAVOS m/cte. (\$46.801.941,665)”*, los que deberán ser cancelados debidamente indexados desde su causación.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a la demandada de las aspiraciones incoadas en su contra,

tras considerar que la actora no tiene derecho a la devolución de saldos, precisando, el señor JUAN DE DIOS BOHORQUEZ SAIZ (Q.E.P.D.) se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, en el cual no se prevé esta prestación -que es exclusiva del régimen de ahorro individual-, sino el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que de hecho ya le fue otorgada.

No es motivo de controversia en esta instancia el fallecimiento del señor JUAN DE DIOS BOHORQUEZ SAIZ acaecido el 26 de abril de 2009, según se lee de la Resolución GNR 334976 del 25 de septiembre de 2014, así como tampoco, que para el momento del deceso este se encontraba afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, aspecto que además de no haber sido controvertido por la demandada, se verifica del reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (folio 101) en el que consta que el 10 de marzo de 2003 el señor BOHORQUEZ SAIZ (Q.E.P.D) realizó un traslado de régimen pensional de COLFONDOS (administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad) a COLPENSIONES (administradora del régimen de prima media con prestación definida).

Del mismo modo, tampoco se discute que mediante Resolución No. 028806 del 23 de agosto de 2011 el Instituto de Seguros Sociales negó a la demandante MARGARITA GUAYARA MACIAS, en calidad de compañera permanente superviviente, y a sus hijos LUIS FERNANDO BOHORQUEZ GUAYARA y JUAN CARLOS BOHORQUEZ GUAYARA, el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes por no encontrar satisfecho el requisito de semanas previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, y en su lugar, les concedió una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.429.438 (folios 8 a 11), la cual fue reliquidada por COLPENSIONES en el acto administrativo GNR 334976 del 25 de septiembre de 2014 en cuantía de \$14.846.134 (folio 13 a 17).

Pues bien para resolver, sea importante precisar, persigue la demandante a través del presente juicio, se ordene a COLPENSIONES devolverle las sumas que le fueran transferidas por COLFONDOS por la afiliación del señor JUAN DE DIOS BOHORQUEZ (Q.E.P.D.) quien en vida fuera su compañero permanente,

precisando “no está solicitando el incremento de la indemnización, solo la entrega, de los dineros que en toda su vida ahorró el compañero y padre (...) para que ellos pudieran, solventar algunas necesidades, por lo cual ellos tienen todo el derecho y hechos para seguir solicitando la devolución del dinero que les corresponden y que COLPENSIONES tiene la obligación de entregarlo” (folio 4, hecho 5).

A juicio de la Sala, la aspiración no resulta ser otra que obtener la devolución de los saldos de los dineros cotizados al sistema general de pensiones por el afiliado fallecido durante su vida laboral, los cuales fueron administrados en algún momento por COLFONDOS y trasladados a COLPENSIONES por virtud del traslado de régimen efectuado por el causante.

En ese orden, lo primero que se resalta, es que en el asunto ningún reparo se formuló frente a la validez de la afiliación o traslado de régimen realizado por el señor JUAN DE DIOS BOHORQUEZ (Q.E.P.D) del régimen de ahorro individual al de prima con prestación definida, de allí que las prestaciones a las que hubieran podido tener derecho él o sus beneficiarios, deban ajustarse a los lineamientos normativos que regulan el régimen al que se encuentra afiliado y que sea COLPENSIONES la llamada a garantizar el reconocimiento y pago de tales beneficios, por ser la única administradora del RPM.

Al punto memórese, el sistema general de seguridad social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)¹.

¹ Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en

En el primero, empleadores y trabajadores realizan sus contribuciones a un fondo común del cual se extraen los recursos requeridos para soportar las pensiones que reconozca el sistema y el segundo, por el contrario, tiene una dinámica de financiación basada en la acumulación del capital individual, a partir del cual el propio afiliado financia las prestaciones a las que tiene derecho.

cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado - artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

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

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

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

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

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

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política”

Así, si bien es cierto el conjunto de prestaciones económicas que reconocen los dos regímenes coinciden en su mayoría, en cuanto a su denominación y propósito, también lo es que para su consolidación se prevén requisitos y métodos disimiles.

Lo anterior con el fin de hacer ver a la demandante que la devolución de saldos (artículo 66 de la Ley 100 de 1993²) esto es, el retorno al afiliado o sus beneficiarios, del capital ahorrado durante la vida laboral a través de los aportes junto con los rendimientos financieros, aunque es una prestación regulada en el sistema de pensiones, solo está prevista para quienes se encuentren vinculados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera subsidiaria a la pensión, por lo que, al estar el causante válidamente inscrito al régimen de prima media con prestación definida al momento de su fallecimiento, la demandante no tiene derecho a acceder a la devolución de lo aportado en vida por su compañero permanente.

Sobre este aspecto se debe indicar, además, la Ley 100 de 1993 permite a los afiliados transitar entre los diferentes regímenes pensionales a lo largo de su vida laboral, con ciertas restricciones temporales, por ello, aunque según la información reportada por ASOFONDOS (folio 101) el causante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, en diferentes épocas, efectuó un traslado al régimen de prima media con prestación definida al afiliarse el 10 de marzo de 2004 a COLPENSIONES, y es en virtud de dicho tránsito que COLFONDOS -AFP a la que estaba afiliado antes del traslado (folio 101)- se vio obligada a remitir a COLPENSIONES los dineros recaudados con ocasión de la afiliación hecha y la administración de los recursos que efectuó durante el periodo que estuvo vinculado a esa administradora, que para la fecha ascendían a \$43.864.428 (folio 24) -cuya devolución es anhelada por la actora-. Ello por disposición del artículo 15 del Decreto 692 de 1994 que preceptúa:

“ARTICULO 15. TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL. 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

² **“ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS.** *Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.”*

de que hayan transcurrido tres años –ahora 5 años, según la ley 797 de 2003- contados desde la fecha de la selección anterior.

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

(...)

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se le haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.”

Asimismo, en virtud de lo regulado en el artículo 4 del Decreto 3800 de 2003, el cual prevé:

“ARTÍCULO 4o. TRASLADO DE RECURSOS. Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo [17](#) del Decreto 692 de 1994 (...)”

En ese orden, los dineros recibidos por COLPENSIONES en virtud del cambio de régimen hecho por el señor JUAN DE DIOS BOHORQUEZ, pasaron a hacer parte del fondo común y por ende, no se consideran recursos pertenecientes al afiliado que sean susceptibles de ser retornados a este o sus beneficiarios, por cuanto la cotización obligatoria al sistema de pensiones no representa un capital del que pueda disponerse libremente, pues tales contribuciones tienen una destinación específica establecida en la ley, particularmente con el fin de cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

En consonancia con lo expuesto, se insiste, considerando el régimen pensional al que estaba afiliado el causante, lo propio era reconocer a sus beneficiarios las prestaciones previstas en prima media para aquellos casos en que sobreviene la muerte del afiliado, respecto de los cuales se acredite su causación, y en este caso, según lo advirtió el ISS, no había lugar a la pensión de sobrevivientes por no cumplirse los requisitos prevista para aquella, por lo que, en su lugar, reconoció la indemnización sustitutiva de la prestación y así era como debía proceder, en el marco de sus competencias legales.

Por lo dicho, no hay lugar a acceder a las aspiraciones del libelo introductorio.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por haberse surtido la consulta, lo que sigue es la CONFIRMACIÓN de la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

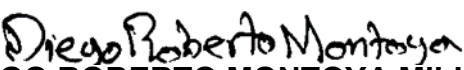
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABIO ALEJANDRO MOTTA CORTES CONTRA IPS CLINICA JOSE A RIVAS S.A. (RAD. 04 2019 00316 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y demandada (fls. 264 a 268 y 270 a 272), 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 9 de febrero de 2021 (Cd fol. 259, record 18:38 acta a folios 245 y 246), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad IPS clínica José Rivas S.A. de todas las pretensiones formuladas por Fabio Alejandro Mota Cortes.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte actora, fíjense en agencias en derecho la suma de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

TERCERO: En caso de no apelarse esta decisión concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor del actor.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora recurre la decisión expresando no estar de acuerdo con las consideraciones del Juez de primer grado, pues aduce el Doctor Mota presentó las correspondientes cuentas de cobro en el proceso respecto de los honorarios causados en octubre a diciembre

del año 2017, enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del año 2018, las cuales no fueron tachadas de falsas ni se dijo en ningún momento que dichas cuentas de cobro no correspondían al valor que del pacto de honorarios que tenían entre las partes, aunado a ello señala que la parte demandada afirmó que sí le debían honorarios por lo que le correspondía era a dicha parte probar cuales eran los montos que supuestamente se debían respecto de las cuentas de cobro presentadas.

Indica que con los documentos que la propia demandada aportó con la contestación se encuentran todas las citas por especialidad del demandante y al final hacen uso cálculos con la propia letra de ellos que indican cuantos pacientes son de la EPS, cuales no y el valor que se dan a esos honorarios, como también obran otros comprobantes en donde se señala los honorarios que se le van a pagar al actor.

Precisa que el accionante prestó sus servicios como médico y atendió pacientes de la Clínica durante todos los meses que se relacionan en la demanda los cuales no han sido pagados por la institución, por lo que en su sentir no es posible que en este momento se indique que no está demostrado que la Clínica Rivas le debe honorarios cuando los mismos se pactaron como una forma de remuneración. (Cd fl. 259, record: 19:07)¹

¹ “Gracias su señoría conforme a la decisión que acaba de proferir me permito interponer recurso de apelación contra la misma la cual sustento en lo siguiente: Se indica que no existe en el proceso digamos como establecer los porcentajes que se tenía derecho a los valores pues de los honorarios, nótese que efectivamente el doctor Mota presentó las correspondientes cuentas de cobro en el proceso respecto de los honorarios causados en octubre- diciembre del año 2017 y enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del año 2018, dichas cuentas de cobro no fueron ni tachadas de falsas ni se dijo en ningún momento que dichas cuentas de cobro no correspondían al valor que el cobraba por digamos el pacto de honorarios que tenían entre las partes. También valga aclarar que en la contestación de la demanda en los hechos séptimo y octavo el demandado afirmo que, si se debían los honorarios y simplemente indico que no por los montos solicitados, pero pues hay una aceptación en la contestación de la demanda, contestación dada al hecho séptimo y al hecho octavo en donde se afirma que si se debían los honorarios. Conforme con lo anterior les correspondía a la parte demandada probar cuales eran los montos que supuestamente no se debían respecto de las cuentas de cobro presentadas, tenga en cuenta que señor juez que nosotros hacemos una afirmación indefinida la cual se dice no me han pagado y no me han pagado estas cuentas de cobro que se relacionan en el expediente y es a la parte demandada a la que le toca probar porque es la que tiene el material probatorio, pues que dichas cuentas de cobro si fueron pagadas ¿Si? Entonces pues digamos que no compartimos la decisión por esta razón frente al tema de honorarios.

Adicionalmente si también revisamos el expediente se puede revisar en los documentos que la propia demandada apor to con la contestación de la demanda digamos todas las citas por especialidad del doctor Fabio Alejandro Mota y al final ellos hacen unos cálculos en la propia letra de ellos en los cuales ellos indican que cuantos pacientes son de tal Eps, cuántos son de otra Eps y el valor mismo que ellos le dan a esos honorarios ¿Si? Ellos ahí mismo cuantifican el valor. Tengo que informar, tengo que pues indicarle al juez que aquí también hay unos comprobantes que ellos denominan tipo de comprobantes CAG por ejemplo

uno que obra en el folio 141 en donde ellos indican también acá los honorarios que se le van a pagar al doctor por ejemplo en este indicia total créditos el que corresponde fecha de comprobante del 16 de enero del 2018 dice hora 10:25, lo denominan ellos como comprobante local y dice concepto honorarios profesionales de Consulta en Otorrino mes de diciembre del 2017 y ellos mismos dicen acá total débitos \$2.829.516, Total créditos \$2.829.516 por lo que se alcanza a leer ahí, repito esta en folio 142 del expediente uno de los comprobantes que ellos mismos, es una papelería impresa y emitida por la propia clínica, conforme con lo anterior pues no compartimos la decisión con el despacho en el sentido pues que nos tocaba por decirlo de alguna manera a nosotros demostrar que esas tarifas eran las acordes a los servicios prestados del Doctor por cuanto en su momento el Doctor contabilizo los servicios que se le había prestado a la institución y así mismo paso y presento su cuenta de cobro y pues él no tiene alguna otra papelería en que le fuera entregada y por lo tanto pues no se allego al proceso.

Por otro lado me permito citar digamos que el doctor Fabio Alejandro Mota siempre actuó en el presente proceso pues con buena fe, se sujetó a los protocolos y al modelo de atención tal y como está establecido en las pruebas del despacho, específicamente en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la clínica y lo cierto es que el doctor presto sus servicios como médico atendió pacientes de la clínica durante todos estos meses, durante los meses que se relacionan en la demanda octubre del 2017 hasta junio del 2018 y que los mismos no han sido pagados por la institución, téngase en cuenta que ese contrato que se le hizo firmar al Doctor Mota pues él se adhirió a dicho contrato y aceptó las cláusulas que están en el mismo sin que el digamos hubiese hecho un estudio y sin que tampoco se le hubiese dado la oportunidad de controvertir dicho contrato, entonces el simplemente se adhiere al mismo y lo que le indican pues como le indican a todos los profesionales médicos es que le van a pagar mensualmente conforme a el pase la cuenta de cobro y pues dicha situación nunca ocurrió pese a los varios requerimientos que se hicieron por parte del médico, los cuales también obran en el expediente que se les pidió en varias oportunidades, pues que hicieran pago de los honorarios que se adeudaban. Me permito citar el artículo 53 con fundamento en lo anterior de la Constitución Política de Colombia el cual dice “El alcance de los honorarios profesionales de una persona natural o independiente deben verse desde la óptica de destinación de los mismos, el cual está relacionado directamente con la satisfacción de los derechos fundamentales a la subsistencia como la emanación de las garantías a la vida, salud, trabajo y seguridad social de que trata los artículos 11, 25, 48 y 49 de la constitución política” entonces acá digamos lo cierto y lo que se puede ver en el proceso es que al Doctor le dejaron de pagar unos honorarios que a los cuales él tenía derecho y los cuales fueron pactados por las partes y que pese a que el contrato se terminó en junio del 2018 a la fecha aún no ha sido pagado por la parte demandada e inclusive tampoco ha hecho ninguna ofrecimiento o arreglo frente a esos honorarios que no le han pagado.

Por otro lado, me permito solicitarle al juez que se revise los artículos 13 y 14 del CST que señalan lo siguiente artículo 13 Mínimo de derechos y garantías “Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo.” Artículo 14 carácter de orden público irrenunciabilidad “Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.” Conforme con lo anterior no es posible que en este momento se indique que no está demostrado que la Clínica Rivas le debe honorarios al Doctor Mota porque se demostró que efectivamente a lo largo del proceso que hubo una prestación personal del servicio que se atendieron los pacientes que la clínica indico que debía atender el Doctor Mota y que adicionalmente se pactó unos honorarios una forma de remuneración, entonces no entendemos las razones por las cuales pues en este momento se indica que no o que se absuelve a la demandada de pagar unos honorarios que pues claramente se conocen que se adeudan.

Adicionalmente la Clínica Rivas es conocida en el medio por cuanto viene haciendo esta práctica con varios profesionales de la salud los cuales digamos contrata y que a los seis meses cuando los profesionales se dan cuenta de que no se van a pagar los honorarios entonces se termina el contrato y así vienen cambiando y cambiando el personal, digamos que ya se conoce que esta clínica incurre en esta práctica, digamos que el gremio médico lo conoce de esta manera y no entendemos porque pues en este momento pues la justicia no actúa pues digamos que poniéndole un freno a esa práctica digamos de alguna manera irregular y faltando a los preceptos de buena fe en los que incurre la clínica pues porque digamos que no es desconocido para el sector de la salud que dicha clínica viene con problemas económicos desde varios años y que pues igual la manera que ha decidido solventar sus problemas es definitivamente dejando de pagar los honorarios a los prestadores de servicios de salud en este caso a los profesionales, entonces en los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación y solcito que se revise exhaustivamente el proceso para que se determine que los honorarios que se le deben al doctor están plenamente sustentados con las cuentas de cobro, que dichas cuentas en ningún momento fueron tachadas de falsas y que por el contrario cuando se dio contestación a los hechos de la demanda se aceptó inclusive en el interrogatorio de parte absuelto por la

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

CONSIDERACIONES:

Constituyeron los anhelos del demandante, señor FABIO ALEJANDRO MOTTA CORTÉS, dentro de este ordinario las pretensiones relacionadas a folios 44 a 46, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados a folios 41 a 44 del expediente; solicitando de manera principal se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 21 de marzo de 2017 hasta el 9 de julio del 2018, en consecuencia se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, reintegro de los pagos realizados por concepto de seguridad social y en la proporción cotizada como independiente, salarios adeudados, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto), derechos *ultra y extra petita*. En subsidio solicita el pago de los honorarios adeudados por \$24.109.403, junto con los intereses moratorios y la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de indemnización de perjuicios contenida en la cláusula penal pactada entre las partes. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas tras considerar en primer lugar que si bien se había probado la prestación personal del servicio en favor de la demandada, ésta la había desvirtuado acreditando que la función desarrollada por el actor había sido autónoma e independiente, sin subordinación alguna, pues incluso el actor aceptó prestar servicios en otras clínicas mientras desarrollaba su labor para la accionada, precisando que el horario y los elementos de trabajo son características de un contrato de trabajo pero no son plena prueba de su existencia y en cuanto al pago de los honorarios adujo que si bien se encontraba documental relacionada con la programación de citas no hay prueba de las tarifas establecidas por la Clínica para cada paciente y tampoco si esas citas

representante legal que si se le debían unos valores al doctor Mota y pues que esos valores supuestamente indicaron que no eran los que el presentaba pero tampoco indicaron en ningún momento entonces cuales eran los valores que si resultaban de ese ejercicio, entonces dicha prueba les correspondía a ellos y por ende el juez debe decretar, acoger, las pretensiones en materia subsidiaria en este caso que se condene al pago de los honorarios que se le adeudan al Doctor así como sus intereses y la cláusula penal que se estableció en el mismo contrato, muchas gracias”

correspondían a pacientes particulares o remitidos por la Eps, lo anterior por cuanto el pago de honorarios se convino de cinco formas diferentes y en esa medida adujo no poderse realizar las operaciones matemáticas para verificar si los valores contenidos en las cuentas de cobro correspondían a los servicios prestados por el actor.

Reseñado lo anterior, es de señalar, no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de prestación de servicios entre el demandante y la IPS CLINICA JOSE A RIVAS S.A. cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales de MEDICO ESPECIALISTA EN OTORRINOLARINGOLOGÍA, circunstancia que además de haber sido señalada por el Juez a quo, sin que fuera objeto de apelación, fue aceptado desde la contestación de la demanda presentada por la accionada (ver fls. 112 y 113).

Establecido lo anterior, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación planteados por la apoderada de la parte actora, en virtud del principio de consonancia, y en esa dirección se advierte la inconformidad del accionante radica única y exclusivamente frente al pago de los honorarios que aduce se le adeudan por la pasiva.

En este orden de ideas, como quiera que la controversia en esta instancia se circunscribe de manera principal, en establecer la cuantía de los honorarios del actor producto de la ejecución del contrato de prestación de servicios, es menester precisar, acreditada la existencia del contrato de prestación de servicios, a efectos de fijar los honorarios solicitados, el señor MOTTA CORTES debía probar el porcentaje de honorarios pactados y el costo total de los servicios prestados para con ello determinar las sumas debidas.

Conforme lo anterior, en aras de establecer los aspectos referidos, esta Sala de decisión se permite citar el pacto que frente a este aspecto realizaron las partes en el contrato de prestación de servicios así (fl. 20):

TERCERA VALORES DEL CONTRATO. EL CONTRATANTE pagará a ***EL CONTRATISTA*** por la prestación de los servicios pactados en el presente contrato y por adiciones al mismo de la siguiente forma a) Para el servicio prestado a pacientes particulares el pago será el cincuenta por ciento (50%) de acuerdo con las tarifas establecidas por LA CLINICA para consulta externa y procedimientos

de diagnóstico, dicho pago se realizará los primeros diez días del mes siguiente, previa presentación de la cuenta de cobro. b) Para el servicio prestado a pacientes remitidos por las instituciones contratantes con LA CLINICA el pago será el cincuenta por ciento (50%) de acuerdo con las tarifas establecidas por LA CLINICA, los cuales se pagarán una vez sean cancelados por la Entidad contratante previa presentación de la cuenta de cobro. c) El pago tanto de la consulta como de los procedimientos clínicos y quirúrgicos de pacientes particulares institucionales será del cincuenta por ciento (50%) de acuerdo a las tarifas establecidas por LA CLINICA, los cuales se pagarán una vez sean cancelados por el paciente previa presentación de la cuenta de cobro, cuya afiliación y pago corresponderá única y exclusivamente a cargo del CONTRATISTA. d) Para el servicio prestado a pacientes remitidos por las instituciones contratantes con la Clínica, en procedimiento quirúrgicos se pagará el cincuenta por ciento (50%) de acuerdo a las tarifas establecidas por el MANUAL ISS 2001 los cuales se pagarán una vez sean cancelados por la Entidad contratante previa presentación de la cuenta de cobro. e) Para el servicio de consulta externa y procedimientos de diagnóstico a pacientes remitidos por las instituciones contratantes con LA CLINICA, el pago será el cincuenta por ciento (50%) de acuerdo con las tarifas establecidas por LA CLINICA, los cuales se pagarán una vez sean cancelados por la Entidad contratante previa presentación de la cuenta de cobro. Además, es de requisito esencial anexar a las cuentas de cobro, los comprobantes de pago de Seguridad Social (E.P.S. y Pensión) cuya afiliación y pago corresponderá única y exclusivamente a cargo del CONTRATISTA.”

Así las cosas, resulta entonces los honorarios que se pactaron en favor del accionante se sujetaron a cinco circunstancias diferentes: i) Pacientes particulares 50% de las tarifas establecidas por la Clínica ii) Pacientes remitidos por las instituciones contratantes con la Clínica 50% de las tarifas establecidas por la Clínica una vez sean cancelados por la entidad contratante iii) El pago de la consulta y de procedimientos clínicos y quirúrgicos de pacientes particulares se cancelará una vez los mismos paguen dicho valor iv) Servicios prestados a pacientes remitidos por instituciones contratantes con la clínica en procedimientos quirúrgicos se pagará 50% conforme al Manual ISS 2001 una vez sean cancelados por la entidad contratante y v) Para servicios de consulta externa y procedimientos de diagnóstico a pacientes remitidos por entidades contratantes el pago será el 50% de las tarifas establecidas por la Clínica previo pago de la entidad contratante.

De esta manera, se advierte si bien la parte actora aportó las respectivas cuentas de cobro de honorarios de los meses de octubre y noviembre del 2017 y enero a junio del 2018 (fls. 25 a 33), lo cierto es que de las mismas no se desprende que tipo de servicio se debe cancelar, en aras de encasillar cada cobro en alguna de las formas de pago atrás citadas, precisándose si bien la entidad accionada junto con la contestación aportó como pruebas documentales la programación de citas

de los meses de octubre y diciembre del 2017, enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del 2018 (fls. 134 a 139 vto, 142 vto a 145 vto, 148 a 150, 157 a 172 y 174 a 181), como también algunas denominadas “Descripción de Cirugías” (fls. 140 a 141 vto, 152 y 155), de tal documental no se puede extraer el valor que manifiesta el demandante es adeudado por la CLINICA JOSE A RIVAS, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque se desconoce el manual de tarifas que tiene establecido la accionada tanto para la atención de consultas y procedimientos quirúrgicos de pacientes particulares como remitidos por EPS contratantes, en aras de determinar el costo total de cada atención realizada por el accionante y de allí extraer el 50% de los honorarios pactados y en segundo lugar no se tiene certeza qué tipo de pacientes (particular o institucional) fue atendido por el accionante.

Nótese que si bien en la mayoría de las documentales citadas se encuentran unos valores a mano alzada se desconoce de quien proviene tales anotaciones y si corresponden a los honorarios del accionante o a otros conceptos, como tampoco se puede determinar si tales sumas allí escritas hacen referencia al valor total del servicio o solo al 50% de lo que le podría corresponder al actor, téngase en cuenta además que dependiendo del tipo de servicio prestado por el promotor del litigio conforme a la cláusula del contrato atrás citada el pago de los honorarios también se encontraba sujeto en algunas ocasiones o bien al pago que efectuara el paciente a la Clínica o al pago que realizara la entidad contratante a la pasiva, circunstancias que con las pruebas aportadas dentro de este trámite no se pueden corroborar.

En ese orden, conforme lo anterior, es clara la imposibilidad de fijar la suma de honorarios adeudada al actor con los medios probatorios vertidos en autos, precisando, si bien la pasiva en la contestación de la demanda indicó adeudarle sumas al demandante no confesó el valor de las mismas, por ende no se puede generar condena alguna por dicha manifestación.

Dicho lo anterior y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, a juicio de esta Sala es acertada la conclusión arribada por el juez a quo, en cuanto a la imposibilidad de fijar los honorarios en este proceso, y teniendo en cuenta las

manifestaciones de la apelación, debe memorarse que el hecho de la parte accionada haya aportado documental relacionada con la programación de citas y cirugías que pudo haber efectuado el accionante, no implica que el juez deba acogerlas, o que ello constituya un tipo de prueba solemne o irrefutable que genere la obligación en el juez de emitir decisión con fundamento en ella, pues aunado a que tales misivas se encuentran alteradas al haber en ellas insertas anotaciones a mano alzada desconociendo esta Corporación su procedencia, resulta que las mismas deben ser valoradas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, y en esa medida en el caso de marras, al margen de que las documentales ya citadas fueran aportadas por la propia pasiva, lo cierto es que las mismas no generan certeza sobre los parámetros necesarios para determinar los honorarios reclamados, lo que como se indicó, deriva en que dicha prueba no pueda ser el soporte para una decisión que favorezca los intereses de cualquiera de las partes, en otras palabras, las planillas de programación de citas y descripción de cirugías no constituye soporte ni para fijar los honorarios reclamados ni para arribar a una conclusión contraria como sería la inexistencia de la obligación.

Finalmente, ha de recordarse a la apelante que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

Acorde a las consideraciones que anteceden, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación presentados por el demandante, y dado que se arriba a las mismas conclusiones halladas por el Juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

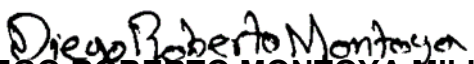
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

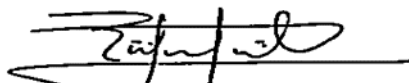
RESUELVE

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

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

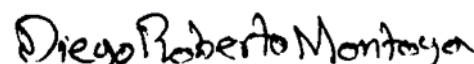
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JULIO ALBERTO CORPAS THOMAS CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 04 2019 00345 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la UGPP, 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 parte demandada, como también el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1° de septiembre del 2020 (Cd. fl. 203, record 27:45, acta a folios 204 y 205), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reconocer y pagar al señor JULIO ALBERTO CORPAS TOBAS la pensión de jubilación convencional por riesgos de salud a partir del 16 de noviembre de 1991 en cuantía inicial de \$161.936, el pago de la pensión se hará a partir del 28 de diciembre de 2015 mesada que asciende a \$2.748.065 la que se pagara en 14 mesadas al año, reajustes legales y debidamente indexada.

SEGUNDO: DECLARAR que esta pensión es de carácter compartida con la que eventualmente reconozca Colpensiones. Caso en el cual la UGPP solo deberá reconocer el mayor valor que existe entre la pensión que reconozca Colpensiones y la pensión Convencional que se ordena en esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de diciembre del 2015.

CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

QUINTO: ENVIESE en grado jurisdiccional de **CONSULTA** la presente decisión para la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la UGPP.”

Contra lo decidido, UGPP solicita se absuelva a la entidad toda vez que el señor Julio Alberto Corpas no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 43 de la convención vigente para el año 1990 y 1992, aunado a que no se encontraba en el listado que dicha convención registra como los cargos de un oficio de riesgo, precisando en vigor del acto legislativo 01 la Convención no se encuentra sujeta a las prórrogas automáticas que en este caso tampoco se dieron para la parte actora (Cd. fl. 203, record: 29:31)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 en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 8, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folios 4 a 7, aspirando se reconozca la pensión de jubilación por riesgos de salud, establecida en el artículo 43 de la Convención Colectiva de trabajo 1990-1992 a partir del 16 de noviembre de 1991, liquidándola con el promedio del salario devengado en el último año de servicios, junto con el retroactivo causado hasta que sea incluido en nómina, mesadas indexadas mes a mes, mesadas adicionales de junio y diciembre, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso; Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, pues se accedió al reconocimiento pensional convencional a partir del 16 de noviembre de 1991 en cuantía inicial de

¹ “Su señoría muchas gracias en este momento procesal oportuno solicito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día de hoy con todo respeto para que la sala Laboral del tribunal superior de Bogotá conozca este caso a fondo, solicito al tribunal absolver a mi apoderada, toda vez que el señor Julio Alberto Corpas no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 43 de la convención vigente para el año 1990 y 1992, aunado a esto el demandante aquí no se encontraba en el listado que dicha convención en su artículo 43 registra como los cargos para lo cual puedan demostrar un oficio de riesgo y en este orden de ideas en vigor del acto legislativo 01 no se encuentra sujeta a las prórrogas automáticas que pues en este caso tampoco se dieron para la parte actora, solicito al Tribunal pues revocar este fallo y en su lugar absolver a la UGPP. Muchas gracias señoría.”

\$161.936, disponiendo el pago de las mesadas a partir del 28 de diciembre del 2015 en suma de \$2.748.065 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, disponiendo el pago de 14 mesadas al año, reajustes legales y debidamente indexada, señalando la existencia de la compartibilidad de la prestación con la que eventualmente le pueda reconocer Colpensiones, todo lo anterior tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por riesgos de salud convencional, en tanto se acreditó que el cargo por el desempeñado de Almacenista por más de 16 años fue de alto riesgo conforme al concepto dado por el Ministerio de Trabajo

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, preliminarmente es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral obrante a folios 22 y 23, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el demandante se vinculó, de manera ininterrumpida, a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. entre el 28 de febrero de 1975 y el 15 de noviembre de 1991.

En este orden de ideas, como quiera que el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional (ver fls. 9 a 12) y que al expediente fue aportada copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, fechado el 12 de febrero de 1990 (fl. 99) el cual cuenta con constancia de depósito², empezará la Sala por precisar que la disposición cuya aplicación reclama el demandante, es el artículo 43 de la Convención Colectiva de trabajo, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, aunado a que ésta se encuentra vigente desde el 16 de febrero de 1992 (Art. 3 Convención Colectiva fl. 133) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

² Del 19 de febrero de 1990.

Pues bien, dicho artículo convencional establece:

“ARTÍCULO 43o. Pensiones de jubilación por Riesgos de Salud. -La Caja jubilará a los trabajadores que cumplan funciones que impliquen riesgos debidamente comprobados para la salud, por un tiempo continuo o discontinuo de 15 años al servicio de la Caja, a cualquier edad dentro de las normas legales vigentes. Para la calificación de cada caso se solicitará la definición de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo.”.

En este orden de ideas, en cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo es claro en expresar que se excluye de esos beneficios al Gerente General, Subgerente de casa principal, secretario general, asistentes de subgerencia de casa principal, directores de departamento, asesor de la Gerencia General, consejero de la Gerencia General, secretario privado del gerente general, jefes de unidad, auditor general, secretario de la auditoría general, asistentes de auditoría general, gerentes regionales y gerentes departamentales; y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de ALMACENISTA, esto es, no se encuentra en los cargos exceptuados por la convención.

Ahora frente al reconocimiento pensional, se tiene que la disposición citada establece dos requisitos para acceder a la pensión de jubilación por riesgo de salud, el primero que el trabajador haya realizado funciones que impliquen riesgos debidamente comprobados para la salud durante un lapso no inferior a 15 años y, el segundo que así lo haya calificado o definido la oficina de medicina e higiene industrial del Ministerio de Trabajo.

En ese orden, se encuentra acreditada la prestación de servicios del señor JULIO ALBERTO CORPAS THOMAS por más de 15 años (del 28 de febrero de 1975 al 15 de noviembre de 1991), que corresponden a **15 años, 20 días y 17 días** (folio 22), igualmente y en relación con la calificación de la actividad realizada por el demandante como ALMACENISTA en aras de determinar si se trató de riesgos debidamente comprobados para la salud, se aportó a folio 33 la comunicación No. 21802 emitida por el jefe de la división de medicina laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en concepto No. 511 en la que se señaló:

“1. Revisados y estudiados los listados de los productos que fueron enviados a esta dependencia, por corresponder a plaguicidas, resultan según la categoría clasificatoria, en altamente, medianamente y moderadamente tóxicos.

*2. **Las funciones de almacenista**, vendedor, bodeguero, obrero, vendedor supernumerario, empacador, celador, conductor y auxiliar de jefe de bodegas, de acuerdo con los manuales de funciones si implican exposición a los productos enumerados en los listados ya nombrados.*

3. Resulta acreditado que los productos plaguicidas traen aparejados riesgos para la salud”

De esta manera, en criterio de la Sala se da cumplimiento a los dos requisitos exigidos por la norma convencional en tanto con la citada comunicación aparecen acreditadas las actividades que generaban riesgos para la salud de los trabajadores por el contacto permanente con sustancias tóxicas, incluyéndose allí el cargo desempeñado por el actor de ALMACENISTA. Así se ha considerado en varios pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características al presente como por ejemplo en Sentencias SL 4027 del 26 de marzo del 2014, SL 7695 del 20 de abril del 2016 y SL 3684 del 26 de agosto del 2018, providencias que exponen el referido criterio, ésta última en la que se dijo:

*“Al analizar un caso de similares supuestos fácticos, en donde se discutía la interpretación de la misma norma convencional, la Corte indicó que una de las interpretaciones posibles consistía en que **con el concepto del ministerio, que incluyó ciertos cargos como expuestos a plaguicidas y que generaban riesgos para la salud de los asalariados, se podía dar por establecido el cumplimiento del presupuesto exigido por la norma convencional**. Para el efecto en sentencia CSJ SL7695-2016 señaló:*

Es evidente que la norma convencional contempla la definición de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene del Ministerio del Trabajo en los casos en que los trabajadores de la demandada cumplan funciones que impliquen riesgo para la salud por tiempo continuo o discontinuo de 15 años. La exigencia de que dicha definición debe hacerse para cada caso individual y concreto que propone la censura, si bien puede avenirse al texto convencional, no es sin embargo la única conclusión posible, porque bien puede ocurrir, como lo dejó sentado el Tribunal, que un concepto de la referida oficina del entonces Ministerio del Trabajo, que incluyó ciertos cargos ocupados por trabajadores de la demandada, entre ellos los de almacenista y vendedor que desempeñó el demandante, como sujetos de exposición a plaguicidas y que traían aparejados riesgos para la salud de los asalariados, de por establecido que en el asunto bajo examen el actor demostró estar dentro de los presupuestos exigidos por la norma contractual

En efecto, el concepto del Ministerio de Trabajo, que ninguna de las partes controvierte en su contenido, relacionado con las actividades consideradas de riesgo para la salud de los trabajadores con ocasión del contacto permanente con sustancias tóxicas y nocivas para la salud, en lo pertinente tiene el siguiente texto:

“1. Revisados y estudiados los listados de los productos que fueron enviados a esta dependencia, por corresponder a plaguicidas, resultan según la categoría clasificatoria, en altamente, medianamente y moderadamente tóxicos.

2. Las funciones de almacenista, vendedor, bodeguero, obrero, vendedor supernumerario, empacador, celador, conductor y auxiliar de jefe de bodegas, de acuerdo con los manuales de funciones si implican exposición a los productos enumerados en los listados ya nombrados.

3. Resulta acreditado que los productos plaguicidas traen aparejados riesgos para la salud.”

Si se compara la exigencia convencional con lo dicho por el citado Ministerio, es ajustado a la lógica concluir como lo hizo el Tribunal de que el desempeño del cargo de almacenista y vendedor trae aparejado riesgos para la salud al tener contacto con sustancias tóxicas y nocivas.

La conclusión del Tribunal ha sido prohijada por la Corte en asuntos similares en donde se han ventilado los alcances de la norma convencional atrás reproducida, como se observa en la sentencia del 21 oct. 1999, radicación 12502, cuyas orientaciones fueron reiteradas, entre otras, en la del 7 feb. 2006, rad. 26515 y SL4027-2014, del 26 mar. 2014, rad. 41196. En la primera de las citadas, esto dijo la Sala:

*“Aun cuando la interpretación que la recurrente da a la norma convencional transcrita no es del todo descaminada, pues la cláusula no es unívoca, dado que se trata de una pensión por “riesgos de salud” **también es razonable pensar que lo que se protege no es propiamente la patología adquirida en determinados oficios, sino el riesgo que entrañan esas actividades, como lo pregona la réplica. Si ello es así no sería absolutamente necesario frente a cada trabajador en particular que se requiera la intervención de la dependencia respectiva del Ministerio de Trabajo, pues bastaría, como ocurre en el caso presente, que de manera anticipada, a la reclamación respectiva, el Ministerio del ramo previa solicitud de la misma empresa haya determinado la toxicidad de determinados productos y las consecuencias nocivas para la salud de los empleados que desempeñen o hayan desempeñado los cargos y funciones precisados en su concepto.***

Si los cargos de vendedor y almacenista figuran, como en realidad aparecen en el concepto rendido por el Ministerio de Trabajo y además se acreditó que el actor desempeñó dichos cargos, es también entendible colegir que cumplía con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por riesgos de salud. (Sentencia de octubre 21 de 1999, radicación 12502)”. (Negritillas fuera del texto original). (subrayado de la Sala).

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1991 (cuando acreditó 15 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor CORPAS THOMAS en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en éste caso, el Acto Legislativo 01 de 2005, así ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, como en Sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las

reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”³.

³ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

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

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

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

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

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

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

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

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral

creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

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

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas

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

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1990-1992, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la UGPP en la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica a **cualquier edad** una vez el trabajador cumpla con los 15 años de servicio en funciones que impliquen riesgos para su salud.

En esta dirección, conforme se señaló el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del día siguiente al retiro del servicio -16 de noviembre de 1991-, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala se remite al texto convencional el cual señala en el parágrafo 3 del artículo 42 lo siguiente (fl. 140):

“La pensión se liquidará así:

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

estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

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

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

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

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 23), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

Sueldo básico	\$107.289
Prima de antigüedad	\$28.969
Prima técnica	\$0
TOTAL FACTOR FIJO	<u>\$136.258</u>

SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES

Salario en especie	\$0
Auxilio de transporte	\$0
Incentivo de Localización	\$182.862
Gastos de representación	\$0
Prima Dic/1990	\$59.558
Prima Jun/1991	\$228.528
Prima Dic/1991	\$228.528
Prima Escolar/1991	\$18.199
Prima Escolar/1992	\$52.900
Prima Vacaciones	\$172.640
Horas Extras	\$0
Dominicales o feriados	\$0
Viáticos	\$12.664
Sobrerremuneración	\$0
FACTOR FIJO VARIABLE	\$955.879
Promedio factor variable	<u>\$79.657</u>
TOTAL, FACTOR FIJO + VARIABLE	\$215.915
TASA REEMPLAZO	75%
MESADA PENSIONAL A 1991	\$161.936

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en 1991 (data para la cual el actor acumuló 15 años de labores y se desvinculó del servicio) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que se confirma en este aspecto la sentencia de la *a quo*.

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compatibilidad de dicha pensión con la que eventualmente llegase a ser reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, si lo hubiere, en el eventual caso que en efecto se le reconozca a futuro la pensión de vejez al demandante, confirmándose en este punto el fallo de primer grado.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por la accionada (fls. 41)⁴, debe señalarse en éste punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 16 de noviembre de 1991 data en la que el actor ya se encontraba desvinculado del servicio y acreditaba los requisitos exigidos por la convención; presentando reclamación solo hasta el **28 de diciembre del 2018** (fls. 25 a 30) y acudiendo a la jurisdicción el 3 de mayo del 2019 (fl. 102), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación (28/12/2015), es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 16 de noviembre de 1991 y el 28 de diciembre del 2015, tal como se dijo en primera instancia, por lo que el pago de las mesadas procede a partir del **28 de diciembre del 2015**.

En este orden de ideas, sería del caso proceder la Sala a **concretar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales al actor no obstante, se advierte en este punto que pese a que ni en la demanda ni la Juez *a quo* lo mencionó al resolver el litigio, la UGPP puso de presente en la contestación del libelo (ver fl. 110) que al accionante ya le había sido reconocida una pensión restringida de jubilación

⁴ Por auto del 7 de diciembre del 2020 se tuvo por contestada la demanda (fl. 80).

mediante proceso ordinario laboral 25 2013 00086, aportando en el expediente administrativo copia de la Resolución RDP 045368 del 30 de noviembre del 2017 por medio de la cual se reconoció el derecho a partir del 11 de septiembre de 2005 en cuantía de \$494.316,97 con efectos fiscales a partir del 1° de febrero del 2017, pagándole un retroactivo por \$41.381.510,12 de las mesadas pensionales correspondientes del 2 de octubre del 2009 al 30 de enero del 2017 (ver folios 209 a 214), sin que se pueda establecer el valor de la mesada que se reconoció a partir de esa fecha (2017) y mucho menos la que actualmente se encuentra devengando.

De esta manera se tiene entonces que el actor ya se encuentra pensionado a cargo de la misma entidad empleadora, con ocasión de un proceso judicial con anterioridad, y como ya se dijo el reconocimiento a favor del señor Julio Alberto Corpas Thomas respecto de la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 mediante decisión judicial, fue pasada por alto en el fallo recurrido, procediendo entonces esta Corporación en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de la UGPP analizar las consecuencias de esta situación.

Es de advertirse que la pensión restringida legal de jubilación, fue concedida mediante sentencia judicial, la cual en segunda instancia tuvo como ponente a uno de los integrantes de Sala, sin que ello genere impedimento alguno, frente al caso en estudio, en los términos del artículo 141 del C.G.P.

Precisándose sobre este aspecto, no puede pretender el accionante ser acreedor de dos pensiones públicas derivas de un mismo tiempo servido y por ende recibir del mismo empleador dos asignaciones, pues ello se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo dispone el artículo 128 de nuestra Constitución Política *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”*

Téngase en cuenta la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, fue creada por la Ley 57 de 1931 y el Decreto 1998 del mismo año, como una sociedad anónima de economía mixta, del orden nacional, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por lo que resulta claro que la referida entidad perteneció al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, de conformidad con lo previsto en el literal f), numeral 2, del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Por lo anterior luce evidente que el promotor de litigio no puede percibir de forma simultánea dos pensiones públicas, la pensión legal restringida de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y la pensión convencional de jubilación por riesgos de salud, en la medida están derivadas de una misma vinculación y tiempo de servicios con el Estado, generándose una incompatibilidad entre las mismas.

Así fue sostenido por la Máxima Corporación en sentencia ya citada SL 3684 de 2018 donde se estudió la misma situación que acaece en autos, considerando:

“(...) la condena impuesta en el fallo recurrido a título de pensión de jubilación por riesgos de salud en razón del tiempo laborado en la Caja Agraria, cuando a favor del actor – de forma previa - ya se había otorgado una pensión restringida de jubilación legal y con base en el mismo tiempo de labor, condujo a que en su favor se reconocieran dos pensiones, ambas a cargo del tesoro público, lo que, como quedó visto está proscrito por el artículo 128 de la Constitución Política.

La Corte al analizar la referida prohibición, dentro de un proceso seguido contra la Caja Agraria, estableció que cualquier pensión extralegal a cargo de las entidades territoriales o de las descentralizadas, es de orden oficial y, por ende, resulta incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del tesoro (CSJ SL, 14 feb. 2005, rad. 24062). En dicha providencia señaló:

Ahora bien, aunque lo anterior resulta más que suficiente para la improsperidad del cargo, no obsta agregar, que así la Sala, por lo expuesto en el desarrollo de la acusación, entendiera que la trasgresión de la ley sustancial se debió a la no aplicación de las normas que no permiten la compatibilidad entre dos pensiones de acuerdo con el origen de los recursos, el cargo tampoco estaría llamado a prosperar, como se pasa a explicar.

Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que “...Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades

territoriales y el de las descentralizadas...”, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial.

Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante. (subrayado fuera del texto).

En esa perspectiva, la Sala ha puntualizado como regla general, que la percepción simultánea de dos pensiones públicas, derivadas de una misma vinculación con el Estado, es incompatible por estar prohibida constitucionalmente. Sobre el particular en sentencia CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 42223, se indicó:

Esta Sala de la Corte ha señalado que la percepción simultánea de dos pensiones públicas, derivadas de una misma vinculación con el Estado, va en contravía de la prohibición constitucional anteriormente mencionada. En la decisión del 15 de julio de 2008, Rad. 30722, señaló al respecto:

“La censura acusa al Ad quem de haber dado por establecida la compatibilidad entre dos pensiones procedentes ambas del tesoro público, violando así la prohibición constitucional con sus desarrollos legales que la contienen.

El Tribunal se equivoca al hacer caso omiso de la rotunda prohibición constitucional: “Nadie podrá ... recibir más de (sic) asignación proveniente del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo en los casos expresamente determinados en la ley” pues ciertamente la condena se impone a una entidad industrial y comercial del Estado, de cubrir una segunda pensión, ahora de jubilación con fundamento en la ley del sector público, y respecto al trabajador oficial que ya disfrutaba de una pensión, de carácter convencional, originadas ambas en el mismo tiempo de servicios. Por ello el cargo prospera.

En instancia se ha de señalar que en el sub lite no tiene cabida la tesis según la cual no se considera erogación del tesoro público la pensión de vejez que proviene del Sistema de Seguridad Social, en el que los fondos constituidos para financiarlas son de carácter parafiscal, pues provienen de aportes causados por el afiliado, sufragados por el mismo y su empleador; la pensión de jubilación se reclama de la entidad en el que la participación del Estado es mayoritaria, y afecta el presupuesto estatal.

[...]

En el anterior orden de ideas, el Tribunal incurrió en el error denunciado por la censura, al dejar de tener en cuenta los documentos obrantes a folios 407 a 414, estando obligado a hacerlo, como ya se dijo, en los términos del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación legal afecta sustancialmente la pensión convencional en disputa, en la medida en que la percepción simultánea de las dos prestaciones deviene incompatible. Por consiguiente, el cargo es fundado frente a este específico punto y procede la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto condenó al pago de la pensión convencional de manera indefinida.

En esa misma dirección, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el pago simultáneo de la pensión de jubilación convencional y la de jubilación legal que debe asumir una misma entidad oficial, no es viable, toda vez que los recursos provienen del erario público. (...)

(...)

En ese orden, al margen de que las dos prestaciones cubran o no el mismo riesgo, lo cierto es que resultan incompatibles a la luz del artículo 128 de la Constitución Política.”

Conforme a lo anterior habrá de modificarse la sentencia de primera instancia, en cuanto a que la pensión convencional por riesgo a la salud por la que resultó ser condenada la UGPP, se cancelará únicamente en el evento en que la mesada pensional dispuesta en este proceso que para la fecha en que se tenía que pagar (28/12/2015) ascendía a **\$1.733.645** y al 2021 corresponde a **\$2.217.101⁵**, resulte ser superior a la que se encuentra percibiendo el accionante en ocasión de la pensión legal de la Ley 171 de 1961 (*desconociendo la Sala el valor que actualmente se encuentra recibiendo el demandante por concepto de esta prestación*), por lo que de ser así la accionada solo debe cubrir el mayor valor entre la pensión convencional y la legal, si lo hubiere, señalando la Sala si bien la Juez a quo indicó como valor de mesada para el año 2015 la suma de \$2.748.065

5

Tabla Mesada Pensional			
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
01/01/91	31/12/91	26,10%	\$ 161.936,00
01/01/92	31/12/92	26,00%	\$ 204.039,00
01/01/93	31/12/93	25,13%	\$ 255.314,00
01/01/94	31/12/94	22,60%	\$ 313.015,00
01/01/95	31/12/95	22,59%	\$ 383.725,00
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 458.398,00
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 557.549,00
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 656.124,00
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 765.697,00
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 836.371,00
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 909.553,00
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 979.134,00
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 1.047.575,00
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 1.115.563,00
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 1.176.919,00
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 1.234.000,00
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 1.289.283,00
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.362.643,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.467.158,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.496.501,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.543.940,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.601.529,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.640.606,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.672.434,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.733.645,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.851.013,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.957.446,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.037.506,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.102.299,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.182.186,00
01/01/21	31/12/21	1,60%	\$ 2.217.101,00

ésta resulta ser superior a la aquí obtenido por lo que atendiendo la Consulta en favor de la UGPP se modifica.

Téngase en cuenta que en un caso de similares connotaciones en donde el accionante fue acreedor de la Pensión Legal de la Ley 171 de 1961 con posterioridad al reconocimiento de la Pensión Convencional por Riesgos de Salud, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral estimó que la entidad pagadora solo debía cubrir el mayor valor que se ocasionara entre estas dos prestaciones, señalando:

“Son suficientes los argumentos expuestos en sede casación, por lo que esta Corporación adicionará la decisión de primer grado en el sentido de precisar que la pensión convencional por riesgo a la salud que deben pagar al actor las entidades que resultaron condenadas, se hará hasta el momento en el que se otorgó a éste la pensión reconocida en el proceso judicial anteriormente cursado, fecha a partir de la cual tan solo debe cubrir el mayor valor entre la pensión convencional y la legal, si lo hubiere.” (SL 3684 del 2018)

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena al pago de indexación de las mesadas pensionales, a juicio de la Corporación, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, procederá entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, solo si en efecto el demandante resulta ser acreedor de un mayor valor por concepto de mesadas pensionales en virtud de la pensión de jubilación

convencional por riesgos de salud, por lo que en este punto se confirmará la sentencia recurrida.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, si llegare a existir retroactivo adeudado al actor⁶, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el valor de la mesada pensional al año 2015, con las precisiones anotadas y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer que la **PENSIÓN CONVENCIONAL POR RIESGO A LA SALUD**, se cancelará **únicamente** en el evento en que la mesada pensional dispuesta en este proceso que para la fecha en que se tenía que pagar 28 de diciembre del 2015, ascendía a \$1.733.645 y al 2021 corresponde a \$2.217.101, resulte ser superior a la que se encuentra percibiendo el accionante en ocasión de la pensión legal de la Ley 171 de 1961, por lo que de ser así la

⁶Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

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

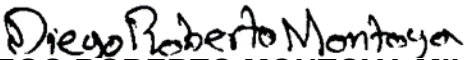
accionada solo debe cubrir el mayor valor entre la pensión convencional y la legal, si lo hubiere, conforme a las consideraciones expuestas.

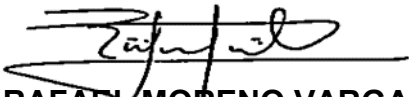
SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la UGPP a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, en el evento de que se adeude un retroactivo por diferencias de mesadas al demandante

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 4° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR LUIS LAURENTS OSPINO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 04 2019 00802 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la UGPP y demandante (fls. 102 a 105 y 107 a 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.

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 la parte demandante y demandada, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de febrero del 2021 (Cd. fl. 93, record 33:44, acta a folios 94 a 96), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a reconocer a OSCAR LUIS LAURENTS OSPINO la pensión de jubilación convencional a partir del 23 de noviembre de 2010 en cuantía inicial de \$ 1.312.267 en trece mesadas al año, aclarando que en el evento que Colpensiones reconozca o haya reconocido pensión de vejez la entidad demandada solo deberá reconocer el mayor valor que existe entre la pensión y la pensión convencional que se ordena en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 13 de febrero de 2016 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin lugar a COSTAS.

CUARTO: *CONCEDER el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la UGPP en el evento de no ser apelada esta decisión.*”

Contra lo decidido, el extremo demandante interpuso recurso de apelación señalando, no estar de acuerdo con la liquidación efectuada por el despacho pues conforme al certificado emitido por el Ministerio de Agricultura el ultimo IBL para el año del servicio fue la suma de \$961.368 y utilizando la fórmula establecida por la sala laboral de la Corte suprema de Justicia y el promedio de indexación correspondería como primera mesada \$1.409.386,08, por otro lado indica se debe reconocer la pensión de jubilación convencional en 14 mesadas al año, en tanto la mesada adicional de junio se causó el 27 de junio de 1999 y no con posterioridad al acto legislativo 01 del 2005 (Cd. fl. 93, record: 34:44)¹.

Por su parte la UGPP expresa que el demandante no cumple con los requisitos de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo 1998-1999; aclarando del acto legislativo 01 del 2005 se extrae una regla general consistente en que a partir de la vigencia del citado acto legislativo no se pueden acordar pactos, convenciones colectivas, laudos o acto jurídico alguno de regímenes pensionales diferentes a los establecidos de las leyes que regulan el sistema general de pensiones y en esa medida las disposiciones convencionales respecto a las pensiones de jubilación se encontraban rigiendo a la fecha de expedición del acto legislativo 01 del 2005 mantendrían su curso hasta el 31 de julio del 2010 ello con el propósito de que esta materia fuera regulada exclusivamente la ley de seguridad social lo cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y acabar diversos regímenes en este aspecto.

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Laboral para que en efecto modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos:

En lo que se refiere a la liquidación de la primera pensional la que tiene derecho el señor Oscar Luis Laurens Ospino utilizando el IBL certificado por el ministerio de agricultura en la certificación laboral CA 014 expedida por la coordinadora del grupo de gestión integral de entidades liquidadas se puede evidenciar que el ultimo IBL para el año del servicio fue la suma de 961 368 y utilizando la fórmula establecida por la sala laboral de la Corte suprema de Justicia y el promedio de indexación correspondería como primera mesada la suma de : \$1 409 386.08.

De otro lado Honorables magistrados igualmente se deberá reconocer la pensión de jubilación convencional en 14 mesadas al año, pues así igualmente se ha establecido en amplia jurisprudencia entre ellas en la sentencia SL 1046 de 2020 en donde fue ponente la señora Ana María Muñoz Segura del 17 de marzo del 2020, en el cual se explica que el derecho a la mesada 14 o mesada adicional de junio se causa el 27 de junio de 1999 y no con posterioridad al acto legislativo 01 del 2005 y por lo tanto debería reconocerse en 14 mensualidades al año. Dejo sustentado así mi recurso de apelación, muchas gracias.”

Por ende, señala que la convención colectiva de trabajo de la Caja Agraria perdió su vigencia el 31 de julio de 2010 y en ese orden el señor Oscar Luis Laurens Ospino en su sentir no le asiste derecho a una pensión de jubilación convencional ya que si bien es cierto cuenta con veinte años servicio exigidos, al 31 de julio del 2010 tan solo contaba con 54 años, 8 meses y 9 días de edad es decir que no reunía con el requisito de edad de los 55 años de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 y en esa medida teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos para esta pensión restringida solicita se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se nieguen las pretensiones expuestas en el escrito de la demanda. (Cd. fl. 93, record: 36:44)²

² “Muchas gracias señor juez en la oportunidad procesal presento recurso de apelación de manera respetuosa en contra de la sentencia que se acaba de proferir en esta audiencia, para que sea resuelta por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá el cual sustento mi recurso de apelación para que sea tenido en cuenta por los Magistrados:

En cuanto al caso en mención se solicita de una vez que se revoque la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos de la pensión de jubilación que están inmersas en el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo 1998-1999; a lo anterior es menester aclarar que el acto legislativo 01 del 2005 se extrae una regla general consistente en que a partir de la vigencia del citado acto legislativo no se pueden acordar pactos, convenciones colectivas, laudos o acto jurídico alguno de regímenes pensionales diferentes a los establecidos de las leyes que regulan el sistema general de pensiones, es decir que desde entonces no es que las convenciones colectivas de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase establezcan sistemas pensionales distintos a los implementados por la ley , aun mas cuando sean más favorables para los trabajadores, del mismo modo queda vigente un régimen de naturaleza transitoria según el cual las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidos en los convenios colectivos de trabajo , laudos, acuerdos válidamente celebrados mantienen su vigencia por el termino inicialmente estipulado sin que convenios o laudos que se suscriban queden activos en la entrada de vigencia del acto legislativo, esto es el 31 de julio del 2010 puedan pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encuentran vigentes.

Ahora teniendo en cuenta el término inicialmente estipulado hace alusión del convenio colectivo de manera que ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, dicho acto jurídico regiría hasta cuando se finalice, ocurrido esto la convención colectiva de trabajo pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere, lo que significa que por voluntad del constituyente las disposiciones convencionales respecto a las pensiones de jubilación se encontraban rigiendo a la fecha de expedición del acto legislativo 01 del 2005 mantendrá su curso hasta el 31 de julio del 2010 ello con el propósito de que esta materia sea regulada exclusivamente la ley de seguridad social lo cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y acabar diversos regímenes en este aspecto, procurando con ello cumplir con los fines y principios que fueron asignados y que aparecen constituirlos en el título preliminar de los capítulos uno y dos de la ley 100 de 1993 y artículo 48 de la constitución.

La norma transcrita, la norma expuesta en este momento nos permite inferir que la convención colectiva de trabajo entre otras de la Caja Agraria perdería su vigencia el 31 de julio de 2010, en lo anteriormente considerado se desprende que el señor Oscar Luis Laurens Ospino no le asiste derecho a una pensión de jubilación convencional ya que si bien es cierto que cuenta con veinte años servicio exigidos al 31 de julio del 2010 tan solo contaba con 54 años, ocho meses y nueve días de edad es decir que no reunía con el requisito de edad de los 55 años de conformidad con lo establecido en el acto legislativo 001, por las razones anteriores, teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos para esta pensión restringida se solicita al honorable tribunal se revoque esta decisión de primera instancia y en consecuencia se nieguen las pretensiones expuestas en el escrito de la demanda del señor Oscar Luis Laurens Ospino, igualmente sin que esto signifique allanamiento en cuanto si es una decisión adversa a la entidad se solicita al honorable tribunal no condenar en costas pues las mismas no se dieron demostradas dentro del proceso y los actos administrativos cuentan con plena validez legal, en estos términos dejo planeado mi recurso de 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 del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 6, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folios 5 y 6, aspirando principalmente se declare que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 10 de abril de 1978 al 27 de junio de 1999, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional desde el 23 de noviembre del 2010, indexando el último salario promedio mensual devengado, como también se indexe los valores reconocidos, se realicen los correspondientes aumentos de ley, se reconozcan las mesadas adicionales de junio y diciembre, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso; **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** pues se accedió al reconocimiento pensional convencional pero a partir del día 13 de febrero del 2016, por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de la prescripción, precisando el Juez *a quo* que para el año 2010 momento de causación del derecho la mesada ascendía a la suma de \$1.312.267, disponiendo el pago de 13 mesadas al año y señalando la existencia de la compartibilidad de la prestación con la que eventualmente le pueda reconocer Colpensiones, todo lo anterior tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación convencional, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad, por lo que dicha pensión Convencional no perdió vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, preliminarmente es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral obrante a folios 22 y 23, expedida por el

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el demandante se vinculó, de manera ininterrumpida, a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. entre el 10 de abril de 1978 y el 27 de junio de 1999.

En este orden de ideas, como quiera que el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional (ver fls. 8 a 13) y que al expediente fue aportada copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, fechado el 15 de abril de 1998 (Cd. fl. 28) el cual cuenta con constancia de depósito³, empezará la Sala por precisar que la disposición cuya aplicación reclama el demandante, es el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, aunado a que ésta se encuentra vigente desde el 1° de enero de 1998 (Art. 3 Convención Colectiva) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

Pues bien, dicho artículo convencional establece:

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

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

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

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

³ Del 17 de abril de 1998.

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

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

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

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

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, en cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo es claro en expresar que se excluye de esos beneficios al Vicepresidente, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, a los Directores de Oficina del Grado 16 al Grado 50, suplente del revisor fiscal, delegados de la revisoría fiscal y asistente delegado grado 24; y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de CAJERO PRINCIPAL I, Grado 03, en la oficina de San Jacinto – Bolívar (ver fl. 22), esto es, no se encuentra en los cargos exceptuados por la convención.

Ahora frente al reconocimiento pensional, aunque no quedó acreditada la forma en que finiquitó el vínculo del actor, esto es, si se retiró o fue retirado, tal situación es indiferente para efectos de la prestación que se estudia, pues el reconocimiento procede en uno u otro evento, siempre que concurren los demás presupuestos. En ese orden, resulta procedente para este caso dar aplicación al parágrafo 1º del artículo 41 Convencional, pues se encuentra acreditada la prestación de servicios por más de 20 años (del 17 de enero de 1977 al 27 de junio de 1999), que corresponden a **21 años, 2 meses y 7 días** (folio 22), circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala dan lugar a la causación de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del

texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad, así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características al presente como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244⁴ (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107⁵ (14/02/2018), SL 526 Rad. 63158⁶ (14/02/2018), SL 3280 Rad.

⁴ “(...) teniendo claro que la actora para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 13 de diciembre de 2010, habrá de casarse la sentencia impugnada.”

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia vigente ha sostenido que es ineludible a la hora de establecerse los beneficiarios de las prebendas convencionales la existencia y vigencia de la relación laboral que a éstos legitima, de tal suerte que, de no acreditarse tales conceptos, no se abrirá paso el respectivo reclamo, tal discernimiento por desprenderse del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que la convención colectiva de trabajo se celebra “para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” y, obviamente, los contratos de trabajo durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo son los que igualmente

están vigentes, no los que no lo están o que nunca lo han estado. De esa suerte, cualquier beneficio convencional en favor de quien no está ligado por un contrato de trabajo con la empresa suscribiente de la correspondiente convención colectiva de trabajo debe estar expresamente previsto por los convencionistas, por constituir según lo visto una estipulación para otro, para un tercero, tal es el caso de las prebendas extendidas en favor de los hijos de los trabajadores, o de los ex trabajadores, o de los pensionados e, incluso, de terceros totalmente ajenos a las relaciones contractuales de la empresa pero por cuya actividad pueden verse afectados en alguno de sus intereses, verbi gracia, la comunidad circundante de la misma.

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

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

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

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

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

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

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

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

78562⁷ (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315⁸ (25/11/2020), SL 803 Rad. 71316⁹ (09/03/2021) providencias que exponen el referido criterio.

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

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

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

(...)

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

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.

⁷ “ ... Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado en cuanto a la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, frente al primer párrafo, al señalar: (i) que aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre (CSJ SL526-2018 reiterada en la CSJ SL4550-2018).

Luego, surge con claridad que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa, pues la edad constituye una condición individual de exigibilidad, goce o disfrute de la prestación.

Resulta relevante destacar que los derechos pensionales gozan de la particularidad de concederse para compensar el desgaste físico que sufre el empleado como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, el eje central de esta prestación es el número de años de trabajo, ya que es esta la que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura y natural al ser humano que escapa del dominio sobre sí mismo.

Específicamente, en el marco de las vinculaciones laborales, es un hecho usual, que las prestaciones pensionales se ofrezcan como un aliciente a la prestación continua de los servicios personales en favor de una empresa, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad empresarial.

En consecuencia, se equivocó el Tribunal al considerar que la edad era un requisito de estructuración del derecho pensional acordado en el artículo 41 convencional y, por tanto, sale adelante la acusación y se casará el fallo impugnado.”

⁸ “1) Alcance del artículo 41 de la convención colectiva 1998-1999

(...)

Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa transcrita y, en particular, respecto al primer párrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre.

En esas condiciones, el citado precedente concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.

(...)

2) El Acto Legislativo 01 de 2005 no afecta los derechos adquiridos antes de su expedición

Dado que el derecho pensional reclamado quedó causado o adquirido con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro que esta reforma no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho.

En efecto, si bien el extrabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud de aquella modificación superior perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza, tal hecho no compromete el derecho pensional; se reitera que este se adquirió desde 1999 y solo quedó pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute.

Así, como el Tribunal consideró que el requisito de edad debía cumplirse según las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005, entendió que era un presupuesto para su estructuración y no de mera exigibilidad, o lo que es igual, no advirtió que el derecho ya se había adquirido. Surge así su yerro y por tanto se casará el fallo impugnado.”

⁹ “Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el párrafo 1° de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.

(...)

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

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados,

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1999 (cuando acreditó 20 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor OSCAR LUIS LAURENTS OSPINA en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en éste caso, el Acto Legislativo 01 de 2005, así ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, como en Sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”¹⁰.

entre ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011.”

¹⁰ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

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

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

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

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

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

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

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

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

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

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

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

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

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

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

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la UGPP en la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que cumplió los 20 años de servicios el actor no contara con los 55 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica para aquellos trabajadores que se retiren del servicio **sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre**, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

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

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

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia del registro civil de nacimiento (fl. 16) y de la cédula de ciudadanía (fl. 17), el accionante cumplió la edad de 55 años el **23 de noviembre del 2010** (nació en 1955), por lo que sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 55 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

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

“La pensión se liquidara así:

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

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

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

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

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 51), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

<i>Sueldo básico</i>	<i>\$496.380</i>
<i>Prima de antigüedad</i>	<i>\$163.806</i>
<i>TOTAL FACTOR FIJO</i>	<i><u>\$660.186</u></i>

SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES

<i>Salario en especie</i>	<i>\$145.304.</i>
<i>Auxilio de transporte</i>	<i>\$0</i>
<i>Incentivo de Localización</i>	<i>\$0</i>
<i>Gastos de representación</i>	<i>\$0</i>
<i>Prima Jun/1998</i>	<i>\$13.800</i>

Prima Dic/1998	\$1.103.996
Prima Jun/1999	\$973.775
Prima Escolar/1999	\$327.611
Prima Vacaciones	\$729.087
Horas Extras	\$0
Dominicales o feriados	\$0
Viáticos	\$280.000
Sobrerremuneración	\$0
FACTOR FIJO VARIABLE	\$3.573.573
Promedio factor variable	<u>\$297.797,75</u>
TOTAL FACTOR FIJO + VARIABLE	\$957.983,75

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2010 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470¹¹ y 31222¹², valor

¹¹ Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento suprallegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

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

¹² “Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

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

al cual se le aplica el porcentaje del 75% establecido en la convención colectiva así:

VH	IPC Final dic-09	IPC Inicial dic-98	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada
\$957.983,75	102,00	52,18481	\$1.872.467,15	75%	\$1.404.350

Toda vez que conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor superior al liquidado como primera mesada pensional por el juzgado de primer grado (\$1.312.267), se modificará la cuantía establecida por el Juez de instancia, por cuanto dicho aspecto fue apelado por la parte demandante, quien justamente solicitó se revisará la liquidación efectuada y se incrementara el valor de la mesada.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, conforme lo señala la parte actora en su alzada, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en 1999 (data para la cual el actor acumuló 20 años de labores y se desvinculó del servicio) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -23 de noviembre del 2010- (cuando el demandante alcanzó los 55 años de edad fl. 17), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que se modifica en este aspecto la sentencia del a quo.

el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

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

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

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

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

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

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

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

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compartibilidad de dicha pensión con la que eventualmente llegase a ser reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, si lo hubiere, en el eventual caso que en efecto se le reconozca a futuro la pensión de vejez al demandante, confirmándose en este punto el fallo de primera instancia.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por la accionada (fls. 41)¹³, debe señalarse en éste punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 23 de noviembre del 2010 data en la que el actor cumplió los 55 años de edad (fl. 17); presentando reclamación el **13 de septiembre de 2019** (fl. 28) y acudiendo a la jurisdicción el 25 de octubre de 2019 (fl. 33), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 23 de noviembre del 2010 y el 13 de septiembre del 2016, advirtiéndose en este punto se modificará la decisión del operador judicial de primer grado, en tanto refirió que la prescripción aplicaba para las mesadas causadas con anterioridad al 13 de **febrero** del 2016, siendo lo correcto el **13 de septiembre del 2016**, lo anterior por cuanto se conoce el presente asunto en virtud de la consulta a favor de la UGPP y no se le puede hacer más gravosa su situación.

En este orden de ideas, procede la Sala a **concretar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales al actor, el cual se liquida con la mesada aquí obtenida (\$1.404.350) del **16 de septiembre del 2016 al 31 de marzo del 2021**, obteniendo como suma adeudada **\$123.007.254,03**¹⁴, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.

¹³ Por auto del 7 de diciembre del 2020 se tuvo por contestada la demanda (fl. 80).

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor¹⁵, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el valor de la mesada pensional al año 2010, como también la fecha a partir de la cual se ha de reconocer el retroactivo adeudado y el número de mesadas a reconocer, adicionándola en el punto anteriormente mencionado y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

14

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
23/11/2010		0	\$ 1.404.350,00	PRESCRITO	
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.448.868,00		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.502.911,00		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.539.582,00		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.569.450,00		
01/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.626.892,00		
13/09/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.737.033,00	4,60	\$ 7.990.351,8
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.836.912,00	14,00	\$ 25.716.768,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.912.041,70	14,00	\$ 26.768.583,8
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.972.844,63	14,00	\$ 27.619.824,8
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.047.812,72	14,00	\$ 28.669.378,1
1/01/2021	31/03/21	1,61%	\$ 2.080.782,51	3,00	\$ 6.242.347,5
Total retroactivo				\$ 123.007.254,03	

¹⁵Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como valor de mesada pensional para el año 2010 a favor del señor OSCAR LUIS LAURENTS OSPINO la suma de **\$1.404.350**, concretándose el retroactivo adeudado al actor con **14 mesadas** al año, del **16 de septiembre del 2016 al 31 de marzo del 2021**, en suma de **\$123.007.254,03**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

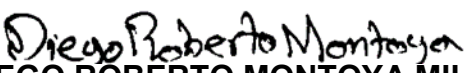
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para en su lugar DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **16 de septiembre del 2016**, conforme a lo expuesto.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 4° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

QUINTO: 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 HELÍ AREVALO SANTIAGO Y ORLANDO CANDELO HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 05 2018 00640 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 23 de marzo de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

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 demandante contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, récord 38:59, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor ORLANDO CANDELO HERRERA Y HELI AREVALO SANTIAGO.

TERCERO: SIN COSTAS en este proceso.

CUARTO: En caso de que no fuese apelado, envíese en CONSULTA a favor de los demandantes al Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión los demandantes la apelaron, solicitando su revocatoria. En ese sentido, dicen, cumplieron con los requisitos previstos en el

artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Por otra parte, pide no se tenga en cuenta la sentencia SU140 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, anotando, la Corte Suprema de Justicia, en providencia posterior a la referida debatió un tema idéntico y concedió los incrementos¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada el 27 de noviembre de 2020, récord 39:32, 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 los demandantes HELÍ AREVALO SANTIAGO Y ORLANDO CANDELO HERRERA², las pretensiones relacionadas en la página 10 (expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados en el acápite respectivo (páginas 10 y 11, expediente digital), aspirando principalmente el reconocimiento y pago del incremento del 14% a que tienen derecho, conforme lo establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, debidamente indexado desde el día en que dichos valores se hicieron exigibles hasta cuando se produzca el pago definitivo. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada

¹ “Si señor juez voy a interponer recurso, contra la decisión anterior respetuosamente interpongo el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal para que los magistrados revoquen la sentencia proferida por el juzgado y en su lugar accedan a las suplicas de la demanda por lo siguiente: Como ya se dijo en los alegatos aquí las parte los demandante han cumplido con los requisitos exigidos por la norma, artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, esto por una parte. Por otra parte si bien es cierto que la Corte Constitucional profirió la sentencia 140 de 2019, yo le solicito a los Honorables Magistrados no tenerla en cuenta, no darle aplicación como quiera que posterior a esta sentencia hubo un pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia es la radicación 2711 del 2019 esta fue posterior a la SU 140 donde se debatió un tema idéntico al que este momento ha sido motivo de litigio y se reconocieron los incrementos a un demandante, estamos hablando de índicos casos y por este nuevo pronunciamiento que hubo posterior yo le solicito a los Honorables Magistrados que se reconsidere y que se acceda a las suplicas de esta demanda en su momento yo ampliare este recurso, muchas gracias señor juez.”

² Aunque la demanda fue presentada, además de ellos, por MIGUEL ARTURO CAICEDO RAMOS y FRANCO ROJAS RAMÓN, frente a estos últimos mediante auto del 14 de enero de 2019 (páginas 75 a 77 expediente digital) la demanda se rechazó por competencia, en razón de la cuantía, motivo por el cual se desglosaron los documentos respectivos para que frente a estos se surtiera nuevamente el reparto. Así, la demanda se admitió en esa misma providencia, solo frente a HELÍ AREVALO SANTIAGO y CANDELO HERRERA ORLANDO.

en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, y ese sentido, al no haber causado los demandantes la pensión de vejez antes de cobrar vigor el nuevo sistema de seguridad social, no tenían derecho al pago de los incrementos rogados.

Establecido lo anterior, previo a abordar el estudio de fondo, ha de señalarse, en el plenario se encuentra acreditada la calidad de pensionados de los demandantes así:

- HELÍ AREVALO SANTIAGO le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No GNR 389408 del 1 de diciembre de 2015, por la cual se da cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de octubre de 2006, confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de vejez en cuantía de \$1.304.481,78 a partir del 1 de julio de 2006, por encontrar acreditados los presupuestos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- ORLANDO CANDELO HERRERA se le reconoció pensión especial de vejez de alto riesgo mediante Resolución No. 14795 del 3 de junio de 2004 (expediente administrativo), por ser beneficiario del régimen de transición, y aplicando concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, concediendo la prestación a partir del 16 de agosto de 2001, en cuantía de \$1.790.994.

Ahora bien, persiguen los demandantes el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, y en el caso de HELÍ AREVALO, aunque no se consignó expresamente en las pretensiones, de la lectura armónica de la demanda también se advierte la reclamación del incremento por su hija inválida, prestación que encuentra su regulación en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, disposición que, contrario a lo asentado por el juez *a quo*, y en criterio de la Sala, 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 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 y más recientemente en la sentencia SL-809 de 2020, radicación 68868, y que hoy por hoy, constituye una línea jurisprudencial⁵, acogiendo la misma como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887⁶, 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.

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 “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”.

⁶ “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”.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor de los demandantes HELÍ AREVALO SANTIAGO y ORLANDO CANDELO HERRERA por las señoras **ROSALBA MENDEZ DE AREVALO** y **LEONOR LOPEZ DE CANDELO**, respectivamente, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, aspectos que procede la Sala a verificar.

- **DEMANDANTE ORLANDO CANDELO HERRERA**

Respecto del primer presupuesto -la calidad de cónyuge-, el mismo se constata de con la copia del registro de matrimonio que milita en la página 46 del expediente digital, donde se evidencia que el actor y la señora LEONOR LÓPEZ DE CANDELO, contrajeron nupcias por el rito católico el día 30 de noviembre de 1974, sin que en el mismo se observe nota de cesación de los efectos civiles del mismo.

Con relación a la dependencia económica, se acopió como medio de prueba el testimonio de DEISY CANDELA LÓPEZ⁷, hija del convocante, quien indicó que vive con sus padres quienes, aseguró, llevan 46 años viviendo juntos. Relató, LEONOR se dedica al hogar y depende del demandante por cuanto no cuenta con ingreso alguno ni realiza actividad económica que le genere algún tipo de retribución. Adujo, con ella son 4 hijos, pero ninguno de sus tres hermanos ayuda económicamente a sus padres debido a que tienen sus propias responsabilidades, y ella por sus ingresos, dijo, solo colabora con el mercado.

Al expediente también se aportó certificación expedida por la UGPP, en la que se hace constar que LEONOR LÓPEZ DE CANDELO no ha sido pensionada por esa entidad (página 47, expediente digital).

Ahora, aunque al plenario se incorporó certificación de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de LEONOR LOPEZ DE CANDELO emitida por EPS SURA de la que se advierte su afiliación a esa entidad en calidad de beneficiaria (página 48, expediente digital), lo cierto es que tal legajo no da cuenta si ostenta esa condición por ser parte del grupo familiar del demandante.

⁷ Audiencia realizada el 27 de noviembre de 2020, récord 18:32.

Analizada la prueba en conjunto, para la Sala no se encuentra acreditado este último presupuesto exigido por la disposición antes citada, pues la declaración de DEISY CANDELA LÓPEZ, que debe ser analizado con mayor rigurosidad dado el vínculo de consanguinidad con los consortes, se nota parcializado y con el ánimo de favorecer a su progenitor, razones que impiden tenerlo en cuenta, resultando insuficiente para generar convicción acerca de las circunstancias sobre las que versa su declaración, por lo que es claro que dicha prueba no da certeza alguna de la dependencia económica de la señora LOPEZ DE CANDELO respecto de quien convoca la litis.

Adicionalmente, la certificación expedida por la EPS en la que consta su afiliación como beneficiaria, a más de no poder establecerse que es respecto del demandante, esta documental es insuficiente para acreditar el presupuesto de dependencia económica con el que se pudiera dar cumplimiento a lo previsto en la norma.

Valga decir al plenario ningún otro elemento de juicio se acopió tendiente a demostrar el cumplimiento de este requisito, advirtiendo, tal carencia demostrativa, en el caso de marras, impide acceder a lo pretendido en los términos solicitados por el actor.

- DEMANDANTE HELÍ AREVALO SANTIAGO

El primer requisito, esto es, la calidad de cónyuge queda acreditado con la copia del registro de matrimonio que milita en la página 31 del archivo pdf que contiene el expediente digital, donde se evidencia que el actor y la señora ROSALBA MENDEZ, contrajeron nupcias por el rito católico el día 19 de marzo de 1970, sin que en el mismo se observe nota de cesación de los efectos civiles del mismo.

Ahora, frente al segundo de los requisitos –dependencia económica-, en el elenco probatorio se encuentra el testimonio vertido por GLADYS AMALIA MENDEZ VALDEZ hermana de la cónyuge del actor -cuñada-, quien dijo conocer a HELÍ AREVALO desde hace más de 50 años. Sostuvo, el demandante vive con ROSALBA MENDEZ DE AREVALO y su hija RUBIELA quien está incapacitada. Refirió, la pareja nunca se ha separado, ROSALBA se mantiene con la pensión de HELÍ, lo que le consta porque viven cerca y lo frecuenta. Dijo, ROSALBA no ejerce

ninguna actividad que le produzca ingresos y aunque tienen otro hijo, este no aporta económicamente porque tiene su propio hogar.

Respecto de la prueba testimonial, es menester señalar, esta goza de total credibilidad y da certeza a esta Sala de decisión dado que sus afirmaciones fueron claras, precisas, espontáneas y le consta de manera directa los hechos narrados en razón del grado de familiaridad que los ata con la pareja de consortes.

Además de lo anterior, al plenario se incorporó copia de la certificación expedida por la UGPP, en el que se puede constatar que ROSALBA MENDEZ DE AREVALO no ha sido pensionada por esa entidad (página 32, expediente digital).

Así mismo se aportó copia de la certificación expedida por la Nueva EPS S.A. el 1 de noviembre de 2017, donde se indica que es beneficiaria del actor en el sistema de salud (página 33, expediente digital).

En este punto es de recordar, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 señala como beneficiarios, entre otros, al cónyuge o compañero permanente del afiliado, de donde se infiere que los denominados beneficiarios no corresponden a la población económicamente activa, sino que dependen precisamente de la persona perteneciente a su grupo familiar que devenga ingresos.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 2.1.3.7 del Decreto 780 de 2016⁸ *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”* para efectos de la inscripción de los beneficiarios, la dependencia económica se declarará en el momento de la afiliación en la EPS⁹.

El material probatorio analizado, denota que la cónyuge del accionante dependía económicamente de éste, entonces, si de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el derecho a

⁸ Esta disposición compiló el contenido del artículo 21 del Decreto 2353 de 2015, Decreto que por virtud del artículo 4.1.1. del D. 780/16 se encuentra derogado.

⁹ Antes de entrar en vigencia esta preceptiva, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998 *“Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud”*, en concordancia con el numeral 6° del artículo 3° del Decreto 1703 de 2002, exigía como requisito para la afiliación a la EPS del cónyuge como beneficiario del afiliado la de probar *“La dependencia económica con declaración juramentada rendida personalmente por el cotizante, en la que conste el hecho”*. Ambos decretos fueron posteriormente derogados por el artículo 89 Decreto 2353 de 2015.

los incrementos de que trata el artículo 21 de ese cuerpo normativo “*subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen*”, y en ese orden de ideas, para acceder a dicho beneficio se requiere, según dispone el artículo 21 ibídem, que la cónyuge dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, y si para el asunto en concreto una y otra cosa se configuraban desde el momento a partir del cual le fue reconocido el derecho pensional del demandante, debe entenderse que en esa época nació a la vida jurídica el derecho al incremento acá discutido.

Por otra parte, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 7% a favor del demandante por su hija inválida **ADIS RUBIELA AREVALO MENDEZ**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de hijo del pensionado, en este caso su condición de inválido y de igual manera que este depende económicamente de su progenitor¹⁰, 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 ADIS RUBIELA AREVALO MENDEZ (página 35, expediente digital) donde se comprueba que, en efecto, es hija de HELÍ AREVALO SANTIAGO. En cuanto a la invalidez, se allegó al cartapacio copia de la comunicación SCML283 del 30 de marzo de 2005, suscrita por FABIO REYES MARTINEZ, médico especialista del Instituto de Seguros Sociales en el que informa (página 38, expediente digital):

“(…) se practicó Evaluación Médico Laboral a AREVALO MENDEZ ADIS RUBIELA, identificada con C.C. No. 35.427.289, con los resultados:

-Paciente de 21 años con RETRASO MENTAL MODERADO GRAVE SINDROME ANSIOSO.

*-De acuerdo con el Manual para la calificación de la invalidez su Pérdida de Capacidad Laboral es del **CINCUENTA Y UNO PUNTO VEINTICINCO POR CIENTO (51,25%)** discriminada de la siguiente manera:*

Deficiencia: 30,0%

Discapacidad 4.0%

Minusvalía: 17,25%

Fecha de estructuración de invalidez: 20 de agosto de 1983

¹⁰ 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,

NO PUEDE DECIDIR POR SÍ MISMO”

En lo que toca al requisito de dependencia económica, valga advertir, ningún medio de prueba se arrimó a los autos en orden a acreditar el mismo, situación que hace inviable el incremento del 7% por hijo inválido a cargo, solicitado por el convocante del juicio.

Precisado lo anterior, previo a abordar el estudio de la fecha a partir de la cual sería procedente el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, y su cuantía, respecto del demandante HELÍ AREVALO, entra la Sala a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la traída a juicio¹¹.

Al respecto, debe señalarse de antemano, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término referido.

De esta manera, se estimó en Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012¹² y recientemente en la SL-01585 de 2015 radicado 45197, criterio que incluso de acompasa con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019.

¹¹ Desde la contestación de la demanda (página 84, expediente digital) la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 26 de octubre de 2020 (página 127, ibid.)

¹² “...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”.

Bajo la premisa anterior, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional se realizó a través de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de octubre de 2006, confirmada por esta Corporación en providencia del 27 de abril de 2007, las cuales quedaron debidamente ejecutoriadas, según se lee de la Resolución GNR 389408 del 1 de diciembre de 2015 (páginas 20 a 28, expediente digital), presentando el actor reclamación administrativa solo hasta el 10 de mayo de 2018 (páginas 51 a 53, ibid.), la cual fue resulta negativamente por la encartada en esa misma fecha -10 de mayo de 2018- (páginas 55 y 56, ibidem), siendo incoada la demanda el 19 de octubre de 2018 (acta de reparto, página 59) es decir, entre la fecha de exigibilidad del derecho y la data de su reclamación, se superó con suficiencia el término trienal previsto para la operatividad de la prescripción conforme el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S. y, en esa medida, el derecho a los incrementos pensionales se extinguió, ante la falta de reclamación oportuna de los mismos, dentro del lapso consagrado por la normatividad laboral, debiendo en consecuencia confirmarse la decisión apelada pero por las razones aquí expuestas.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se adicionará la sentencia apelada en su numeral primero para declarar también probada también la excepción de prescripción respecto del incremento por cónyuge a cargo rogado por el demandante HELÍ AREVALO, confirmándola en lo demás, **pero** atendiendo los razonamientos de esta providencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

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

RESUELVE

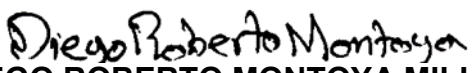
PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción respecto del incremento pensional por cónyuge a cargo peticionado por HELÍ AREVALO

SANTIAGO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000, cada uno, 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 SAUL CRUZ
RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES (RAD.06 2018 00681 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 25 de marzo y 6 de abril de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2021 (Audiencia virtual concentrada, artículos 77 y 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 109, récord 22:23, acta de audiencia folio 108), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor SAUL CRUZ RODRIGUEZ los valores correspondientes a la mesada catorce deducidos desde el mes de agosto del año 2017 y la indexación de las sumas descontadas al accionante mes a mes desde la exigibilidad de la obligación hasta que se produzca el pago de lo debido o de la obligación objeto de la condena.

SEGUNDO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de \$2.500.000 por concepto de agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión la demandada la apeló, aduciendo, esa entidad actuó en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de septiembre de 2011, dentro del proceso ordinario con radicación 2011-247, que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez que venía percibiendo el demandante y le ordenó *“la devolución de los dineros por concepto de mesada catorce”* al reliquidar la prestación inicial en cuantía de \$1.553.100, cifra que supera los tres salarios mínimos legales mensuales de la época, de allí que, en su sentir, deba inferirse que no es acreedor esa mesada adicional.

En ese sentido, indica, Colpensiones en virtud de las facultades otorgadas en el inciso 8 del artículo 2 de la Ley 1066 de 2006, realizó el *“cobro coactivo de lo no debido”*, y por ello ha venido realizando el descuento de \$14.341.906, no por un error, sino, insiste, en cumplimiento de un fallo judicial¹ (CD folio 109, récord 23:16, acta folio 108).

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 SAUL CRUZ RODRIGUEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 9) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el

¹ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal superior de Distrito judicial Sala Labora, solicitándole que revoque el fallo proferido en esta instancia con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que mi representada en cumplimiento de la sentencia proferida el 7 de septiembre del 2011 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario 2011-247 que ordenó reliquidar la pensión de vejez de la que goza el demandante en cumplimiento de la sentencia ordenó al demandante la devolución de los dineros por concepto de mesada catorce, en el caso concreto al efectuar una reliquidación para el año 2007 el juzgado reconoció al demandante una pensión de \$1.553.100 monto que en aplicación de lo señalado en el inciso ocho del parágrafo seis del acto legislativo 01 del 2005 supero los tres salarios mínimos, de lo que se infiere que el demandante no es acreedor de la mesada catorce, razón por la cual Colpensiones y contrario a lo señalado a la sentencia de primera instancia en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 1066 del 2006 en el artículo dos señala y le da facultades a las entidades públicas para realizar el cobro coactivo de lo no debido como sucede en el caso concreto, Colpensiones en virtud de esa facultad ha venido realizado el descuento de \$14.341.906 por pago de lo no debido por concepto de mesadas catorce que no debieron pagarse al demandante, y como lo digo no es virtud de ningún error de cumplimiento de fallo judicial, anteriormente señalado porque en razón de estos argumentos le solicito al Honorable tribunal se sirva revocar el fallo proferido por esta instancia y absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias.”

acápito respectivo (folios 4 a 8), aspirando se declare que COLPENSIONES ordenó descontarle de manera unilateral, arbitraria y desconociendo el debido proceso, la suma de \$14.341.906, por concepto de valores que le fueron pagados por esa entidad de buena fe y sin inducir en error a la administración. Además, pide se declare que COLPENSIONES efectuó el descuento de obligaciones que estaban prescritas respecto a su cobro por no haber ejercido acción ni excepción para ello. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor la cifra descontada, precisando, COLPENSIONES solo podrá compensar los valores por mesada 14 que no se encuentren prescritos al momento de dar cumplimiento a la orden de reliquidación. En subsidio, pretende se le reparen integralmente los perjuicios irrogados con el descuento arbitrario, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, mediante el reconocimiento de intereses de mora a la tasa máxima para tal efecto o en su defecto, la indexación de las condenas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante los valores correspondientes a la mesada catorce que fueron deducidos desde el mes de agosto de 2017 debidamente indexados mes a mes desde que la obligación se hizo exigible y hasta que se produzca el pago de la obligación objeto de condena, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar la *a quo* que la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral no determinó nada en relación con la mesada 14 que pagó la entidad accionada con anterioridad a la reliquidación que se ordenó en el fallo, autorizándose allí, de manera genérica, a descontar los valores pagados por pensión de vejez, sin que al momento de efectuar el cumplimiento de esa providencia se hubiera realizado por COLPENSIONES la deducción de lo cancelado como mesada 14 y en ese sentido, no le estaba permitido a la entidad descontar los valores pagados en exceso de la pensión, ni afectar de manera unilateral y abrupta el acto administrativo de reconocimiento de la pensión porque el mismo generó una obligación clara y exigible a cargo de la citada.

En primer lugar, sea del caso advertir, en el asunto no es objeto de controversia que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 797 de 21 de enero de 2008 en cuantía de \$1.195.957 a partir del 1 de febrero de 2008 (folios 27 y 28), la cual fue reliquidada por esa entidad mediante resoluciones No. 59622 de 5 de diciembre

de 2008 en cuantía de \$1.131.571 a partir del 1° de marzo de 2007 (folios 29 y 30) y 024862 del 20 de agosto de 2010 en suma de \$1.339.161 para el 2007 (folios 31 a 34), por encontrar satisfechos los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Del mismo modo, no se discuten en esta instancia, los siguientes supuestos fácticos:

- i) Que mediante sentencia calendada 7 de septiembre de 2011, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá condenó al ISS a reajustar la pensión de vejez que venía siendo cancelada al demandante, a partir del 1 de marzo de 2007, al tenor de lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (folios 38 a 39 y CD folio 36), sentencia que se declaró debidamente ejecutoriada en auto del 27 de septiembre de 2011 (folio 40).
- ii) Que por resolución GNR 10812 del 15 de enero de 2016 (folios 46 a 50) la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES dio cumplimiento al mentado fallo judicial y, en consecuencia, reliquidó la pensión de vejez a favor de SAUL CRUZ RODRIGUEZ en cuantía de \$1.553.100 para el 1 de marzo de 2007. En esa oportunidad, dispuso además:

“(…)

ARTÍCULO SÉPTIMO: *Declarar que con ocasión de los pagos efectuados con las Resoluciones No. 797 del 21 de enero de 2008, No. 59622 del 05 de diciembre de 2008 y 24862 del 20 de agosto de 2010, se presentó un PAGO DE LO NO DEBIDO por la suma de CATORCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (\$14.341.906)*

ARTÍCULO OCTAVO: *Ordénese al señor SAUL CRUZ RODRIGUEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 14245913, el reintegro de los pagos dobles y pagos a lo no debido realizados, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.*

ARTÍCULO NOVENO: *Ejecutoriado el presente acto administrativo se remitirá a la Gerencia Nacional de Cobro, quien iniciará el proceso de cobro coactivo y el deudor podrá realizar el respectivo pago en esta instancia.*

ARTÍCULO DÉCIMO: Remítase a la Gerencia Nacional de Cobre, el presente título ejecutivo debidamente ejecutoriado, para que inicie el proceso de cobro coactivo en contra del señor SAUL CRUZ RODRÍGUEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 14245913.

- iii) Que contra dicha determinación el demandante presentó recurso de apelación (folios 51 a 53) el cual le fue negado por improcedente en la Resolución GNR 162304 de 1 de junio de 2016. Sin embargo, en dicho acto se revocaron los artículos séptimo y octavo antes transcritos de la Resolución 10812 de 15 de enero de 2016, luego de considerar:

“Que una vez revisada la liquidación realizada mediante requerimiento interno 2016_356430, se puede observar que los valores liquidados y cobrados al asegurado se encuentran conformes a derecho toda vez que la mesada pensional fue reliquidada acorde a lo establecido por Ley, quien se pronunció mediante fallo judicial proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, quien condenó al Instituto de Seguros Sociales a reajustar la pensión de vejez a partir del 01 de marzo de 2007, reconocida al demandante Saúl Cruz Rodríguez mediante resolución 797 del 21 de Enero del 2008, reliquidada por resoluciones 59622 del 5 de Diciembre del 2008 y 24862 del 20 de Agosto del 2010, con el 90% del salario base de liquidación indexado de los últimos 10 años anteriores a la fecha de reconocimiento de la pensión para lo cual descontará los valores pagados por pensión de vejez de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Que conforme a lo anterior se procedió a reliquidar la mesada pensional del asegurado debía corresponder a la liquidada sobre un porcentaje del 90% respecto a lo devengado en los últimos 10 años, se percibe que el sistema arroja como mesada la suma de \$1.553.100 a partir del 01 de marzo de 2007, valor que actualizado con base en el IPC anual certificado por el DANE al 07 de septiembre de 2011, día siguiente de la liquidación del retroactivo ordenado por el juzgado corresponde a la suma de \$1.859.866 y finalmente a 2016 la mesada corresponde al valor de \$2.229.773.

Que al reliquidarse la mesada pensional al dar cumplimiento al fallo judicial proferido, la mesada aumento (sic), superando los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y por lo tanto el asegurado perdió el derecho a obtener mesada 14; razón que conllevo (sic) a efectuar el cobro de lo no debido y se procedió en derecho a cobrar la suma de \$14.341.906, valor que corresponde a las mesadas 14 liquidadas desde la fecha del reconocimiento de la mesada pensional hasta el 30 de enero de 2016, día anterior a la fecha de inclusión del Acto Administrativo aquí discutido.

Que de conformidad con lo anterior, el presente acto administrativo presta merito (sic) ejecutivo y será remitido a la Gerencia Nacional de Cobre debidamente ejecutoriado y en firme, conforme a lo establecido en el artículo

99 de la Ley 1437 de 2011 y normas concordantes, para que de acuerdo con su competencia, inicie el proceso de cobro coactivo administrativo con base en el procedimiento que rige la materia y el Manual de Cobro de Colpensiones.

(...)”

iv) El anterior pronunciamiento fue confirmado en su integridad por la demandada mediante resolución VPB28965 del 12 de julio de 2016 (folio 67 a 74), bajo el argumento que *“se encuentra plena y legalmente facultada para adelantar la gestión de cobro del proceso de cobro administrativo por concepto de “aportes pensionales en mora, entre las cuales se encuentran contribuciones pensionales y títulos pensionales””,* adicionalmente, en razón a que *“se realizó un pago de lo no debido por cuanto la prestación reconocida conforme orden judicial acarreo (sic) la perdida (sic) de la mesada 14 cobrada a través de la Resolución objeto del recurso presentado, en cumplimiento de lo legalmente establecido (...)”.* Por último, anotó que ese acto administrativo prestaba mérito ejecutivo por lo que dispuso su remisión a la Gerencia de Cobro para que iniciara el proceso de cobro coactivo administrativo.

v) Que en comunicación del 17 de agosto de 2017 dirigida al demandante bajo la referencia *“Compensación Legal de Deudas – Auto de Trámite”* (folio 75), la convocada a juicio le informó sobre la orden de reintegrar la suma de \$14.341.906 a favor de la entidad, que no habían sido devueltos, por lo que advirtió:

“Por lo anterior, y toda vez que a la fecha no se ha efectuado el reintegro total de los valores pagados, me permito manifestarle que la Gerencia Nacional de Nómina procederá a descontar de su mesada pensional a título de compensación legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1715 del Código Civil, el Concepto No. BZ_2016_039586 del 23 de junio de 2016, de la Gerencia Nacional de Doctrina y el “procedimiento de compensación de deudas en materia pensional y/o acciones de cobro según corresponda” emitidos por esta Administradora, la suma de \$1.037.492, valor que se prorrogará durante 14 cuota(s) hasta completar la suma de \$14.341.906, el descuento aquí relacionado se aplicará a partir de la nómina de Agosto de 2017, que se paga en septiembre de 2017; es importante aclarar que contra la presente comunicación no procede recurso alguno.”

vi) Que al actor, desde la fecha advertida en el oficio anterior, le hicieron los descuentos anunciados.

En consonancia con lo anterior, la inconformidad trasladada a juicio por el actor, no versa propiamente sobre el derecho que tiene o no a percibir la mesada catorce –cuyo pago fue suspendido desde el cumplimiento de la sentencia del 7 de septiembre de 2011-, sino en el hecho de que COLPENSIONES hubiera ordenado descontarle, de manera arbitraria e inconsulta, lo pagado por ese concepto en fecha anterior a la reliquidación que fuera ordenada por el Juzgado 28 Laboral y que cuantificó, *motu proprio*, en \$14.341.906., pese a que recibió dichas sumas de dinero de buena fe.

Por su parte COLPENSIONES, considera encontrarse autorizada para proceder en la forma en la que lo hizo, no solo por virtud de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá que en su parte considerativa permitió descontar las mesadas pensionales canceladas al demandante, sino también conforme lo previsto en la Ley 1066 de 2006.

En esos términos, el problema jurídico que corresponde a la Sala solventar, se circunscribe en establecer si el demandante debía reintegrar a Colpensiones los dineros que le fueron cancelados por concepto de mesada 14, o si por el contrario, esa entidad estaba autorizada a descontarlos directamente, de la mesada cancelada al actor.

Para solventar tal cuestión, y aunque, como se dijo, dicho aspecto no fue motivo de discusión, para la Sala resulta relevante analizar lo concerniente al pago de la mesada adicional, pues es precisamente ese el punto de partida para determinar si hay o no lugar al reintegro de lo cancelado bajo ese rubro al pensionado.

Al respecto, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, "*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.*"²

² "*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento*".

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es el parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

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

De tal manera, tienen derecho a la mesada 14 aquellos que causen la pensión con anterioridad al 29 de julio de 2005 –fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005-, o quienes acrediten el cumplimiento del derecho a la prestación con posterioridad a dicha calenda y hasta el 31 de julio de 2011, siempre que su mesada sea inferior a los 3 SMLMV.

Así pues, en el caso del demandante, se tiene que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció como data de causación de la prestación por vejez el 1 de marzo de 2007, fecha en la que concurrieron a su favor la edad - 60 años- y las semanas de cotización previstas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (folios 27 y 28), siendo liquidada su primera mesada, inicialmente, en cuantía de \$1.195.957 para el 1 de febrero de 2008, suma que resulta inferior a los 3 salarios mínimos de esa anualidad³, por lo que en ese momento tenía derecho al pago de la mesada 14.

Ahora bien, aunque el Instituto de Seguros Sociales, por solicitud del actor, reliquidó su pensión mediante Resolución 59622 de 5 de diciembre de 2008 (folios 29 y 30), allí no se modificó la fecha de causación, solo la de exigibilidad, fijando la mesada del 2007 en suma de \$1.131.571 que resulta igualmente inferior a los 3 SMLVM de ese año (\$1.301.100⁴), por lo que pese a las variaciones allí introducidas a la prestación, el convocante conservó el derecho a percibir la mesada 14.

Luego, en Resolución 024862 del 20 de agosto de 2010 (folio 31 a 34) la mesada pensional del señor CRUZ RODRIGUEZ sufre una nueva reliquidación, por la inclusión de semanas dentro de la historia laboral que no habían sido consideradas en los estudios anteriores por la administradora, lo cual conllevó a

³ Salario mínimo 2008 \$461.500 x 3 = \$1.384.500.

⁴ Salario mínimo 2007 \$433.700.

un aumento de la tasa de reemplazo y por ende del valor de la cuantía de la primera mesada a \$1.339.161, suma esta que excedía en \$38.061 los 3 SMLMV del 2007 (\$1.301.100) y, en esas nuevas condiciones, claro resulta que no tenía derecho a percibir la mesada 14, empero, pese a ello, la misma le siguió siendo cancelada por el ISS conforme lo informado por las partes durante el presente trámite, sin que ninguna de ellas advirtiera esa situación en su debida oportunidad.

De manera posterior, la mesada pensional sufre una nueva modificación en su cuantía, esta vez por cuenta de la sentencia del 7 de septiembre de 2011 proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito, en la cual se declaró que el demandante era beneficiario del régimen de transición (CD folio 36, acta folio 38 y 39) y, por tanto, tenía derecho a que su prestación se calculara sobre el 90% del IBL que arrojó, para el 2007, una mesada de \$1.553.100 (folio 46 a 50), cifra que claramente supera los 3 SMLMV de ese año, lo cual excluía el pago a favor del pensionado de la mesada 14. Solo a partir del 2016, cuando se dio cumplimiento a la referida providencia por parte de COLPENSIONES (folios 46 a 50), esa administradora suspendió el pago de la mentada mesada adicional que cancelaba al actor y declaró que “*con ocasión de los pagos efectuados con las Resoluciones No. 797 del 21 de enero de 2008, No. 59622 del 5 de diciembre de 2008 y 24862 del 20 de agosto de 2010, se presentó un PAGO DE LO NO DEBIDO por la suma de CATORCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (\$14.341.906)*” (folio 49 vto.).

A tono con lo descrito, el incremento sufrido en la mesada pensional del demandante, producto de las reliquidaciones posteriores al reconocimiento, dejó sin piso legal el pago de la mesada 14 que le fue cancelada desde el momento en que principió a pagarse la prestación, constituyéndose de esta forma un pago en exceso.

Es importante precisar, contrario a lo advertido por COLPENSIONES, en la sentencia emanada del Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá que conllevó a la última reliquidación anotada, nada se dijo respecto a la obligación del demandante de reintegrar las sumas que le habían sido pagadas en exceso por concepto de mesada 14 o la posibilidad de que se compensara lo pagado por la administradora por ese concepto, pues ni siquiera se discurió dicho asunto, y

aunque en las consideraciones de la providencia la juez dispuso a la entidad descontar lo pagado por concepto de mesadas pensionales ello no quedó así consignado en la resolutive (folio 38), y en todo caso, para la Sala, tal determinación fue de cara a obtener el valor de las diferencias respectivas en la mesada, que era el objeto de esa litis, debido a que el juzgado no liquidó la prestación ni emitió condena en concreto.

Aclarado ello, para que COLPENSIONES tuviera la posibilidad de obtener el reembolso de las sumas pagadas en exceso, debió iniciar el trámite administrativo de revocatoria directa, con el respeto de la garantía del debido proceso que le asistía al demandante, o hacer uso de los mecanismos judiciales dispuestos para tal fin.

Ahora, con relación a la obligación del demandante de devolver esos dineros pagados en exceso por mesada 14 y que fueron cuantificados por COLPENSIONES en \$14.341.906 en los actos administrativos relacionados al inicio de esta providencia, importante es mencionar, de conformidad con el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 la entidad pensional puede presentar la demanda contra los actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, empero “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

En ese orden, solo procederá la devolución de lo pagado cuando se acredite, en este caso por la demandada, que el actuar del demandante no estuvo revestido de buena fe. Así lo ha adocinado la jurisprudencia laboral, que señala dicha conducta como límite para recuperar prestaciones concedidas en exceso.

Puntualmente, en sentencia SL 2536-2020 esa Corporación consideró:

“En línea con lo anterior cabe recordar que, en casos similares al presente, ya se tiene establecido que la devolución de los mayores valores de las mesadas pensionales no es viable, si la entidad interesada en ello no acredita la mala fe del pensionado en su proceder. En efecto, así lo ha dicho en sentencias como la CSJ SL 2009-2019, en la que recordó lo expuesto en otro caso parecido:

“No se accede a la devolución de lo pagado en exceso al actor, como consecuencia de la indebida liquidación de la pensión de jubilación, en tanto la Corte ha adocinado que no habrá lugar a ordenar la devolución de las sumas pagadas al accionado, «por cuanto hubo buena fe en su proceder, además de que fue la propia Universidad la que

incurrió en error al proferir el acto administrativo, y no existen elementos de juicio que permitan deducir que el ex-trabajador pudo haber actuado de manera mal intencionada» (CSJ SL, 27 ene. 2010, rad. 35348).

Se trata de un criterio decantado, que se ha iterado en diversas oportunidades, como cuando se pronunció la sentencia CSJ SL4660-2018, en estos términos:

No se equivocó el juez plural al sustentar en la buena fe, la negativa al reembolso de las sumas pagadas de más, ya que es la propia jurisprudencia laboral la que señala dicha conducta como límite para recuperar prestaciones concedidas en exceso, estableciendo como condición, que los estipendios así otorgados no pueden, por ese solo hecho, tornarse en inamovibles. En providencia CSJ SL, 4 de mayo de 2006, rad. 26969, se consideró:

[...]

“En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar ‘en cualquier tiempo’ los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que ‘no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe’. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad”. (Subraya la Sala)

Bajo esos criterios, correspondía a la promotora del litigio, la demostración de que el pensionado no actuó de buena fe, bien por inducir en error de la administración o por haberse beneficiado de un hecho fraudulento, tal como lo ha expuesto la Sala, de manera pacífica y reiterada, en sentencia CSJ SL, 26 ene. 2010, rad. 36095:

Ahora bien, en cuanto a la orden de devolver las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, bajo el entendido de no haberse demostrado la buena fe del llamado a responder, contrario a lo que dedujo el Tribunal, a juicio de la Sala, lo que fluye evidente es que FERNANDO VARÓN GUZMÁN actuó bajo la invencible convicción de reunir los requisitos previstos convencionalmente para tener derecho a la pensión de jubilación, que finalmente le reconoció su empleadora; muestra de ello es que se acogió al “PLAN E”, conforme lo manifestó expresamente a la entidad (fl. 160), dispuesto para trabajadores con derecho a pensión, empero, sin que hubiera aducido algún elemento de juicio con la intención de inducir a error al ente promotor del litigio.

Bajo la precedente perspectiva, como el reconocimiento de la pensión de jubilación se generó en un error atribuible exclusivamente a la empleadora, a pesar de que, para efectos de constatar la carencia de las exigencias convencionales en cabeza del demandado, tenía en su poder toda la información del demandado, sumado a la ausencia de mala fe de éste, son suficientes **para arribar a la conclusión de que no era viable ordenar la devolución de lo ya cancelado.**” (Negrilla y subrayas de la Sala).

En los términos analizados, quien debía velar por el cuidado de los recursos públicos que financiaban la pensión era, precisamente, quien la otorgó, en tanto que el demandante, de buena fe, se limitó a plantear la solicitud de su derecho pensional en los términos en los que creía tener derecho a la misma, sin que se observe que haya tenido la intención de acceder fraudulentamente a ella, máxime si se tiene en cuenta que el actor en múltiples ocasiones solicitó su reliquidación ante la administradora de pensiones siendo incluso necesario acudir a la jurisdicción para obtener el valor correcto de su prestación, por lo que de haberse efectuado el cálculo por el ISS en su momento, de manera correcta, no se habría generado el pago de lo no debido.

Bajo tales circunstancias, no está obligado el actor a devolver ninguna cantidad de las que percibió de más, pues nunca se demostró que hubiera obrado contra derecho, precisándose, como se vio, tanto la administradora de pensiones como el actor tenían el convencimiento de que este tenía el derecho a percibir la mesada adicional de junio, porque en algún momento se encontraron satisfechos los presupuestos para beneficiarse de la misma, los que mutaron sólo como consecuencia de las reliquidaciones efectuadas con posterioridad al otorgamiento de la prestación.

De lo que viene de decirse entonces, no existía fundamento para que al demandante le fueran descontados los dineros que recibió de buena fe, y sin el agotamiento de procedimiento legal previsto para tal fin, y en esa medida, procedente resulta la condena en contra de la demandada, en cuanto dispuso la devolución de los dineros que fueron descontados por COLPENSIONES al actor a efectos de compensar lo pagado en exceso por mesada 14.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la indexación –objeto de condena -, debe la Sala recordar en éste punto, que la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, de manera evidente, entre la fecha en que se efectuó el descuento de los dineros y la data en que se realice el pago de las cifras a reintegrar, habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que, resulta procedente la indexación sobre la suma reconocida como capital adeudado, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago, aplicando la fórmula que para tal fin se estableció en la Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 31222, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual además recogió cualquier otra posición expuesta en decisiones anteriores.

En lo que toca a la excepción de prescripción formulada oportunamente por la demandado (folio 93)⁵, se tiene, los descuentos se empezaron a efectuar en la nómina de agosto de 2017 (folio 75), por lo que al haber sido incoada la demanda el 19 de septiembre de 2018 (folio 1), claro resulta que no operó el fenómeno prescriptivo.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la CONFIRMACIÓN de la sentencia de primer grado, pero de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

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,

⁵ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de noviembre de 2019 (folios 105 y 106).

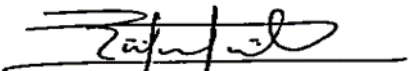
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000, a cargo de la parte demandada, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ ELVIRA BARAJAS
PINILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2019 00251 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MÓNICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido a esta Corporación mediante mensaje de datos.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes, mediante correos electrónicos del 24 de marzo, 5 y 6 de abril de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia

proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:04:47, acta virtual, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante LUZ ELVIRA BARAJAS PINILLA con la AFP PORVENIR el 4 de agosto de 1999 en formulario No. 01222366.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante LUZ ELVIRA BARAJAS PINILLA, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren 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, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales pagados a favor de la demandante, valores que debe 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 con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Dadas las results del proceso Se **DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones presentadas por la COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEXTO: LAS COSTAS son a cargo de PORVENIR. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, no hay lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

SEPTIMO: CONSULTAR la sentencia a favor COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y así el superior Revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de los demandados la apelaron.

En primer lugar COLPENSIONES pide se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones. En sustento de ello, aduce, en el expediente no obra prueba alguna de la existencia de vicio alguno del consentimiento, precisando, el error de derecho no conlleva a la ineficacia del acto jurídico.

Advierte, se impone una carga probatoria que quiebra la lógica procesal por cuanto al responsabilidad objetiva exige que la esfera de control “sea exclusivamente a quien cause el daño”.

Recuerda, existen obligaciones a cargo de los afiliados como consumidores financieros, en los términos del Decreto 2241 de 2010, entre las cuales se encuentra el informarse adecuadamente sobre las condiciones del sistema general de pensiones, aspecto que, asegura, ha sido reconocido por algunas salas de decisión de esta Corporación.

Alude a la descapitalización del sistema pensional que puede resultar por los traslados de régimen, afectando su sostenibilidad financiera por la imposición de la carga de reconocer prestaciones con cargo a los recursos ahorrados por otros afiliados¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T.

¹ “Gracias su señoría me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en el proceso de la referencia en contra de mi representada con el fin de que el Honorable tribunal superior de Bogotá revoque la decisión tomada por su despacho y en su lugar absuelva a mi representada, es pertinente mencionar señores magistrados que no se acredite vicio de consentimiento dentro del expediente que obra prueba alguna que estamos en la presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil esto es el error, la fuerza o el dolo. Ahora bien, nos encontramos frente a un error de punto de derecho que no puede repercutir en la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse de un error dirimente o un error de nulidad que es aquel por esencia afecta la validez del acto y lo condena a una anulación o a una rescisión judicial, dentro de los fallos relacionados con el traslado de régimen la interpretación del artículo 1604 del Código civil que realiza la Corte Suprema de Justicia que en cabeza de la responsabilidad solamente se convierte objetiva toda vez que el demandante no aporta soporte alguno que demuestre que estamos en la presencia o en la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento de la afiliación al RAIS, pero si obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal por parte del cabeza del demandante, dicha apreciación quiebra las lógicas y las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige la esfera de control que sea exclusivamente a quien cause el daño. Es pertinente también manifestar señores magistrados que existen obligaciones legales por parte de los afiliados en este caso también el demandante según el decreto 2241 del 2010 en virtud de las obligaciones reciprocas que tiene el contrato de afiliación, en este sentido el decreto 2241 del 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero determina las obligaciones en cabeza también de los afiliados que pertenecen al sistema de pensiones como información adecuadamente, las condiciones del sistema general de pensiones. Es también pertinente mencionar que existe un criterio por parte del Tribunal superior de Bogotá en sentencia 2018 445 de 30 de julio del 2020 donde el magistrado ponente David Correa manifiesta que “Existe un criterio jurisprudencial mayoritario que no unifica el órgano de cierre pero en relación a la temática que hoy absorbe la Sala por lo que se considera que el afiliado no está exonerado frente a un deber de ilustración de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentre disminuida su capacidad para celebrar actos, contratos teniendo en cuenta que su elección dependería su futuro pensional” Es así que el magistrado manifiesta que también existen deberes por parte de los afiliados, es así que tampoco es viable determinar que el demandante pues ahora pretenda una nulidad o una ineficacia de traslado después de que observe que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema total como lo admitió en su firma de formulario o dicha vinculación. Es pertinente también mencionar señores magistrados frente al principio de la descapitalización del sistema pensional de este principio habla la sentencia 1024 del 2004 la SU 062 del 2010, la SU 130 del 2013 donde la corte constitucional en materia de traslados manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados en este esquema dando que el RPM se descapitalizaría y la declaración injustificada del RPM al RAIS afecta directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados también citado textualmente en sentencias como la 489 del 2010, no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen del último momento cuando ya le faltan diez años o menos para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario y accediendo a una pensión que cuyo pago desfinanciaría el sistema pensional, de esta manera su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación para que el Honorable Tribunal absuelva a mi representada de las condenas impuestas en primera instancia, muchas gracias.”

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:06:23, acta virtual, expediente digital).

Por su parte PORVENIR S.A. asevera, no se hizo un análisis detallado de los elementos de prueba que se arrimaron al expediente, particularmente del formulario de afiliación el cual, dice, se presume auténtico, de allí que la manifestación de voluntad consignada tenga plena validez, sin que exista argumento jurídico, más allá de la tesis vertida por la Corte Suprema de Justicia, de descartarlo de plano.

Señala, el órgano de cierre de esta jurisdicción mediante sentencia SL-3752 de 2020 se refirió a los actos de relacionamiento como mecanismo que permite colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, los cuales en autos, en su sentir, devienen de la formación profesional de la demandante como abogada y la información que se dio al momento de traslado, situaciones que alega no valoradas en concreto pues se aplicaron de manera automática las reglas jurisprudenciales.

De otro lado, estima contradictorias las consecuencias que se derivaron a la ineficacia declarada, la que, en su criterio, deberían ser taxativas y no interpretativas, precisando, el artículo 271 en ninguna parte establece el retrotraer la afiliación a su estado original pues esa es una consecuencia propia de la nulidad.

Considera, es ilógico que se concluya que la demandante, para todos los efectos, nunca estuvo afiliada al RAIS, pero que se disponga paralelamente la devolución de los ejercicios financieros.

Finalmente, alude a la excepción de prescripción propuesta estimando, debió declararse probada la misma frente a los gastos de administración por tratarse de emolumentos económicos, que se asemejan a las mesadas pensionales, y por tanto no se enmarcan en la teoría de imprescriptibilidad² (Audiencia virtual de

² “Señor juez siendo esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir por el despacho fundamentado en los siguientes reparos en concreto: Señores no se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto con la afiliación acaecida por la hoy demandante a mi representada y las consecuencias jurídicas que aquí se le dan. Lo primero teniendo en cuenta que señores magistrados dentro del proceso no se hace un análisis detallado de

los elementos de prueba que se traen a este proceso como lo es el formulario de afiliación el cual se presume completamente auténtico y por tanto la manifestación de la voluntad establecida en ese formulario de afiliación pues tiene plena validez y no existe ningún argumento jurídico, ningún argumento normativo, más allá de la jurisprudencia y de las teorías establecidas por la Corte Suprema de Justicia de desvirtuar de plano el formulario de afiliación que pese a que en el año de 1999 era absolutamente válido, pues hoy increíblemente lo rechazan de plano por las conveniencias de estos tipos de procesos es importante resaltar lo que se dijo en los alegatos de conclusión en especial lo que tiene que ver con lo que ha expresado la sala de casación laboral en especial en sentencia SL 3752 de septiembre del 2020 magistrado ponente Ana María Muñoz Segura es importante resaltar sobre este aspecto señores magistrados que la magistrada habla sobre los actos de relacionamiento y en ese orden de ideas establece lo siguiente “Por lo tanto lo que define que un caso se resuelva declarado o no nulidad depende del ejercicio probatorios que hayan hecho las partes dentro del proceso a fin de esclarecer si la persona estaba o no debidamente informada ello conlleva a sostener que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de “criterio” dependiendo de que en estos procesos ya son regla general de criterio sino en consideraciones intrínsecas atadas a las que se pongan en manifiesto dentro del litigio. En ese orden de ideas es dable a concluir que aun cuando no haya certeza de que si el afiliado recibió al momento del traslado toda su información requerida, existen otros mecanismo que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección” estos otros elementos se ven establecidos dentro de este proceso la calidad profesional de la hoy demandante, la información que se le dio que para el año en que se dio el traslado según el contexto histórico propiamente, la veracidad de esa información, sin embargo dando como ya lo había expresado la apoderada de Colpensiones dando una responsabilidad objetiva pues obvio todos estos elementos consideran que la prueba documental es la única prueba propiamente establecida, entonces en ese orden de ideas señores magistrados no se hizo en la parte motiva de esta sentencia un desarrollo o un análisis del caso en concreto de las situaciones en concretas sino que se dio una operancia automática a la jurisprudencia y a las subreglas generales que está creando esta jurisprudencia que de paso va a afectar el derecho de millones de Colombianos a la pensión toda vez que esto va a descapitalizar y desfinanciar el sistema de pensiones. Ahora resulta contradictorio señores magistrados el hecho de que se asegure que dentro de este proceso se da actuar dentro de la ineficacia en sentido estricto pero a la hora de dar las consecuencias de esa ineficacia en sentido estricto lo que se establece son al parecer unas consecuencias de nulidad tenemos que la corte constitucional en sentencia T 345 del 2017 ha establecido que las consecuencias de las ineficacias en sentido estricto son las establecidas en las normas y en los supuestos de hecho en ese orden de ideas nos tenemos que ir a aplicar de manera taxativa, no de manera interpretativa y amplia como se hace en la jurisprudencia señores magistrados, sino las consecuencias del artículo 271 que son las siguientes: La afiliación respectiva quedara sin efectos y podrá realizarse nuevamente de forma libre y espontánea por parte del trabajador” En ninguna parte señores magistrados el artículo establece que los efectos se retrotraen a su estado original, No esos son los efectos de las nulidades y pese a que se declara una ineficacia en sentido estricto se le da una consecuencia de una nulidad pues esta consecuencia se parte en dos; es decir sobre un hecho se dan dos consecuencias porque resulta y llama poderosamente la atención que para las condenas de mi representada se asegure que nunca estuvo en el RAIS y por eso mi representada tiene que no solo establecer los ejercicios financieros sino los gastos de administración, cuotas de aseguradoras de manera indexada pese que se obliga a los intereses financieros que quitan este aspecto de la indexación, sino que a renglón seguido para las consecuencias a favor de la hoy demandante lo que parece si una nulidad al parecer sí estuvo siempre en el RAIS pues se exige a mi representada trasladar los ejercicios financieros a pesar que en la parte motiva señores magistrados se dijo que nunca estuvo en el RAIS, entonces ¿Cómo es eso? Nunca estuvo en el RAIS, el RPM no genera ejercicios financieros pero si se tiene que restituir los ejercicios financieros a razón de una ineficacia pese a que se le da la consecuencia de nulidad, eso va en contra del principio de indivisibilidad de las normas, en contra del principio de la confianza legítima y en contra flagrantemente de lo establecido en el artículo 1746 pues al leerse de manera textual se dice que las partes vencidas en juicios, no la parte vencida en juicio debe restituir a su estado original las cosas y las restituciones son mutuas no unilaterales y no se lograron probar los supuestos del 996, empezando porque Provenir no es poseedora de los dineros de la Cuenta de ahorro individual, por tanto esta descapitalización del 996 tampoco se establece porque la ley 100 en el artículo 20 tanto en el RAIS como en el RPM estos dineros se tienen que descontar y por tanto no hay un elemento de descapitalización, por tanto esta condena que se imparte va en contra de estos principios ya establecido señores magistrados.

Por último y sobre la excepción de prescripción señores magistrados es importante resaltar que por lo menos lo que tiene que ver con la condena por gastos de administración el despacho si debió establecer la excepción trienal de estos valores en el sentido de que son emolumentos netamente económicos y no se configura dentro de esa teoría de la corte suprema de justicia que los hechos y las circunstancias no prescribían, sino que estos son emolumentos netamente económicos que se asemejan a las mesadas pensionales que pese a ser del derecho de pensión si son prescriptibles, en ese orden de ideas a ser emolumentos netamente económicos al no ser destinados a los dineros a las pensiones en los términos del artículo 20 de la ley 100 ni en el RAIS ni en el RPM los mismos si son susceptibles de prescripción y no reciben la protección de imprescriptibilidad establecida en el artículo 488 en ese orden de ideas señores

trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:11:17, acta virtual, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (página 9, “01.cuaderno principal.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 9 a 11, *ibídem*), aspirando se declare la nulidad del traslado efectuado el 4 de agosto de 1999 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial, de su situación personal y concreta. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerla como su afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos, gastos de administración y cualquier otro emolumento que hubiere sido descontado de los aportes pensionales pagados por la actora, debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.**

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes

magistrados solicito de manera respetuosa se revoque la sentencia que se acaba de proferir por el despacho, 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 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de febrero de 1964 (página 20, “01.cuaderno principal.pdf”, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado por primera vez, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de noviembre de 2016 (expediente administrativo aportado por COLPENSIONES, archivo digital), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para tener 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 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no tenía ninguna semana cotizada⁴ (historia laboral expedida por COLPENSIONES, expediente administrativo, archivo digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 4 de agosto de 1999 (páginas 23 y 252, “01.cuaderno principal.pdf”, expediente digital) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

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 La primera cotización en COLPENSIONES la realizó en febrero de 1995.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

No se enmarca el asunto entonces en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

Ahora, 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, 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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones pues se limitó a señalar que el asesor le dijo que su mesada pensional sería mucho mejor, obtendría mejores beneficios en el fondo, que el ISS se acabaría y que podría pensionarse a cualquier edad, empero, sin explicarle como se causaba la prestación u otras condiciones.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (páginas 23 y 252 “01.cuaderno principal.pdf”, expediente

⁷ Audiencia del 26 de noviembre de 2020, récord 04:47, expediente digital.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (4 de agosto de 1999, páginas 23 y 252 “01.cuaderno principal.pdf”, expediente digital), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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, 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 confirmará 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (páginas 149 y 244), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la pre-scripción.

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,

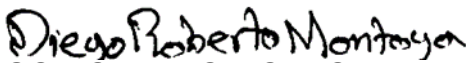
⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 31 de enero de 2020 (página 257, “01.cuaderno principal.pdf”, expediente digital).

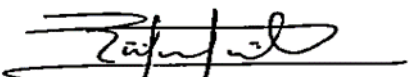
RESUELVE

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

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUSTAVO RUMBO
FUENTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 07 2020 00372 01).**

Bogotá D.C. Treinta (30) de Abril de dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 04 de febrero de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Archivo 20 expediente virtual, récord 1:30:33, acta Archivo 21 virtual), en la que se resolvió:

***“PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante GUSTAVO ENRIQUE RUMBO FUENTES con la AFP PORVENIR el 02 de febrero de 1998 según el formulario N° 999424.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR SA., a trasladar la totalidad de los valores depositados de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor demandante GUSTAVO ENRIQUE RUMBO FUENTES dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

TERCERO: Igualmente, PORVENIR debe devolver y trasladar a COLPENSIONES todos los gastos de administración comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe 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 afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se **DECLARAN** no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES Y PORVENIR.

SEXTO: Las **COSTAS** son a cargo de PORVENIR y las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, no hay lugar a condena en costas en contra de COLPENSIONES.

SEPTIMO: ORDENAR 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

Inconforme con la decisión los apoderados de los demandados apelaron.

En primer lugar, la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el cual pide se revoque la sentencia emitida de primera instancia y, en su lugar se absuelva de las condenas impuestas. En ese sentido reprocha que en el expediente no obra prueba alguna de la existencia de un vicio del consentimiento precisando que el error de derecho no conlleva a la ineficacia del acto jurídico

Del mismo modo, recuerda, existen obligaciones a cargo de los afiliados como consumidores financieros, en los términos del Decreto 2241 de 2010, entre las cuales se encuentra el informarse adecuadamente sobre las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación e información y capacitaciones para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones derechos y obligaciones que también le corresponden a los demandantes.

Indica que la decisión tomada genera una descapitalización del sistema pensional, afectando su sostenibilidad financiera por la imposición de la carga de reconocer prestaciones con cargo a los recursos ahorrados por los otros afiliados (Audiencia

virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 C.P.T realizada a través de la plataforma Microsoft Temas, record 1:32:03)¹

Por otra parte, PORVENIR S.A sostiene, que no hay lugar a que declare la ineficacia expuesta en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993 en razón a que la procedencia de la misma está sujeta al constreñimiento de la voluntad del demandante al traslado de régimen, además agrega que conforme a las documentales que obran en el expediente no existe prueba alguna que corrobore dicha situación.

¹ “Gracias su señoría me permito interponer y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia instaurado contra mi representada con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada, es pertinente mencionar señores magistrados que dentro del expediente no obro prueba alguna que demostráramos que estábamos frente a la presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil esto es el error, la fuerza y el dolo, ahora bien nos encontramos frente a un error de punto derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse de un error dirimente que es aquel que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o su rescisión judicial.

Es pertinente también mencionar señores magistrados que existen obligaciones legales y reciprocas, en este sentido resalto el decreto 2241 del 2010 en que establece el régimen de protección del consumidor financiero determina obligaciones en cabeza de los afiliados pertenecientes al sistema general de pensiones, uno de sus deberes está el de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación e información y capacitaciones para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones derechos y obligaciones que también le corresponden a los demandantes de conformidad con lo anterior con la normativa anterior existen deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, es así también señores magistrados que traigo a colación un pronunciamiento reciente del Honorable tribunal de Bogotá en sentencias como 2018 00045 del 30 de julio del 2020 con el magistrado ponente David Correa manifiesta que Si existe un criterio jurisprudencial frente al tema de la nulidad de traslado también es pertinente mencionar, el resalta las obligaciones que también existen entre los demandantes y dice que nos viable que el demandante ahora pretenda una ineficacia o una nulidad de traslado después de que observo que la pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones que adopta, tal y como lo admitió en la firma del formulario de vinculación.

También resalto señores magistrados el principio de la descapitalización del sistema pensional, en la actualidad las decisiones de los despachos judiciales al declarar la nulidad o la ineficacia del traslado quiebra directamente el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la constitución política modificado por el acto legislativo 01 del 2005 pues genera una situación caótica que quiebra la planeación del pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo desdibujando totalmente al RPM, sobre este principio también hablan sentencias como 1024 del 04, la SU 062 del 2010, la SU 130 del 2013 donde la corte manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados dando que el régimen de prima media se descapitalizaría y la declaración injustificada de un afiliado de RPM al RAIS afecta directamente la sostenibilidad financiera y pone en peligro los derechos fundamentales y sociales de los demás afiliados, también citado textualmente en sentencia T 489 del 2010 que no se puede permitir la descapitalización de fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen del último momento cuando le faltaren menos de diez años para concretar su pensión de vejez y beneficiarse de un ahorro comunitario y accediendo a una pensión que cuyo pago también desfinanciaría el sistema pensional, de esta manera su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias.”

Señala, que en ninguna normatividad vigente a la fecha del traslado del demandante se precisaba concretamente cual, y que tipo de información se le debía suministrar a los futuros afiliados y que según lo manifestado por el demandante este si llevo a recibir información sobre algunas de las características propias del RAIS, por tal motivo firmo el formulario de afiliación y que en consecuencia de lo anterior se ha de entender que sí se le entrego la información necesaria según el numeral primero del decreto 663 de 1997.

Añade, que el malestar generado por el monto de pensión que eventualmente recibiría en el régimen de ahorro individual, según lo sostenido por algunas salas de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia no constituye motivo para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que el monto de la prestación en el régimen privado depende del esfuerzo constante y autónomo del afiliado.

Finalmente resalta que no procede la devolución de las sumas correspondientes a los gastos de administración y las primas de seguro provisional debido a que en primer lugar los gastos de administración están destinados a financiar la gestión realizada por la AFP en su tarea de generar rendimientos financieros a los afiliados del Régimen Privado y por otra parte, en lo que tiene que ver a las primas de aseguramiento menciona que el demandante en su condición de afiliado ha estado cubierto durante 23 años a las prestaciones que eventualmente se puedan causar como lo son las de invalidez y muerte² (Audiencia virtual de trámite y

² “su señoría encontrándose en la oportunidad procesal para el efecto me permito presentar mi recurso de apelación en el sentido de que se revoque en todas y cada una de las condenas que han sido puestas en contra de mi representada en tal medida su señoría como consecuencia la solicitud es que se revoque en todas y cada una de las condenas y se absuelva a mi representada. Así las cosas su señoría mi recurso versa sobre los siguientes puntos: Primero la declaratoria de traslado de régimen pensional, segundo la orden impartida a porvenir a devolver los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, tercero a trasladar todos los gastos de administración que se encuentran en la cuenta y cuarto lo que corresponde a las costas.

Entonces sea lo primero indicar su señoría que lo que corresponde a la ineficacia del traslado del régimen pensional tal cual como ha quedado establecido en el literal b del 13 así como en el 271 de la ley 100 de 1993 se hace mención sobre que la ineficacia procede en los casos que se haya constreñido o se hay generado alguna situación que le impidiera al accionante en este caso el señor demandante a realizar o a manifestar mejor de manera clara e inequívoca su voluntad de traslado de régimen pensional de ahí que en ese sentido debió acreditarse o ponerse en conocimiento cual fue esa circunstancia que le impido al accionante presentar o manifestar de manera clara o inequívoca su voluntad de traslado de régimen pensional por lo cual pues queda establecido que sin acreditar dicha situación he pues se debe tener en cuenta de que no se dio o no se prestaron o no se generaron las circunstancias claras sobre cuál iba a ser la situación que iba a impedir el traslado de régimen pensional del accionante.

Así mismo téngase en cuenta su señoría que para la fecha en que se realizó ese traslado de régimen pensional que cobro efectividad en abril del año 1998 pues no existía o no estaba delimitado de manera clara y precisa cual era ese deber de información que debían cumplir las AFP o cual era esa información exacta que se le debía dar a los potenciales afiliados, téngase en cuenta que para la fecha el señor demandante recibió una

juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:36:11 acta, archivo 20).

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 GUSTAVO RUMBO FUENTES, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la reforma a la demanda visibles en el archivo 11 del expediente digital páginas 1 y 2, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios

información sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual aun cuando dice el que no recuerda la totalidad de los beneficios que le manifestaron, si se denota que recibió una asesoría primero y segundo que la suscripción del formulario fue completamente voluntaria por la cual no puede establecerse que (sic) entonces en ese sentido no se encuentra acreditado esa situación que diera lugar a la ineficacia y en lo que corresponde al deber de información pues al no existir un tipo de deber claro o establecido sobre la información que se le debía manifestar, pues si se acredita en el caso concreto el señor demandante se le estableció, se le dio una información y una asesoría y que conoció características del RAIS por lo cual no es dable sostener que no conto los objetivos de juicio objetivos y necesarios para realizar el traslado de régimen pensional tal y como lo establece el numeral primero del decreto 663 de 1997, además es de tener en cuenta que la inconformidad en el monto de la prestación no puede ser de un motivo suficiente para indicar que se tiene que acceder a las pretensiones de la nulidad o de la ineficacia de traslado de régimen pensional, máxime cuando el tribunal superior de Bogotá sala laboral así como la corte suprema de justicia han manifestado que para que esta factor sea tenido en cuenta como un factor tendría que verificarse cuales fueron esas circunstancias que dio como tal lugar al engaño o que permitiera dar lugar a la nulidad del traslado máxime cuando el saldo o mejor el monto de la prestación solo da cuenta de que es una de las características del régimen y para que esto como quiera que corresponde es el afiliado realizar de manera constante sus aportes, mantener un flujo de cotizaciones constantes y además de eso sobre un estándar constante además de que pueda hacer los aportes voluntarios pues el monto de la prestación depende solamente del esfuerzo individual que haga el afiliado y esto pues nada limita de que pueda darse lugar a la nulidad de traslado de régimen pensional, máxime cuando la finalidad o la ideología del régimen no es asegurar un monto establecido para la prestación de los afiliados sino por el contrario indicar que para ellos pues corresponde pues al sistema mantener los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Así su señoría a lo que corresponde a la segunda parte del recurso téngase en cuenta que se aparta este apoderado de manera respetuosa de lo consignado en la medida en que en el caso concreto pues la devolución de los gastos de administración y pues de los demás rubros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual es improcedente en la medida que no se encuentra acreditada la circunstancia que dé lugar a la ineficacia de traslado de régimen pensional, de igual manera es de indicar que los gastos de administración son recursos que cubren y se encargan de retribuir la gestión profesional que realiza mi representada a generar nuevos rendimientos financieros a la cuenta de ahorro individual del accionante. De igual manera y en igual sentido es de tener en cuenta de que al ser estos saldos los que mantienen esa cuenta de ahorro individual si se devolvieran dichos saldos pues tendría que reconocerse que se generaron, no tendría que devolverse los rendimientos financieros en la medida de que es a través de estos mismos saldos que se pueden contratar las gestiones necesarias para que la cuenta de ahorro individual genere dichos rendimientos financieros, por otra parte y lo que corresponde a los saldos con los que se cubre los riesgos de invalidez y muerte pues no es procedente su devolución en la medida en que sería tanto como decir que durante los casi 23 años que el señor demandante que ha estado vinculado con mi representada pues no ha tenido cubiertos sus requisitos de invalidez y muerte aun cuando pues afortunadamente no han sido del todo caso utilizar dichas primas no quiere decir que estos dineros no se hayan apropiado tal y como lo ha establecido la ley 100 de 1993, así las cosas su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación para que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gracias”

3 a 5 del mismo archivo, aspirando principalmente se declare la nulidad o ineficacia de su traslado o en subsidio la inexistencia del mismo y en consecuencia se ordene a PORVENIR la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimiento devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la AFP, junto con las costas del proceso. **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 esa AFP a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual que deben incluir los rendimientos, junto con los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales, los cuales deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente al actor al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a ésta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción.

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

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (Archivo 3 página 2), el actor nació el 23 de septiembre de 1953, por lo que a la

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”.

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994⁴, contaba con más de 40 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por el demandante 5 de febrero de 1998 (Archivo 9 páginas 188 y 189) y que para el 1° de abril de 1994 el actor contaba con 410,14 semanas (Archivo 9 pagina 85) equivalentes a 7 años, 11 meses y 21 días de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, por lo que resulta procedente el estudio del

⁴ Según la historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda laboraba para CORPOICA, corporación de participación mixta, con aportes del Estado superiores al 90% del capital social y constituye una de las llamadas entidades descentralizadas indirectas por servicio, sus trabajadores no tienen el carácter de servidores públicos y están sometidos al C.S.T. (ver concepto No. 1348 de 2002, Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil).

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 excluidas 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 le calcule su pensión conforme al régimen de prima media,

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

Así las cosas, 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 5 de febrero de 1998 (folios 189 y 190) específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS, precisándose en este aspecto el fallo apelado, pues el Juez de primer grado indicó que había sido el 2 de febrero.

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

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.”*

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de

transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen;

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 (…)

ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto manifestó que quien le entregó el formulario de afiliación fueron las esposas de los sindicalistas de la empresa donde laboraba, quienes le indicaron que dicho fondo iba a traerle mejores beneficios que el ISS y obtener mejores resultados.

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 (Archivo 9 pág. 188), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa obrante en las pruebas aportadas por Porvenir (Archivo 9 pág. 191 a 193), 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.

⁸ Audiencia realizada el 4 de febrero del 2021, récord 10:09.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (5 de febrero de 1998) el deber de información para con el promotor 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.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por PORVENIR, junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual 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, y en punto a la apelación de PORVENIR advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación 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 del actor, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por

el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁹, 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.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda por auto del 10 de diciembre del 2020 (Archivo 12 expediente virtual).

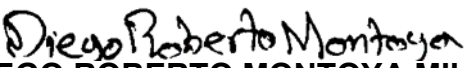
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, precisando la fecha de traslado de régimen fue el **5 de febrero de 1998**.

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 GERARDO ANTONIO AREIZA RESTREPO CONTRA WILSON QUINTERO CAMACHO (RAD. 10 2017 00781 01).

Bogotá D.C., Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Decima Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de enero del 2021 (Cd fl. 96, record 37:36 acta a fls. 105 y 106) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER al demandado WILSON QUINTERO CAMACHO de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante GERARDO ANTONIO AREIZA RESTREPO de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en ***COSTAS*** a la parte demandante dejando claro que será sin agencias en derecho.

TERCERO: En caso de no ser apelada la sentencia debe surtirse grado jurisdiccional de CONSULTA de conformidad al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación manifestando no estar de acuerdo con las consideraciones de la Juez de primer grado, en tanto la testigo logró señalar que estuvo presente al momento

en que el señor Gerardo Ariza y el señor Wilson Quintero celebran el contrato de trabajo de forma verbal, precisando independiente del lugar de la ocurrencia de los hechos, lo cierto es que existió una relación contractual entre dichas personas, en virtud de ello considera que la valoración dada en lo que respecta al lugar de la celebración del contrato no es óbice para determinar si se celebró o no se celebró el contrato de trabajo.

Por otro lado indica, el actor tenía bajo su tenencia documentación que fue aportada como prueba documental y que denota la custodia y guarda de un vehículo de propiedad del señor Wilson Quintero y que independiente del transporte que se estuviera realizando fuera carga seca o fuera petróleo lo cierto es que existía un trasporte con una carga y una entrega y el cumplimiento de unas funciones eran impartidas por el demandado.

Indica haber sido enfática la testigo en señalar que la misma tenía conocimiento de los salarios que eran percibidos por el demandante puesto que ella no laboraba y vivían del salario que devengaba, por ende expresa que pese a ser la esposa del actor no se le puede achacar tener algún tipo de interés en el proceso sino que simplemente lo que conoce es por lo que lo vivió o porque simplemente estaba frente a dichas circunstancias, razones por las cuales aduce con el testimonio en mención se dio cumplimiento a lo estipulado en los artículos 23 y 24 del C.S.T. para acreditar la existencia del contrato de trabajo entre el señor Gerardo Areiza y el señor Wilson Quintero pues existió una relación de carácter personal¹ (Cd. Folio 96, record: 38:24)

¹ “Su señoría procedo a interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida conforme a lo establecido en el artículo 65 del CPT en los siguientes términos: Muestra discrepancia la suscrita frente a la motiva el día de hoy en virtud de lo siguiente: Señala la respetada juez de instancia que no se logra demostrar la existencia de un contrato de trabajo para lo cual hace una valoración conforme pues al principio de la sana crítica de la declaración rendida el día de hoy por la testigo traído al proceso, haciendo señalamientos tales como: que no se logra demostrar el contrato de trabajo y el lugar en el que se celebró el mismo, considera muy respetuosamente la suscrita que debe valorarse que la Constitución Política de Colombia señala claramente que la justicia no puede ser sacrificada por informalismos inútiles y me sirvo de señalar lo siguiente por cuanto lo cierto la testigo traída logro señalar claramente en este proceso que estuvo presente al momento el que el señor Gerardo Ariza y el señor Wilson Quintero celebran el contrato de trabajo de forma verbal, independiente del lugar de la ocurrencia de los hechos, lo cierto es que existió una relación contractual entre el señor Gerardo y el señor Wilson, en virtud de ello considero que la valoración dada en lo que respecta al lugar de la celebración del contrato no es óbice para darle una valoración integra si se celebró o no se celebró el contrato de trabajo.

Así mismo el señalamiento dado por la respetada juez de instancia en lo que respecta al salario devengado por el hoy demandante considero muy respetuosamente antes de señalarse que hay una contradicción debe valorarse que en la demanda se afirma por parte del demandante que al momento de la terminación el mismo devengada un salario de \$700 000 contrario sensu a lo señalado por la testigo pues la misma señalo que al momento de la contratación devengaba un salario mínimo (SIC) en contradicción que el momento de la celebración del contrato es distinto al momento en que se impetra la demanda, es por ello que antes de valorarse que hay una contradicción en este dicho debe tenerse en cuenta que al momento de la celebración

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 GERARDO ANTONIO AREIZA RESTREPO, las pretensiones relacionadas a folios 35 y 36, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 33 a 35, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 1° de diciembre del 2013, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 20 de abril del 2017, en consecuencia se condene a la liquidación de prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías, auxilio de transporte, aportes a seguridad social, indemnización por perjuicios por la no dotación de calzado y vestido de labor, horas extras, domingos y festivos, derechos *ultra y extra petita*, costas, gastos y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se absolvió a la persona natural

del contrato en efecto los parámetros fueron un salario mínimo legal mensual vigente y cuando se impetra la demanda estamos hablando de un salario de \$700.000 que conforme lo dijo la respetada juez de instancia era el que se devengaba para la fecha del 2017.

Así mismo señala en la parte motiva de la decisión pues en discrepancia a lo manifestado por los testigos en lo que respecta a la carga del vehículo automotor cuando lo cierto su señoría es que mi representado tenía bajo su tenencia documentación que fue aportada como prueba documental que denota que pues tenía bajo su custodia y guarda un vehículo propiedad del señor Wilson Quintero y que independiente, volvemos a caer en el tema de las formalidades, independiente del transporte que se estuviera realizando fuera carga seca o fuera petróleo lo cierto es que existía un transporte en una carga y la entrega pues el cumplimiento de unas funciones que eran impartidas por este señor.

Así mismo pues se señala por la juez de instancia que hay una inconsistencia y hasta una posible tacha que no fue señalada en todo caso por la parte demandada o por quien representa a la parte demandada a lo que respecta el interés que pudiera tener la testigo en el presente proceso y me sirvo señalar su señoría que fue enfática la testigo en señalar que la misma tenía conocimiento de los salarios que eran percibidos por el demandante puesto que ella no laboraba, que ellos vivían del salario que devengaba el señor Areiza era por ello que tenía que tener conocimiento no siendo suficiente el señalamiento que por ser esposa pueda tener algún tipo de interés en el proceso sino que simplemente lo que conoce es por lo que lo vivió o porque simplemente estaba frente a las circunstancias, considerando entonces la juez que en estas valoraciones dadas al testigo no se cumple con la carga de la prueba estipula por el legislador en el CGP y que pues en virtud de ello decida absolver las pretensiones, considero en virtud de lo expuesto que pues muy contrario a lo expuesto el día de hoy se logró probar con la testigo que si existió una relación de trabajo por cumplimiento de lo estipulado en el artículo 23 y 24 del CST entre el señor Gerardo Areiza y el señor Wilson Quintero pues existió una relación de trabajo de carácter personal y así lo deja ver lo dicho por la testigo el día de hoy y la prueba documental.

Considero muy respetuosamente que de esta manera debe dársele tramite al recurso de apelación que interpongo ante el superior jerárquico con los fines que en una valoración integra conforme lo establece la norma a la prueba y conforme a parámetros de buena fe, se accede a todas y cada una de las pretensiones que fueron presentadas, de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias.”

demandada de las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor del demandado.

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

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre GERARDO ANTONIO AREIZA RESTREPO como trabajador y WILSON QUINTERO CAMACHO como empleador, existió contrato de trabajo, vigente entre 1° de diciembre del 2013 al 20 de abril del 2017, advirtiéndose, la juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

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

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda y no constarle a la curadora *ad litem* que representa a la persona natural demandada y, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación en favor del accionado, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el señor Wilson Quintero Camacho, correspondiendo por tanto a éste último desvirtuar su

existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes pruebas:

- Citación a diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo (fl. 8).
- Impresión de los tiempos cotizados a Colpensiones por el actor como independiente (fls. 9 y 10).
- Certificado de afiliación a EPS (fl. 12).
- Certificado de afiliación a Colpensiones (fl. 13).
- Copias del Certificado de revisión técnico mecánica y de gases, Soat, licencia de tránsito y tarjeta de registro de remolque del vehículo con placas WEQ 340 (fl. 14).

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial la de la señora EDILENY GALLEGU OROZCO³, quien informó ser la compañera permanente del actor hace 13 años, indicando que su pareja trabajó durante 4 años con el señor WILSON QUINTERO del 1° de enero del 2013 al 20 de abril del 2017, manifestó que fue en una casa en la ciudad de Bogotá donde se realizó la contratación verbal, lo cual sabe porque ella estaba en ese lugar.

Igualmente refirió que su compañero debía buscar los viajes y la carga, y le rendía cuentas a los dueños del viaje, que su salario ascendía al mínimo legal, desconociendo las razones de la finalización del vínculo pues según los dichos del demandante el señor Wilson luego de darle unos días de descanso le dijo que ya no lo necesitaba más, igualmente no conoce a que empresa estaba afiliado el vehículo que conducía el actor ni qué tipo de carga era la que transportaba.

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

³ Cd fl. 96, record: 27:50

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, la declaración de la testigo resulta precaria para los fines aquí discutidos, en tanto la deponente refiere situaciones de su pareja pero por lo que este le comentaba, y si bien hace afirmaciones sobre los términos en que se realizó la formalización del contrato de trabajo aquí discutido, es evidente que no conocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se pudo dar una efectiva prestación personal del servicio del señor GERARDO ANTONIO AREIZA a favor de WILSON QUINTERO CAMACHO, es más fue enfática en expresar que desconocía que tipo de carga transportaba y de que empresa y en todo caso para resolver las inconformidades de la apelante, resulta que el mero dicho de ésta deponente no es prueba suficiente para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor del demandado, pues no se aportó otro medio de convicción diferente que apoye la versión dada por la declarante.

Advirtiéndose analizada la versión dada es claro que a la testigo no le consta ni tiene conocimiento sobre las condiciones específicas en que se pudo dar el vínculo contractual en favor del accionado.

En ese orden de ideas, se itera ante la inexistencia de otra prueba que corrobore las manifestaciones de la testigo, no resulta por ende creíble su versión, luego ha de concluirse el señor GERARDO ANTONIO AREIZA RESTREPO pecó en cuanto a su deber de probar la prestación del servicio a favor de WILSON QUINTERO CAMACHO a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor.

Ahora y en cuanto a la documental aportada y ya citada, de la misma no se puede extraer la prestación personal alegada pues la información que esta contiene ninguna relación tiene que la vinculación laboral que el actor indica haber sostenido con el señor Quintero Camacho.

En ese orden, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor del demandado, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con el accionado, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiéndose, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra el demandado, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo. Esta presunción como las demás de su stirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado....”.

Así las cosas, no sobra agregar, el promotor de la Litis debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor del demandado, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente al encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

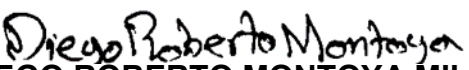
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

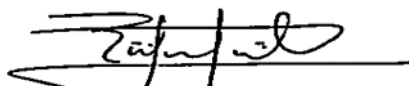
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

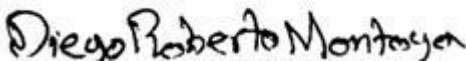
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GILMA CUBILLOS PEREZ CONTRA ALBA MARINA PARRA GIRALDO, ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ, DIANA MARINA SARMIENTO PARRA Y MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ (12 2016 00712 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante (folios 288 a 291) y la demandada ALBA MARINA PARRA GIRALDO (folios 294 y 295), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y los demandados ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ y ALBA MARINA PARRA GIRALDO, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 20 de enero de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T y S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 282, récord: 29:44, audio 2, acta folios 283 y 284), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a los señores ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ y la señora ALBA MARINA PARRA, al pago del cálculo actuarial con ocasión de la prestación de servicios de la señora GILMA CUBILLOS PEREZ por el periodo comprendido entre mayo de 1998 y diciembre del año 2013 en los siguientes salarios:

a) Para el año de 1998 la suma de: \$216.000 pesos

- b) Para el año de 1999 \$216.000 pesos
- c) Año 2000: \$260.100 pesos
- d) Año 2001: \$281.000 pesos
- e) Año 2002: \$309.000 pesos
- f) Año de 2003, 2004 y 2005 la suma de \$160.000 pesos, advirtiéndose que no supera el umbral del 50% del salario mínimo.
- g) Para el año 2005 sería de \$190.750.
- h) Para el año 2006, 2007 y 2008 estaría en la base del salario mínimo legal mensual vigente 2006 \$408.000, 2007: \$433.700, 2008: \$461.500
- i) Para el año 2009 y 2010: \$390.000 pesos
- j) 2011 y 2012 \$420.000 pesos
- k) Finalmente, para el 2013 \$600.000 pesos

Ordenar el pago actuarial sobre los valores salariales que aquí se compelen.

SEGUNDO: ABSOLVER a la señora ALBA MARINA PARRA y al señor ALFREDO DIEGO SARMIENTO de las demás súplicas de la demanda conforme a la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: ABSOLVER a las señoras DIANA MARINA SARMIENTO PARRA y MARTHA LILIA MAYORGA RODRIGUEZ de las demás súplicas de la demanda incoadas en su contra por la señora GILMA CUBILLOS PEREZ.

CUARTO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y de falta de legitimación en la causa por pasiva, invocadas por las demandadas MARTHA LILIA RODRIGUEZ Y DIANA MARINA SARMIENTO PARRA conforme a la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción ausencia de solidaridad respecto de estas demandadas, no probado respecto de respecto del objeto de condena.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a favor de la parte actora y a cargo de los señores ALBA MARINA PARRA y ALFREDO DIEGO SARMIENTO estableciendo el valor a cargo de cada uno la suma de \$800.000 pesos.”

Inconforme con la decisión los apoderados de la parte actora y de los demandados ALBA MARINA PARRA y ALFREDO DIEGO SARMIENTO, en su orden, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, la demandante pidió se modifique el numeral primero, pues, en su sentir, de las certificaciones laborales analizadas por el juzgador de primer grado no se colige la existencia de solución de continuidad, ni se extrae que la finalización del vínculo fue en diciembre de 2013, reiniciándose en el 2015; por el contrario, sostiene, MARTHA LILIA MAYORGA, quien no debió ser absuelta de las pretensiones, en el interrogatorio no indicó que hasta la fecha en la que demandante trabajó existió solución de continuidad, no siendo posible, dice, aplicar la duda en favor del empleador.

Del mismo modo refiere a la familia conformada por ALFREDO DIEGO y ALBA PARRA, respecto de quienes, dice, no existe documental de la que se infiera que la relación laboral finalizó el 31 de diciembre de 2013, en sentido opuesto, refiere, debe tenerse en cuenta que, al no existir pacto escrito respecto a la modalidad del contrato, mal podía concluirse que se trataba de un contrato a término fijo. Bajo tal entendido, sugiere, para colegir que desde el 2013 existió solución de continuidad, necesariamente tendría que haberse liquidado de manera definitiva el contrato, enfatizando, para entender que en el 2015 existió un nuevo vínculo de trabajo con la familia Sarmiento y con Martha Lilia Mayorga, debió constar un instrumento contractual que le diera validez, no siendo posible, desde su punto de vista, dividir en dos partes la relación de trabajo porque eso no deriva de las pruebas.

Explica, en el asunto no invocó solidaridad alguna entre los demandados, sino que planteó la relación de trabajo que tenía con uno y otro empleador, quedando acreditada la prestación del servicio con Alba Marina Parra y Alfredo Diego y con Martha Mayorga desde el año 1998, de allí que no comprenda porqué sobre esta última no se analizó la situación desde la figura de la coexistencia de contratos.

Frente a los valores determinados como base para el pago de los aportes condenados entre 1998 y 2013, aduce no tener reparo alguno, pero sí frente al año 2014 respecto del cual no se tuvo en cuenta la inexistencia de solución de continuidad.

Insiste, debió establecerse el contrato laboral con MARTHA LILIA MAYORGA quien no negó la prestación de servicios a su favor en el interrogatorio ni en la contestación de la demanda, y condenarla al pago del cálculo actuarial hasta el 2015 cuando inició a pagar las cotizaciones respectivas.

Por otra parte, solicita se revoque el numeral segundo en razón a que el juzgado en ningún momento se detuvo a desatar las pretensiones de la demanda. Así, por ejemplo, resalta, no se analizó por el juez lo atinente a las causas de terminación de la relación de trabajo, ni si se le canceló lo adeudado a la terminación del vínculo o si había lugar a la sanción prevista en el artículo 26 de

la Ley 361 de 1997, por lo que mal podía absolver de aspectos que no fueron motivo de estudio.

Con relación al finiquito del contrato, señala, no se tuvo en cuenta la renuncia motivada dirigida por la activa a las direcciones físicas de sus empleadores, la cual se fundó en sus condiciones de salud y su falta de afiliación al sistema de seguridad social desde el inicio de la relación laboral, debiendo imponerse condena por el pago de la indemnización por despido sin justa causa a cargo de quienes fueron sus patronos por estar acreditados, a su juicio, los supuestos fácticos invocados como motivos de la dimisión con el material probatorio acopiado en el expediente, anotando, *“frente a este sentido es claro que se trasgrede el artículo 26 de la ley 361 del año 1997”*.

Argumenta, debe también ser revocado el numeral quinto de la sentencia pues, si bien no existe solidaridad, no se excluye la responsabilidad de los empleadores por la coexistencia de contratos, con respecto de las acreencias y aportes a seguridad social que cada uno tiene a su cargo, así como la sanción por no consignación de las cesantías.

Por último, la demandante pide la confirmación de lo no recurrido¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T y S.S., realizada a través

¹ *“Su señoría muchas gracias por la oportunidad teniendo en cuenta la oportunidad procesal pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra la decisión que acaba de ser proferida por el despacho a efecto que el tribunal superior de Bogotá sala laboral revoque parcialmente la decisión de instancia la cual procedo a sustentar en los siguientes términos:*

En primera medida he de manifestar que solicito con el respeto acostumbrado al ad quem se sirva modificar el numeral primero de la condena impuesta en esta sede de instancia teniendo en cuenta los siguientes argumentos: en primera medida el operador judicial estableció los extremos de la relación de trabajo con base a las pruebas que obran al interior del dossier y posterior a ello aplico las normas que estableció, teniendo en cuenta la jurisprudencia siendo exactos la sentencia SL 424 del 2014 emanada por la honorable magistrada clara Cecilia dueñas Quevedo en el sentido de dar validez frente a las certificaciones que fueron puestas en su conocimientos las cuales no podían ser desconocidas obviamente por quien las presento salvo que en su momento las hubiere tachado como de directamente irregulares o falsas hasta ese punto no existe reparo, sin embargo en esa misma orientación de lo que establece el órgano de cierre de la jurisdicción de trabajo es que se debe dar validez frente a lo que allí está escrito y en lo que está escrito justamente en esas certificaciones emitidas en el año 2010 y ratificadas en el año 2012 no se coligue en ningún momento que exista solución de continuidad frente a la relación laboral esto es del 05 de mayo de 1998 y que de esos documentos se entienda o que dentro de las pruebas que obran al interior del dossier se pueda extraer que finiquitaron el 31 de diciembre del año 2013, por tanto no se puede con el profundo respeto dar a entender algo que no dice el documento, ni acoplarlo ni invertir, la duda en favor del empleador en el sentido de indicar que básicamente hasta el 31 de diciembre del año 2013 existió la relación de trabajo para luego concluir que a partir del año 2015 cuando aparecen las vinculaciones por virtud del decreto que reglamento en relación con el convenio 187 de la OIT el trabajo doméstico la vinculación con destino al sistema de seguridad integral pues la documental en ningún momento manifiesta que existió solución de continuidad certera, por el contrario

del interrogatorio de parte surtido se puede establecer que en efecto la señora Martha Lilia Mayorga en uno de los preguntados donde se le inquiera frente a la relación de trabajo ella en forma clara indica que laboro y que la conoce incluso desde mucho tiempo atrás desde el año 1998, en esa misma senda cuando se le pregunta desde que fecha hasta que fecha laboro en ningún momento manifiesta que existió solución de continuidad porque solo para dar probanza de la solución de continuidad frente a Martha Lilia Mayorga debería existir un documento que debió haber sido valorado por el operador judicial, documento que no obra al interior del dossier, no pudiendo aplicar la duda en favor del empleador, en igual sentido ocurre con la familia o con la parte el señor Alfredo Diego y la Señora Alba Marina Parra pues no existe documental donde se pueda establecer que a corte del 31 de diciembre del año 2013 haya finiquitado la relación de trabajo, por el contrario como bien afirmo el señor juez en el momento de hacer el estudio del caso y como se expuso en los alegatos de conclusión en su momento se estableció que al no existir pacto escrito del tipo de modalidad contractual mal se podría inferir que se trataba de un contrato laboral a término fijo, al ser verbal la visión lógica es que como no se pactó un término de expiración del mismo es a término indefinido, luego para poder colegir que en el año 2013 existió solución de continuidad necesariamente tiene que haber una liquidación definitiva de contrato. Luego en el año 2015 cuando se hace la afiliación tanto por la señora Alba Marina Parra y Alfredo Diego su núcleo familiar y el de la señora Martha Lilia Mayorga para indicar que es una nueva relación de trabajo debe existir un instrumento contractual que pueda darle validez dentro de la inferencia lógica que hace el operador judicial y a partir de esa fecha inicio una nueva relación laboral regida por un contrato a partir de esa fecha porque se está dividiendo en dos partes la relación de trabajo situación que en ningún momento se puede colegir porque las pruebas no dicen eso y por el contrario los testigos en forma clara indican donde laboraba la señora, describen el edificio, manifiestan que tipo de actividad personal realizaba, los señores Martha Lilia Mayorga, la señora Alba Marina Parra en el interrogatorio de parte que absolviéron indicaron que en efecto laboraba la señora allí, simplemente indicaron que se le canceló en su momento lo que la ley indica y que solamente a partir del año 2015 con la reglamentación del trabajo doméstico frente al pago por días efectuaron la afiliación, en ningún momento se refirió que haya existido una solución de continuidad es decir que se haya terminado ese contrato laboral no pudiéndose hacer una ruptura de los extremos de la relación laboral entre el año 1998 y el año 2013 como hizo el juez de primera instancia, reitera no se puede aplicar el principio de la duda en favor del empleador porque dicha prerrogativa pues obviamente no existe porque pugnaría con el artículo 53 superior pues trasgrediendo las garantías mínimas de los trabajadores, ello frente al primer punto.

Entonces en los alegatos de conclusión también se explicó el hecho de que no se hablaba de una solidaridad y se esbozó sobre justamente la relación de trabajo que tenían entre uno y otro empleador por tanto si dentro del interior del dossier y dentro de las pruebas que se practicaron quedo acreditada la prestación del servicio desde el año 1998 entre la señora Alba Marina Parra, el señor Alfredo Diego y a su turno la señora Martha Mayorga mal se podría excluir de sus mismas obligaciones a la señora Martha Mayorga pues recuérdese que ella en ningún momento negó que desde el año 1998 laborara con ella por el contrario confirmo que en efecto había laborado para ella desde el año 1998 y no entendiérase por qué no se dio el estudio del caso frente a esa situación, por tanto existe una figura de coexistencia de los contratos, como se dijo en los alegatos de conclusión regulada por el artículo 26 del CST sin que ello se implique o se entienda que es una reforma a la demanda en ningún momento hablamos de la obligatoriedad que tenían los empleadores frente a una trabajadora y está debidamente acreditado que transgredieron esas obligaciones legales que tenían a su cargo.

Ahora bien frente al IBL (sic) para el cálculo actuarial no existe reparo entre los valores que ad quo dispuso frente al núcleo familiar de los señores Parra frente al año 1998 hasta el año 2013, no obstante si existe reparo frente al año 2014 pues como se dijo en aparte precedente existió una ruptura frente a la argumentación que dio en el sentido de hacer decirle a las pruebas aspectos que las mismas no contenían, no pudiendo colegirse que existía solución de continuidad o terminación de relación laboral para posteriormente el 2015 renovarse porque dicha situación en ningún momento se puede extraer de las pruebas, se reitera y discúlpeme soy tan reiterativo pero de los interrogatorios de parte, de la declaración que expuso la señora Gilma Cubillos se establece que el trabajo es sin solución de continuidad, adicionalmente tampoco es de recibo del numeral primero que se absuelva a la señora Martha Lilia Mayorga pues en el mismo interrogatorio de parte la señora acepta que en efecto desde el año 1998 existe la relación laboral de hecho incluso excepciona el pago y aduce para la data del año 1998 que presuntamente la demandante estuvo vinculada con un empleador que hace alusión a botellas PET el cual por errores en la historia laboral no figura retirada, no obstante no desconoce en ningún momento que haya prestado el servicio personal para ella puesto que de escuchar simplemente ese interrogatorio de parte allí se colige que está aceptando en efecto que existió una relación de trabajo no pudiendo quedar por fuera de litigio, frente a ese aspecto solicito al Tribunal se sirva modificar el ordinal primero de la sentencia en el sentido de condenar a los señores Alfredo Diego y Alba Marina Parra a cancelar el

cálculo actuarial entre el año 05 de mayo de 1998 hasta el año 2015 data para la cual iniciaron a cumplir con sus cargas con base a la normatividad que estaba vigente y a su turno se adicione también la obligatoriedad que tenía la señora Martha Lilia Mayorga de cancelar el aporte legal correspondiente con destino al sistema de seguridad social integral para efecto de dar cubrimiento a los riesgos de vejez, invalidez y obviamente la parte de los riesgos laborales desde la misma data del año 1998 hasta el año 2015 porque no se puede tener por cierto o por establecido que no existe una prueba que no pueda llegar a concluir que en efecto prestó el servicio para la señora Martha Lilia Mayorga cuando ella misma lo está confesando y la misma señora Gilma al momento de hacer su declaración de parte que no constituyo confesión estableció en forma clara y precisa que laboró con esta señora Martha Lilia Mayorga desde esa calenda hasta el año 2015 y adicional a ello que en la contestación de la demanda en ningún momento se expresó que no existía relación laboral, hecho que se reitera la señora Martha Lilia Mayorga ratifica al momento de absolver el interrogatorio de parte y confiesa que en efecto incluso de data anterior conoce a la señora Gilma Cubillos que al año 1998 se dedicaba a actividades que era del servicio doméstico no pudiéndose excluir de responsabilidad bajo ese rasero argumentativo.

Ahora frente al numeral segundo con el debido respeto solicito al tribunal de instancia se sirva a revocar ese ordinal en el sentido que el juez de instancia en ningún momento se detuvo a desatar justamente las pretensiones de la demanda en el sentido que no estableció en ningún momento las causas de la terminación de la relación de trabajo que estaban justamente en el petitum de la demanda, tampoco si le cancelaron o no a la terminación de relación de trabajo a la demandante y por lo mismo si no examino tales previsiones mal podría absolver por algo que no se detuvo en analizar, ocurriendo lo mismo con la sanción que establece el artículo 26 de la ley 1361 del año 1997, en tal sentido omitió el juzgador de instancia validar la documental que obra al interior del dossier donde se establece que la señora Gilma Cubillos emitió a la dirección física de cada uno de sus empleadores Martha Lilia Mayorga y señores Alba Marina y Alfredo Diego su renuncia motivada donde en cumplimiento del artículo 66 exponía cuales eran los argumentos que dieron origen a esa determinación y allí se puede leer que se daba en razón de su salud y que no la tenían afiliada al sistema de seguridad social desde que inició la relación laboral estos es desde el año 1998, en ningún momento los demandados hicieron oposición frente a tal manifestación específicamente la señora Martha Lilia Mayorga quienes expresan que básicamente la señora decidió no volver, situación que riñe con las pruebas que obran alrededor del expediente puesto que esta no fue la razón allí se puede extraer que realmente obedeció a que por no cumplir las cargas laborales que tenían a su disposición los empleadores es que la señora Gilma Cubillos tiene la obligación de renunciar aspecto que en ningún momento fue analizado porque en esta parte del fallo se verificó cuáles fueron esas circunstancias que realmente se terminó el contrato de trabajo si ese extremo final de la relación de trabajo hasta donde se dio, porque todo lo que quedo dentro de este debate fue que ha 31 de diciembre a juicio del juez de conocimiento finiquitó la relación de trabajo pasando por alto justamente que la renuncia se dio en el año 2016 data para la cual la demandante presento su renuncia motivada, aspecto que en ningún momento fue analizado ni siquiera en forma mínima, entonces en ese sentido solicito que ese numeral segundo frente a los señores Alba Marina y Alfredo Diego se revoque en el sentido de condenar a los demandados a pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del CST modificado por el artículo 28 de la ley 789 del 2002 en el sentido de que se logra configurar un despido sin justa causa en la medida que la trabajadora: 1 Manifestó cuales eran las razones por las cuales se veía obligada a renunciar 2. Existía una ausencia en cuanto a las cargas que tenían los empleadores que surtir frente a su trabajadora y que fue determinante frente a la terminación de la relación de trabajo, habilitando la condena de que trata la normativa ya en mención.

En igual sentido frente al numeral tercero que hace alusión a la absolució frente a la señora Martha Lilia Mayorga en ningún momento tampoco fue analizado tal forma de desvinculación en la que la señora Gilma Cubillos le indica a su empleador cuales son las razones por las cuales está dando por terminado ese contrato de trabajo; No porque fuera la voluntad de ella sino porque se vio en la obligación de renunciar en razón también de sus quebrantos de salud, situación que nos lleva también ha una modificación o una adición por parte del ad quem en relación con el estado de salud de la demandante, aspecto que obra dentro de las pruebas obra dentro del plenario donde se puede evidenciar el formulario que diligencian la señora Alba Marina y Alfredo Diego por intermedio de su hija donde solicitan unos documentos para tramitarlos a efectos de establecer una pérdida de capacidad laboral, adicional a ello existe un recaudo probatorio y una historia clínica de donde se puede extraer con meridiana certeza que en efecto padecía unas patologías que son conexas con la actividad que desarrollaba esto es la actividad de prestar el servicio doméstico situación de la cual el juez en ningún momento emitió pronunciamiento alguno por tanto quedando huérfana dicha pretensión de análisis probatorio, entonces frente a este sentido es claro que se trasgrede el artículo 26 de la ley 361 del año 1997 en la medida que las buenas prácticas laborales lo que conllevan es a que al trabajador frente a su salud la misma legislación establece existan unas sanas prácticas laborales en el sentido de permitirle concurrir para que obviamente

de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 282, récord: 33:39, audio 2, acta folios 283 y 284).

A su turno, lo señores SARMIENTO y PARRA, critican, no se detuvo el juzgador a analizar si había o no concurrencia de contratos o las razones explícitas por las que se endilga la responsabilidad a su cargo.

De otro lado, dista de la interpretación dada por el sentenciador de primer grado a las normas, por cuanto, considera, el caso de la demandante, de empleadas del servicio doméstico por días, es atípico dentro del ordenamiento laboral; además, advierte una deficiente valoración de las pruebas, particularmente de las certificaciones incorporadas al plenario, dejándose de interpretar la presencia de múltiples empleadores.

En otro sentido, arguye, debe darse aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y particularmente de la costumbre que existe en el pago de las empleadas del servicio doméstico por días, analizándose los argumentos de defensa de la contestación.

Sostiene, “*nos encontramos frente a un vacío referente a la interpretación*” por lo que “*podemos generar la jurisprudencia referente en cuanto a la responsabilidad*

pueda asistir a sus tratamientos médicos aparte que en ningún momento fueron desarrollados por el juez de instancia pero que si fueron esgrimidos tanto en la demanda, en las contestaciones de la demanda haciendo alusión a ellos y en los alegatos de conclusión que se dijo lo pertinente.

Frente al numeral quinto de la sentencia que se acaba de impartir solicito se revoque la misma en el sentido de que como se indicó si bien es claro que el suscrito en efecto lo estableció no existe solidaridad frente a los empleadores lo que no los excluye frente a su responsabilidad en la medida que existía una coexistencia de contratos de trabajo como se dijo regulada en el artículo 26 del CST y se encuentra acreditado el extremo de la relación de trabajo tanto de la señora Martha Lilia Mayorga como los señores Alfredo Diego y Alba Marina por tanto pues carece de lógica el hecho de que no se refiera frente a esa coexistencia de contratos de trabajo y en tal sentido se modifique el ordinal en la medida de indicar que se declara que cada uno es responsable frente a las acreencias que tiene a su cargo; esta es la parte de la seguridad social y a las prestaciones sociales, adicional a ello frente a la consignación al fondo de cesantías el operador judicial simplemente indicó que dentro de las documentales dando aplicación a la interpretación que permite la sentencia de casación no se puede inferir algo diferente de lo plasmado en los documentos, sin embargo lo que se encuentra plasmado en los documentos no puede transgredir el ordenamiento jurídico en la medida que en la sentencia de casación en ningún momento se estableció el alcance del artículo 99 de la ley 50 de 1990, pues en tal normativa lo que se establece es la obligatoriedad de consignar las cesantías en el fondo creado para tal fin situación que si no se aplica carecería de lógica o de rasero que el legislador haya creado los fondos para que se consignen las cesantías justamente allí en tal sentido se dio por acreditado el pago de unos salarios, así mismo debió haber sido establecido que tenía la obligación de cancelar en el fondo creado para tal fin.

Finalmente solicito al tribunal que confirme todo lo demás del fallo recurrido en los anteriores términos dejo sustentado el presente recurso de alzada muchísimas gracias.”

exclusiva de mis poderdantes en los aportes a la seguridad social.”² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T y S.S., realizada a través

² “Yo voy a interponer el recurso de apelación pero para la sustentación del recurso solicito que me de diez minutos mientras establezco conexión.

Retoma (1:03.28): En ese orden de ideas manifiesto interpongo el recurso de apelación contra la decisión adoptada por el juez de primera instancia sobre el cual me permito sustentar en los siguientes términos: Debe partirse de la base que en el presente asunto se condena a uno de los sujetos procesales dentro del extremo demandado y que sobre el cual deben inculcar la discusión en punto a lo correspondiente a la controversia contractual frente a los aportes a la seguridad social en primer lugar se está condenando a mi representada Alba Marina y a mi representado Jorge Sarmiento Aranzalez (sic) y en esa base pues no se determinó por parte del Juez a quo si había la concurrencia o no había la concurrencia de contratos las razones explícitas por las cuales pudiesen endilgársele la responsabilidad frente a las cotizaciones en cabeza de la señora Alba Marina y el señor Alfredo Aranzalez no se determinó las razones por las cuales se absolviera al restante de los sujetos procesales de la parte pasiva, en ese orden de ideas es importante traer a colación que no se ha determinado esa responsabilidad y al no haberse determinado esa responsabilidad de alguna manera si se estaría vulnerando de alguna manera el tema probatorio y frente a la decisión adoptada en punto de mi representado.

Segundo reparo que le realizo a la decisión adoptada por el juez a quo y es la interpretación de las normas y la interpretación de las normas en el entendido que se ha traído a colación lo referente a la especialidad de la norma y referente a lo que se manifestó por parte del suscrito en los alegatos de conclusión, en punto de a lo correspondiente al caso que nos convoca que es un caso atípico dentro de la regulación laboral, esto es lo relacionado con el servicio doméstico por días y que de esta manera abarca unas circunstancias especial dentro de la connotación, de tal suerte que en algunos espacios sobre la motivación que se realizó por parte del señor juez de primera instancia, se observa de alguna manera que hay una contradicción dentro de la valoración de los elementos materiales probatorios en el entendido que trae a colación una jurisprudencia respecto de lo que trata las certificaciones y da una fuerza de validez a esas certificaciones y las acompasa con lo relacionado con las certificaciones de las liquidaciones que se hacían a la señora Gilma Cubillos año a año y es que estas certificaciones de por si establecen algo contrario a la verdad y aquí debe traerse a colación lo referente a la valoración de las pruebas y esa valoración de las pruebas frente a la pluralidad y la singularidad de cada prueba y la constatación que existe cuando hacemos esos análisis que permiten determinar las capacidades de los elementos frente a lo que se pretende probar en la demanda, de tal suerte que es importante traer a colación ese criterio que ha utilizado el despacho en el entendido que le da una total certeza, sin embargo cuando hacemos esa otra constatación con esos otros medios probatorios frente a la definición de la Litis nos encontramos que en efecto hay una contradicción en efecto la misma demanda per se contiene una contradicción frente a esas certificaciones y es que debemos también de alguna manera traer aquí a dar una aplicación al principio de las formalidades, la supremacía del derecho sustancial sobre el derecho formal y en este caso se debe traer a colación que se debe proteger al más débil de la relación sin embargo en el presente caso no ocurre que la trabajadora sea la más débil de la relación y esto con el entendido que con la prueba que se ha demostrado con la confrontación con el interrogatorio y la demanda per se pues demuestra acreditar que hay una concurrencia de empleadores y que al haber esa concurrencia de empleadores la demanda como tal también se debe interpretar de otra manera, circunstancia que fue echada de menos por el juez de primera instancia y que permite solicitarle al suscrito al Honorable tribunal que se haga un examen frente a tal circunstancia.

Trayendo a colación algo que se manifestó con antelación y es lo relacionado con la supremacía de las realidades sobre las formalidades que abarca nuestro artículo constitucional, debe tenerse en cuenta que estas realidades se encuentran debidamente sustentadas por los elementos (se interrumpió el audio)

Juez: Se perdió señal.

Apoderado: ¿Hasta dónde me escucho?

Interviniente: diez segundos se le alcanzó a perder un poquito el audio, pero no fue mucho.

Apoderado: Ok perfecto. Entonces estábamos manifestando que si bien es cierto nuestro artículo constitucional establece la supremacía de las realidades sobre las formalidades en este caso es importante traer a colación esta circunstancia para que de la misma manera sea valorada y sea aplicada dentro del caso en concreto y es que para nadie es un secreto y es un tema que se ha denominado la costumbre y es pagarle a las empleadas del servicio doméstico por días que tiene una caracterización, esa relación laboral tiene una caracterización y esa caracterización debe ser enfocada desde otro ámbito y debe valorarse frente al ser la pretensión y esto en punto de garantías constitucionales y en atención a lo que se le ha dado el valor probatorio que se le ha dado a cada una de las pruebas, entonces pues en realidad lo

de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 282, récord: 1:00:18, audio 2, acta folios 283 y 284)

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 GILMA CUBILLOS PEREZ en este ordinario, las pretensiones visibles a folios 2 a 3, las cuales fundó en los hechos narrados a folios 3 a 8, solicitando se declare que entre esta y los demandados existió una relación laboral que inició el 1 de marzo de 1998 la cual finalizó por causas imputables a los empleadores el 30 de septiembre de 2016, la cual según los supuestos fácticos del libelo ocurrió así i) del 1 de marzo de 1998 al 30 de septiembre de 2016 con MARTHA LILIA MAYORGA y ii) del 5 de mayo de 1998 al 30 de septiembre de 2016 con la familia integrada por ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALES, ALBA MARINA PARRA GIRALDO y DIANA MARINA SARMIENTO PARRA; en virtud de los cuales laboró como empleada del servicio doméstico, 2 días para la primera (miércoles y viernes) y 4 día para los últimos (lunes, martes, jueves y sábado). En consecuencia, se les condene a pagar a su favor las cesantías, intereses a la cesantías, vacaciones, subsidio de transporte, seguridad social integral en

que se puede observar es que no se definió la Litis integralmente frente a los mecanismos definitivos que se realizaron en las contestaciones de la defensa y de la misma manera en el momento en que se realiza la motivación de la decisión también se observa de alguna manera que no se motivó la razón por la cual el otro empleador que se endilgaba esa calidad dentro de la demanda no se le realizó condena en concreto y no se realizaron las respectivas motivaciones que de esa manera sustentaran en el fallo.

En ese orden de ideas pues debo manifestar que ha traído a colación en lo imperativo frente a la interpretación que se le deba dar a la norma, ley 4a de 1987 en el cual se trae a colación la especialidad de las normas y el presente caso es un caso importante en el cual se puede modular las decisiones frente a las pretensiones y frente a los derechos invocados, frente a las oposiciones que se le realizan a estos escenarios judiciales y esa modulación de la sentencia de la decisión debe responder a la caracterización propia de la relación laboral y en ese orden de ideas se debe aplicar el derecho pero a su vez también la interpretación de las normas especiales y en este segmento entratándose de que nos encontramos frente a un vacío referente a la interpretación, visto de alguna manera y de esta manera es que nosotros observamos y podemos generar la jurisprudencia referente en cuanto a la responsabilidad exclusiva de mis poderdantes en los aportes a la seguridad social.

Entonces ya a manera de recapitulación pues ya podemos ingresar y descender sobre la discusión y podemos encontramos que de alguna manera se interpone el recurso de apelación de manera parcial por cuanto parte de las pretensiones han sido despachadas desfavorablemente, sin embargo estos criterios que me permito enunciar los ampliaré ante el juez de segunda instancia y pues una de las razones fundamentales de fincar este recurso de apelación es el principio de legalidad, el debido proceso, derecho de defensa y en estos términos su señoría me permito dejar sustentado mis alegatos que sustentan el recurso de apelación los cuales de la misma manera serán ampliados en segunda instancia, mil gracias.”

salud, pensión y riesgos laborales, por todo el tiempo laborado, así como la dotación adeudada al finalizar el contrato, el reajuste de la indemnización por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., todo debidamente indexado, junto con los derechos probados ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ y ALBA MARINA PARRA a pagar a favor de la demandante el cálculo actuarial por los aportes a pensión adeudados por el periodo comprendido entre 1998 y 2013, absolviendo a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar el juez de primer grado que la prestación personal del servicio se dio a favor de estas personas por el interregno reseñado, sin que se evidenciara el pago de los aportes a seguridad social en pensiones a nombre de la demandante, advirtiéndose, no quedó demostrado que la actora laboró sin solución de continuidad entre el 2013 y el 2015 cuando se da un nuevo vínculo con DIANA SARMIENTO. Con relación a las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas halló acreditado su pago.

Pues bien, aunque la sentencia de primer grado no es un dechado de virtudes, y solo se dejó consignado en la parte resolutive la existencia del contrato de trabajo de la demandante con ALBA MARINA PARRA GIRALDO y ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ, lo cual se deduce de la condena impuesta a su cargo, en tanto se absolvió a las demás demandadas -con quienes se pretendió igualmente la declaratoria de la relación laboral-, no puede perderse de vista que dicho texto debe ser armonizado con las consideraciones vertidas en la providencia objeto de reproche, en la que, a pesar del ambiguo análisis efectuado, es posible establecer que:

- I) La prestación personal del servicio la halló demostrada únicamente con la “*familia sarmiento*” (integrada por ALBA MARINA PARRA GIRALDO, ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ y DIANA MARINA SARMIENTO PARRA). Puntualmente, entre 1998 y 2013 con ALBA y ALFONSO y desde el 2015 hasta el 2016 únicamente con DIANA

SARMIENTO, es decir, para el juez se trató de dos relaciones laborales independientes y disímiles, condenando únicamente a los primeros por el impago de los aportes a seguridad social en pensión y absolviendo a la última por hallar acreditado el pago de las acreencias reclamadas.

- II) Absolvió a MARTHA LILIA MAYORGA tras discurrir que no podían extenderse los efectos de la relación laboral por vía de solidaridad por no ajustarse la situación a ninguno de los presupuestos establecidos en la norma para la procedencia de dicha figura.

Atendiendo tales precisiones, y considerando la forma en que se sustentó la alzada, no es objeto de discusión en esta instancia la relación de trabajo que existió entre la demandante y DIANA SARMIENTO PARRA entre mayo de 2015 y septiembre de 2016, así como tampoco, que entre la actora y la pareja conformada por ALBA MARINA PARRA y ALFREDO SARMIENTO ARANZALEZ, existió, también, un contrato laboral que inició en mayo de 1998.

En esas circunstancias, se encuentra descartado cualquier debate en autos sobre la prestación personal del servicio de GILMA CUBILLOS PEREZ en favor de ALBA MARINA PARRA y ALFREDO SARMIENTO ARANZALEZ, pues fue una conclusión a la que arribó el juez de primer grado no impugnada por las partes.

Ahora bien, la primera inconformidad de la actora versa sobre el extremo final fijado por el *a quo* en el vínculo señalado, ya que para la recurrente, en el plenario está acreditado que no existió solución de continuidad y que la relación subsistió después de diciembre de 2013 –calenda tomada por el juez como fecha de finalización del vínculo-.

Sobre el asunto, asevera la demandante en su escrito introductor que la relación laboral culminó el 30 de septiembre de 2016 (folio 7, hecho séptimo) mediante comunicación dirigida a sus empleadores por causas imputables a estos, situación que fue negada por ALBA MARINA PARRA (folio 123) y ALFREDO SARMIENTNO ARANZALEZ (folio 111), por lo que a efectos de corroborar si la

parte actora cumplió con su carga probatoria, aborda la Sala el estudio de los medios de convicción aportados al plenario.

En ese orden, se encuentra, al expediente se incorporaron certificaciones laborales suscritas por ALFREDO SARMIENTO ARANZALEZ, expedidas el 6 de marzo de 2012 (folio 22) y el 9 de agosto de 2010 (folio 23), respectivamente, que solo dan cuenta que, a esas fechas, la demandante estaba prestando servicios a su favor realizando oficios varios, datas de emisión que en todo caso son anteriores a la determinada por el juez como de finalización del vínculo. Valga acotar frente a tales legajos, ambos poseen información disímil frente a la fecha de vinculación y la modalidad de contratación, pues mientras en la primera dice que inició a laborar el 5 de enero de 1998 con contrato a término indefinido (folio 22), la segunda refiere que el vínculo tuvo origen el 5 de mayo de 1998 mediante contrato a término fijo. No obstante, tales discrepancias no resultan relevantes para dar solución a la divergencia que se plantea.

Adicionalmente, se observa copia de la liquidación de prestaciones sociales efectuadas por ALBA MARINA PARRA a favor de la demandante, para las anualidades 2014 (folios 183 y 184), 2013 (folios 185), 2012 (folios 24 y 186), 2011 (folios 26 y 188), 2009 (folios 27 y 189), 2008 (folios 28 y 190), 2007 (folios 29, 180, 191), 2006 (folios 30 y 192), 2004 (folios 31 y 193), 2003 (folios 32) y 196 y 1999 a 2001 (folios 34).

También, reposa misiva del 26 de septiembre de 2016 suscrita por GILMA CUBILLOS PEREZ, dirigida a ALBA MARINA PARRA GIRALDO, ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ y DIANA MARINA SARMIENTO PARRA con el asunto “*Renuncia motivada*” en la que informa sobre su decisión de renunciar al cargo de “*servicios generales – oficios varios*” el cual venía desempeñando, a partir del 30 de septiembre de ese mismo año (folio 55). Frente a tal comunicación, las tres personas antes mencionadas, en oficio del 30 de septiembre de ese mismo año se pronunciaron en los siguientes términos (folios 58 y 136):

“En respuesta a su comunicación fechada el 26 de septiembre de 2016, por la cual presenta renuncia motivada, es necesario precisar que los argumentos con los cuales motiva su renuncia no son ciertos.

Además, le informo que durante los días 26, 27 y 29 de septiembre de 2016, usted no prestó sus servicios como empleada de servicio doméstico por días, para los cuales estaba contratada y aunque verbalmente manifestó que estaba incapacitada, nunca presentó certificado médico de la EPS que diera soporte a esta afirmación.

De acuerdo con su decisión, usted se encuentra en la libertad de laborar en donde considere conveniente. Por lo tanto, le agradezco los servicios que me prestó, en calidad de empleada del servicio doméstico por días.”

Se avizora igualmente, título de depósito No. 6308278 por el cual se realiza un pago por consignación de prestaciones a favor de la demandante en cuantía de \$1.044.420 efectuado por DIANA MARINA SARMIENTO PARRA (folio 129), el cual se sustentó en la liquidación de folios 140 y 141 realizada por la señora SARMIENTO PARRA en calidad de empleadora, por el periodo comprendido entre el 12 de enero de 2016 y el 30 de septiembre de 2016.

A folio 182, se observa pago de vacaciones de servicio doméstico para el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2015 y el 19 de diciembre de 2015 cancelado por DIANA SARMIENTO PARRA a la actora, y a folio 197 figura la consignación de cesantías al Fondo Nacional del Ahorro hecha también por la señora SARMIENTO PARRA a nombre de la convocante.

Al absolver el interrogatorio de parte³, en lo que al punto interesa, la demandante manifestó que ingresó a laborar con los señores PARRA y SARMIENTO en mayo de 1998 como empleada doméstica, prestando sus servicios por días, específicamente los lunes, miércoles, jueves y sábado. Comenta, DIANA es hija de ALFREDO y MARINA, advirtiendo, trabajaba con toda la familia y no tenía con cada miembro un contrato independiente; no obstante, nada se le indagó respecto a la fecha hasta la cuál laboró con ellos.

En el interrogatorio de ALBA MARINA PARRA⁴ no hubo confesión respecto de las fechas o extremos de la relación laboral, toda vez no se formuló cuestionario alguno en ese sentido.

³ Audiencia realizada el 14 de julio de 2020, récord 03:04, audio 2, Cd folio 277.

⁴ Audiencia realizada el 15 de diciembre de 2020, récord 01:03:04, audio 1, CD folio 280.

De otro lado, aunque se recibieron los testimonios de HORACIO PARRA SUTA⁵ y MARTHA GLADYS VEGA⁶ en realidad nada les consta directamente sobre el vínculo laboral que ató a la demandante con ALBA MARINA PARRA y ALFREDO DIEGO SARMIENTO. El primero, adujo conocer a Gilma porque viven en la misma localidad desde hace más de 40 años y laboran en la misma zona. Dijo, la demandante trabajaba en la Calle 124 11 A -42, lo que sabe porque trabajaba en un edificio ubicado al frente, como conserje, empero, desconoce con quién trabajaba, solo la veía regando unas matas, entrar al edificio y pasear unos niños. En general, no conoce ningún detalle de la relación laboral o las condiciones en que se pactó la misma y aunque afirmó que la demandante trabajó allí hasta septiembre de 2016, ello lo sabe por el comentario que le hizo la propia demandante.

En el mismo sentido MARTHA GALDYS VEGA, aseguró que conoce a la demandante desde hace más de 40 años, que le consta que ella ingresó a laborar en el 98 en un apartamento del Batán y salió en el 2016, porque la deponente trabajaba al frente y compartían transporte en la mañana. Aseveró, sabía que ella trabajaba para Marina Parra y Alfredo Sarmiento porque los veía salir a comprar cosas en los supermercados. Refirió, la demandante laboraba lunes, martes, jueves y sábado y desconoce si trabajaba los demás días en otro lugar; sin embargo, adujo que conocía la situación por lo que le comentaba GILMA CUBILLOS y porque la veía entrar al edificio, desconocía si tenía más empleadores.

Analizados en su integridad los medios de prueba reseñados en precedencia, para la Sala el contrato de trabajo entre la demandante y ALBA MARINA PARRA y ALFREDO SARMIENTO ARANZALEZ, en efecto no finalizó en el año 2013 pues incluso en el año 2014, la señora PARRA realizó pagos a favor de la demandante por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y compensación de vacaciones (folios 183 y 184), precisándose aunque el cálculo allí efectuado es a partir del 15 de enero de 2014 y el pago de prestaciones del año 2013 se realizó hasta el 31 de diciembre de ese año, dicha interrupción no resulta suficiente para considerar la existencia de solución de continuidad en la relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que a la demandante se le

⁵ Audiencia realizada el 15 de diciembre de 2020, récord 07:20 audio 1, CD folio 280.

⁶ Audiencia realizada el 15 de diciembre de 2020, récord 25:58, audio 1, CD folio 280.

calculaban sus acreencias conforme los días efectivamente laborados, dada su contratación por días y que no se alegó en ningún momento por los demandados la interrupción del contrato.

Las pruebas entonces, particularmente la liquidación de folio 183, apuntan a determinar que el contrato aludido finalizó el 20 de diciembre de 2014 y no el 31 de diciembre de 2013 como lo concluyó el juez de primer grado, debiendo por tanto modificarse la sentencia en este aspecto.

Al punto, es importante clarificar, si bien es cierto la señora GILMA CUBILLOS continuó laborando en la casa de los señores PARRA y SARMIENTO entre 2015 y 2016, quien fungió como empleadora de la demandante para tales anualidades fue DIANA SARMIENTO (hija de la pareja), tal como se estableció en la providencia apelada -situación no recurrida en esta instancia-, lo cual guarda correspondencia con el elenco probatorio que da cuenta que ella fue quien asumió el pago de los salarios, prestaciones sociales (folios 129 a 131, 137, 182, 197), afiliaciones y pagos a los sistemas de seguridad social integral (folios 48, 134, 201, 144, 148, 161 a 179, 36 y 37) de la demandante, además, la afilió al fondo de cesantías (folio 204) adelantó trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral (folios 150 y 199 a 200, 148 y 156), entre otros, es decir, ejerció el poder subordinante respecto de la trabajadora.

En esas circunstancias, aunque la misiva de renuncia calendada 26 de septiembre de 2016 fue dirigida a los tres demandados (DIANA, ALFONSO y ALBA MARINA) (folio 55), mismos que de manera conjunta objetaron los motivos consignados en la dimisión (folio 58 y 136) ante la acreditación de la existencia de un vínculo laboral con DIANA SARMIENTO para esa fecha -situación sobre la que no se presentó ningún reparo-, y determinarse que la demandante trabajó en la misma vivienda desde 1998 hasta 2016 de manera continua, ello no implica *per sé* que estas personas en forma concurrente hayan sido sus empleadores por el mismo interregno -2015 a 2016- o que se tratara de relaciones de trabajo independientes con cada uno de ellos en el lapso señalado, situación que era de hecho entendida por la actora como bien lo expuso en el interrogatorio.

En otros términos, no resulta factible concluir que la relación laboral de la convocante con los señores PARRA y SARMIENTO finalizó en la fecha advertida en el libelo introductorio, pues en realidad, el vínculo que feneció a partir de la renuncia presentada por la actora, el 30 de septiembre de 2016, fue el sostenido con DIANA SARMIENTO -según se consignó en la sentencia de primer grado, sobre lo cual no se presentó ninguna objeción-, contratación esta última en virtud de la cual laboró en la vivienda de habitación de los progenitores de esta -ALBA PARRA y ALFONSO SARMIENTO-, prestación que no implica que el contrato laboral se vivió con sus progenitores de manera paralela al declarado con esta o que la inicialmente sostenida por la pareja con la actora se extendió hasta el 2016, ante la imposibilidad de predicar, en este caso, la *coexistencia de contratos* dada la identidad del objeto y horario de ambas relaciones –servicio doméstico para esa familia-.

Respecto a la modalidad en que se ejecutó el contrato, aunque el *a quo* sugirió que se trataba de un contrato a término fijo, lo cierto es que en aplicación del artículo 47 del C.S.T., ante la falta de estipulación de un plazo determinado debe entenderse que el mismo lo fue a término indefinido.

Por otra parte, alega la demandante, en la sentencia de primera instancia no se analizó lo atinente a la relación de trabajo que celebró con MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ, la cual asegura coexistió con la establecida con la pareja SARMIENTO PARRA, pues el juez se limitó a descartar cualquier vínculo con esta partiendo de la base de la inexistencia de solidaridad con ALBA MARINA PARRA y ALFREDO SARMIENTO ARANZALEZ.

Bajo tal orientación, preliminarmente sea del caso acotar, le asiste razón a la actora en la alzada al mencionar que no procuró solidaridad alguna entre los llamados a juicio, encontrándose al revisar el libelo introductor, especialmente al examinar en conjunto los hechos y pretensiones que lo sustentan, lo perseguido en el juicio no es cosa distinta que la declaratoria de existencia del contrato de trabajo con la “*familia Sarmiento*” (ALBA, DIANA Y ALFONSO) y MARTHA LILIA MAYORGA RODRIGUEZ, de manera individual, sin que de los fundamentos y razones de derecho o algún otro acápite de la demanda se invoque la figura de la solidaridad, la cual claramente no se presenta en el asunto de marras entre el

extremo pasivo como quiera no confluyen ninguno de los supuestos previstos en el ordenamiento laboral para su procedencia.

Y es que, no puede olvidarse, en virtud del principio de relatividad de los contratos, las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, no por un tercero, con las excepciones legales consagradas, a manera de ejemplo, en los artículos 34, 35 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo⁷. Es decir, en términos de lógica, no es concebible que una persona sea el empleador, y otra distinta, quien no tuvo injerencia alguna en la contratación, sea quien deba salir a responder por las obligaciones emanadas de dicha relación.

Precisado lo anterior, para solventar tales planteamientos, precisa la Sala, el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que *“un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo”*, advirtiendo, quien pretenda la declaración de coexistencia de contratos de trabajo con varios empleadores, en el caso de que las labores sean de la misma índole, debe realizar una demarcación o identificación clara de los contratos de trabajo ejecutados a cada persona⁸.

⁷ Al tema se puede consultar la sentencia SL7044 de 2017, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

⁸ Así lo refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4682 de 2018, donde reitero la CSJ, SL2650-2018, rad. 57231, que rememoró la decisión CSJ SL, 12 mar. 1992, rad. 4812. En la que se indicó: *“Se afirma lo anterior por cuanto del estudio de las pruebas analizadas no es posible realizar una demarcación o identificación clara de los contratos de trabajo ejecutados por el demandante, como quiera que las labores desempeñadas para las dos sociedades eran de la misma índole y, por tanto, era necesario delimitar la jornada de trabajo dedicada a la prestación del servicio de ambos vínculos, respecto de los cuales se predica su coexistencia. Al efecto se trae a colación la sentencia CSJ SL, 12 mar. 1992, rad. 4812, GJ CCXXII, n.º 2461, pág. 271-285, cuyo texto reza:*

[...] observa la Sala que si bien de ellos, en principio, se podría desprender la existencia de la relación laboral entre las partes -lo que haría viable la casación de la sentencia impugnada- esta Sala de la Corte se encontraría, al actuar en sede de instancia, que no se hallan acreditados los extremos de esa posible vinculación laboral, pues no puede predicarse, como lo hace la censura, que dichos extremos coincidan con los del contrato de trabajo que aquél y Conserva California S.A., por cuanto tal tiempo de servicios debe, en su límites, probarse perfectamente, y ello -se repite- no ocurrió en la litis.

Pero tampoco encuentra la Sala, del estudio probatorio realizado, que en el sub-examinie se diera un deslinde total de los contratos de trabajo del actor, ya que éste no podía, por la índole de la labor que ejecutaba, desempeñar simultáneamente el mismo oficio para las dos entidades en forma independiente, a menos que la delimitación de uno y otro fuera tan contundente que no dejara duda alguna en cuanto a que el trabajo realizado para la una hubiera sido diferente del que prestó para la otra, lo que no ocurrió en el presente caso. (Subraya la Sala)

En lo que atañe a las exigencias para que proceda la coexistencia de contratos, cabe traer a colación lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte en sentencia del 29 de mayo de 2012, radicación 40079, en la que se puntualizó:

“(.....) “Ha de observarse en primer lugar que no obstante el hecho de permitir el ordenamiento laboral la coexistencia de contratos (artículo 26 del C.S.T.), es indudable también que la multiplicidad de compromisos no deben coexistir ‘en la ocasión, momento u oportunidad’, es decir, que las actividades no sean coetáneas o contemporáneas, pues si ello ocurre desaparecería el elemento subordinación.

Debe, entonces, darse un deslinde que sea suficientemente claro, que no deje duda alguna en cuanto a que el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad sean diferentes a las que se ejecutan en la otra función. Si esa separación no se da en forma concreta, puede deducirse razonadamente que la segunda actividad sea una derivación del desarrollo propio de la primera ocupación.

La Jurisprudencia ha expresado sobre el particular que ‘la legislación nacional, ni antes ni después del Código Laboral, no ha sido opuesta a la pluralidad de patronos. No sería lícito aprovechar los servicios de una persona ya obligada con otra, a sabiendas, para luego negarle las garantías y derechos provenientes de su trabajo.’”

Partiendo de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se presenta en efecto, una multiplicidad de compromisos a partir de la relación de trabajo que surge de la prestación del servicio a cada empleador.

Descendiendo al análisis de dicha situación en el examine, se tiene, la demandante asevera que MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ la contrató para prestar sus servicios personales como empleada del servicio doméstico en su vivienda ubicada en la Calle 66 A N° 4 A -48 apto. 201 de Bogotá, el 1 de marzo de 1998, inicialmente por 1 día a la semana en el horario comprendido

Corroboró lo anterior el hecho de no haber reclamado nunca el demandante, a lo largo de la presunta relación, que fue prolongada en el tiempo (más de seis años según lo alegado), los salarios y prestaciones que naturalmente se desprendía de ella.

En consecuencia, si bien la Sala encuentra que existió error por parte del Tribunal al considerar que el actor no probó con suficiencia la ejecución de las funciones consagradas en el otrosí de contrato, las cuales fueron subordinadas, la verdad es que, ese dislate no tiene la entidad suficiente para quebrar la sentencia, como quiera que al no haberse demostrado el deslinde de los contratos de trabajo que no se podían desempeñar simultáneamente, sino en forma independiente, para que no quedara duda que el trabajo realizado para una sociedad era diferente y en distinta jornada del que se prestó para la otra, no resultaba procedente la declaración judicial de la relación laboral en los términos demandados, lo que da al traste con las pretensiones incoadas.”

entre las 9:00 a.m. y las 5:00 p.m. (hechos 1 y 2, folios 3 y 4) vínculo que, sostiene, finalizó el 30 de septiembre de 2016 por renuncia motivada (hechos 41 y 43, folio 7).

Al contestar el escrito introductorio, aunque MAYORGA RODRÍGUEZ negó los supuestos fácticos mencionados (folios 84 a 87), al absolver el interrogatorio de parte⁹ confesó que la demandante prestó servicios a su favor, realizando tareas de oficios varios dos veces por semana en su vivienda –miércoles y otro día que no recordaba-, no recuerda desde que año, pero enfatiza no fue en 1998, vinculación que, asentó, se dio de manera verbal y finalizó por renuncia de la demandante.

Por su parte, la actora en el interrogatorio¹⁰ indicó, con MAYORGA RODRÍGUEZ inició a laborar en mayo de 1998, dos días por semana, miércoles y viernes, horario que asegura, fue consensuado con los señores PARRA y SARMIENTO, empero, precisó, eran viviendas diferentes y en cada una le pagaban de manera individual, de hecho, la remuneración era disímil y se cancelaba por día laborado.

A partir de lo reseñado, y en virtud de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., acreditada como se encuentra la prestación del servicio, posible resulta concluir que entre la demandante y MARTHA LILIA MAYORGA existió un contrato de trabajo.

Ahora, frente a los extremos en que subsistió la misma, como elementos materiales probatorios sobre el particular se incorporaron la comunicación de 26 de septiembre de 2016 signada por GILMA CUBILLOS remitida a MARTHA LILIA MAYORGA bajo el asunto “*renuncia motivada*” (folio 52 y 53) en la que anuncia el retiro de su cargo a partir del 30 de septiembre de ese año, la cual está redactada en idénticos términos a los expuestos ante la familia Sarmiento por la demandante; la misiva de liquidación de prestaciones sociales por terminación de la relación laboral causadas entre enero y septiembre de 2016 (folio 57) y la certificación expedida por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en la que se hace constar (folio 134):

⁹ Audiencia realizada el 15 de diciembre de 2020, audio 2, récord 00:40, CD folio 280.

¹⁰ Audiencia del 14 de julio de 2020, Cd folio 277, audio 2, récord 03:02.

“Verificada la base de datos de la compañía se encontró que la señora GILMA CUBILLOS PEREZ identificada con cédula de ciudadanía No. 51.636.206, trabajador de la empresa MARTHA LILIA MAYORGA RODRIGUEZ está afiliada a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS con tipo de vinculación dependiente desde el 13 de agosto de 2015 con riesgo 1 y se encuentra ACTIVA”

Además, en el reporte de semanas cotizadas en pensiones por GILMA CUBILLOS PEREZ, expedido por Colpensiones y actualizado al 27 de noviembre de 2015 (folios 36 y 37), se avizora el pago de aportes efectuados por MARTHA LILIA MAYORGA RODRIGUEZ a favor de la demandante, para los periodos 201508 y 201509.

A partir de tales medios de convicción, para la Sala, lo aseverado por la demandante en el escrito introductorio, esto es, que la vinculación con la señora MAYORGA inició en 1998 no trascendió al plano probatorio, pues ninguna de las pruebas da cuenta de ello. Nótese, no se logró confesión alguna de la señora MARTHA LILIA en ese sentido pues no recordaba la fecha exacta en que la demandante inició a prestar servicios a su favor pero enfatizó, ello no fue en 1998; adicionalmente, ninguno de los testigos (HORACIO PARRA SUTA y MARTHA GLADYS VEGA) tiene conocimiento de que la actora laborara en lugar distinto al edificio en el que trabajaba los lunes, martes, jueves y sábado sobre el que versó su declaración, que resulta ser, según advirtieron, el lugar de habitación de la familia Sarmiento y no de MARTHA LILIA MAYORGA.

En ese orden, ante la imposibilidad de tener en cuenta para efectos de determinar el extremo inicial del vínculo el interrogatorio de parte de la demandante, en virtud de del principio universal reiterado que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, pues deviene indiscutible no solo la presunción, sino la plena convicción de la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad, el único elemento indiciario de la data de origen del contrato laboral son las certificaciones de afiliación a la ARL y el pago de aportes a pensión (folio 134 y 36), de los cuales se extracta que la relación inició el 13 de agosto de 2015.

Frente al finiquito del vínculo, conforme las misivas de folio 52 y 57, se tiene que el contrato terminó el 30 de septiembre de 2016 y así se declarará.

Como corolario de lo expuesto se tiene entonces que la demandante tuvo los siguientes contratos de trabajo:

- Con ALBA MARINA PARRA y ALFONSO DIEGO SARMIENTO entre mayo de 1998 y diciembre de 2014, por el cual laboraba 4 días por semana (lunes, martes, jueves y sábado)
- Con MARTHA LILIA MAYORGA entre el 13 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2016 para la prestación del servicio doméstico 2 días por semana (miércoles y sábado), que coexistió con el celebrado por la actora con DIANA MARINA SARMIENTO por el cual laboró como empleada de servicio doméstico 4 días a la semana: lunes, martes, jueves y sábado.

Dilucidado lo anterior, se procede al estudio de la procedencia de los conceptos pedidos en la demanda que fueron objeto de alzada, para cada una de las anteriores vinculaciones.

PAGO DE ACREENCIAS LABORALES, APORTES A SEGURIDAD SOCIAL E INDEMNIZACIONES:

Siguiendo las inconformidades planteadas en el recurso por quien promueve la acción, procede esta Corporación a determinar si a la demandante se le adeuda suma alguna por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones que alude impagos por sus empleadores en vigencia del contrato de trabajo respectivo, y que fueron objeto de reclamo en la demanda.

- **CONTRATO CELEBRADO CON ALBA MARINA PARRA Y ALFREDO DIEGO SARMIENTO:**

Acreditada como se encontró la existencia del contrato de trabajo de la demandante con ALBA MARINA PARRA y ALFREDO SARMIENTO, por el lapso comprendido entre el 1 de mayo de 1998 y el 20 de diciembre de 2014, ha de señalarse, en primer lugar, con relación a las cesantías, intereses a las

cesantías, vacaciones y auxilio de transporte rogados en desde el escrito introductor, se tiene que dichos emolumentos le fueron cancelados a la demandante según se advierte de las liquidaciones que militan a folios 24, 186, 25, 187, 26, 188, 27, 189, 28, 190, 29, 180, 191, 30, 192, 31, 32, 33, 34, 183 y 185, para las anualidades 1999 a 2014, dineros que la demandante acepta en el interrogatorio haber recibido, no encontrándose acreditado pago respecto de las acreencias causadas en el año 1998, mismas que se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo¹¹, como quiera que la demanda fue interpuesta el 13 de diciembre de 2016 (folio 59) con excepción de las cesantías que se hicieron exigibles al momento del finiquito del vínculo y por ende no están afectadas por la prescripción.

No obstante lo anterior, debe puntualizarse frente a las **cesantías** que en los términos del artículo 254 del C.S.T.¹² los pagos parciales, antes de la terminación del contrato de trabajo, no están permitidos, salvo en casos expresamente autorizados, actuar que conforme dicha preceptiva es sancionado con la pérdida de lo pagado.

Bajo ese contexto, aunque los demandados efectuaron pagos a favor de la trabajadora a título de cesantías a la trabajadora, ello fue en contravención de la disposición mencionada en tanto se liquidaban anualmente y no a la finalización del contrato, lo que conlleva consecuentemente a que pierdan lo pagado por este concepto y que deba imponerse la cancelación de estas por el tiempo que duró la relación laboral, las cuales se hicieron exigibles a la finalización del vínculo y no se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo dada la presentación oportuna de la demanda, con excepción claro está, de las cesantías de 2014, las cuales atendiendo el finiquito del vínculo, debían ser canceladas directamente a la trabajadora, como así ocurrió.

En ese orden, atendiendo que no se acreditó el salario devengado en 1998 se tomará como base para la liquidación el mínimo legal diario vigente para esa

¹¹ Medio exceptivo propuesto por los demandados oportunamente (folio 112 y 125) se tuvo por contestada la demanda por parte de ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALES por auto del 23 de agosto de 2017 (folio 114) y de ALBA MARINA PARRA mediante auto del 19 de junio de 2018 (folio 218).

¹² **ARTICULO 254. PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES.** Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.

anualidad más el auxilio de transporte diario (\$6.794,2¹³ + \$690¹⁴) –dada su vinculación como trabajadora por días- y la cantidad de días laborados, que según se ilustró, eran 4 por semana, que equivalen a 16 al mes. Para las anualidades subsiguientes, se tendrá en cuenta el salario y días estimados en las liquidaciones realizadas por los empleadores (folios 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 183, 185 y 193).

Así, los señores PARRA y SARMIENTO adeudan a la demandante por concepto de cesantías la suma de **\$4.339.831,47**¹⁵, por lo que se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en este punto.

En cuanto a la dotación (artículo 230 del C.S.T.), resulta que su reclamo no procede a la terminación del contrato de trabajo, sino durante su vigencia, siendo posible peticionar frente a este aspecto únicamente la indemnización por el daño causado ante el incumplimiento del empleador de sus obligaciones legales. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte, al considerar:

“No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia

¹³ \$203.826 / 30 = \$6.794,2

¹⁴ \$20.700/30 = \$690

¹⁵

Año	Días efectivamente laborados	Salario base de liquidación (incluido aux. transporte)	Días vigencia contrato	Cesantías
1998	128	\$ 119.747,20	240	\$ 79.831,47
1999	144	\$ 216.000	360	\$ 216.000,00
2000	144	\$ 216.000	360	\$ 216.000,00
2001	144	\$ 216.000	360	\$ 216.000,00
2002	104	\$ 160.000	360	\$ 160.000,00
2003	106	\$ 160.000	360	\$ 160.000,00
2004	104	\$ 160.000	360	\$ 160.000,00
2005	104	\$ 160.000	360	\$ 160.000,00
2006	106	\$ 200.000	360	\$ 200.000,00
2007	106	\$ 216.000	360	\$ 216.000,00
2008	157	\$ 360.000	360	\$ 360.000,00
2009	156	\$ 360.000	360	\$ 360.000,00
2010	156	\$ 396.000	360	\$ 396.000,00
2011	158	\$ 420.000	360	\$ 420.000,00
2012	153	\$ 420.000	360	\$ 420.000,00
2013	208	\$ 600.000	360	\$ 600.000,00
TOTAL CESANTÍAS				\$ 4.339.831,47

del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar...” (CSJ, Sentencia del 15 de abril de 1998. Rad. 10400. M. P. Dr. Francisco Escobar Henríquez).

Frente a este punto igualmente esa Corporación en sentencia SL4208 del 5 de septiembre del 2017, indicó:

“Frente a las dotaciones no suministradas, cabe recordar lo explicado en decisión CSJ SL 20 feb 2013, rad. 42546 en la que se indicó:

Dotaciones no suministradas:

En relación con esta prestación social ha sido criterio de la Corte que “El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada (...). (Sentencia de 15 de abril de 1998, rad 10400).

En consecuencia, se absolverá sobre esa súplica.”

Según se ha citado, existe la posibilidad de indemnizar los perjuicios por la no entrega de las dotaciones una vez se establezca que estas efectivamente no fueron entregadas, como se colige en el presente caso; no obstante, como la accionante no solicitó perjuicios no dirigió su actividad probatoria a ese fin y por consiguiente, la pretensión esta llamada a fracasar.

En lo que atañe a los aportes a seguridad social, sobre los que además versa la alzada de la pasiva, con ocasión del contrato de trabajo que la vinculó del 1 de mayo de 1998 al 20 de diciembre de 2014 a los esposos Sarmiento Parra, claro resulta, durante dicho interregno la trabajadora no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, situación que a juicio de estos demandados se soporta en dos razones: i) el hecho de que la demandante se encontraba percibiendo una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, la cual fue reconocida mediante Resolución 07459 de 19 de noviembre de 1986 (folio 21) y ii) la ausencia de regulación frente al pago de las cotizaciones de trabajadores por días.

Sobre el particular, en primer lugar recuerda la Sala, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 (norma anterior a la vinculación de la demandante) son afiliados obligatorios “*todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo*”, entre los cuales, desde luego, se encuentra aquellos trabajadores que prestan sus servicios en labores domésticas, sin que en dicha disposición se prevea excepción alguna en la afiliación por ostentar la condición de pensionado por sobrevivencia, prestación que, de hecho, resulta compatible con la pensión de vejez la cual podría ser reconocida al afiliado si acredita los presupuestos para acceder a la misma.

En esos términos, la razón aludida por los encartados no tiene la entidad suficiente para excusarlos de sus obligaciones patronales.

Tampoco es acertada la insinuación que se efectúa frente la ausencia de regulación en la materia o la inexistencia del deber del empleador de afiliar a la aquí demandante por ser una trabajadora del servicio doméstico que no labora la jornada completa, pues esta obligación se originó con la Ley 11 de 1988 y el Decreto Reglamentario 824 de 1988, normativa última que en su artículo 6º establece:

“Artículo 6º La afiliación de los trabajadores del servicio doméstico es obligatoria y se efectuará por solicitud expresa y personal del patrono o de la entidad agrupadora, según el caso, conforme formatos que para el efecto suministre el Instituto.

Cuando se trate de un trabajador bien "interno" o bien "por días" al servicio de un solo patrono, la afiliación será individual a través de dicho patrono.

Cuando el trabajador sea "por días" al servicio de varios patronos, la afiliación se efectuará a través de una entidad agrupadora.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Adicionalmente, en aparte alguno de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 o el Decreto 2616 de 2013, se consagra la exoneración de la afiliación al sistema de seguridad social de este tipo de trabajadores con jornada laboral parcial.

Según el marco normativo existente, entratándose de trabajadores del servicio doméstico que laboren por días para distintos empleadores, como es el caso, el

artículo 3 de la Ley 11 de 1988 prevé que “cotizarán por intermedio de todos ellos sobre el salario en dinero devengado con cada patrono”, alternativa que permanece incólume aun en vigencia del sistema integral de seguridad social, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, con la precisión de que la cotización ya no tiene como piso el 50% del salario mínimo legal vigente, sino el 100%, dada la prohibición de cotizar al sistema por debajo del SMLMV. En esos términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al señalar:

“Es más, resulta oportuno recordar, si las empleadas del servicio doméstico que laboran por días con diferentes empleadores y con cada uno de ellos devengan un salario inferior al mínimo mensual legal vigente, que desde luego no es el evento bajo estudio, no quedaron por fuera de tener el derecho a ser afiliadas a la seguridad social; pues como también ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala de la Corte y hoy lo reitera, tales trabajadores que laboren por días con distintos empleadores, éstos deben cotizar al sistema de seguridad social conforme a los días laborados con cada uno de ellos, sólo que ya no lo harán con fundamento en el salario en dinero pagado al trabajador (a) del servicio doméstico por cada uno de ellos, que en ningún caso podía ser inferior al 50% del SMLMV, como lo decían los artículos 1º y 3º de la citada Ley 11 de 1988, sino que deberán ahora efectuar los aportes con base en el salario mínimo mensual legal vigente. Así las cosas, en caso de percibir el trabajador un salario inferior al SMLMV, debe cotizar como mínimo sobre dicho tope, tal como lo estableció claramente el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, cuando al efecto señaló «En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente» (Sentencia CSJ SL2352-2018, rad. 63508). Con mayor razón, los trabajadores del servicio doméstico que reciban menos del salario mínimo y trabajen de manera continua con el mismo empleador les asiste el derecho a ser afiliados.” (SL2348-2019)

De ahí que a cada empleador solo deba responder por el aporte a su cargo, conforme a la remuneración pactada y el periodo laborado, y debido a esto, aunque el apoderado en la alzada considera que deben extenderse los efectos de la condena a la otra persona que integra el contradictorio –bajo el escenario de coexistencia de ambas relaciones laborales, que no se halló demostrada frente a estos empleadores–, lo cierto es que, a juicio de la Corte “*en manera alguna, puede pensarse que los mecanismos previstos en la Ley 11 de 1988 y sus decretos reglamentarios, para la realización de aportes en favor de trabajadores del servicio doméstico, pueden representar la fuente de la responsabilidad que el Tribunal puso en cabeza de los empleadores demandados. Como lo anota la censura, dichas disposiciones no tienen el*

alcance de convertir a los múltiples empleadores en un único empleador, para todos los efectos, ni de homologar o acumular los diversos plazos contractuales para acceder a las diferentes prestaciones del sistema”¹⁶.

Bajo tal estructura, esa Corporación estimó, en la sentencia SL 1247 de 2020 también que

“(…) dicho panorama no varía en la forma en que lo entendió el juzgador de la alzada, por las omisiones que pudieron presentarse de cara a la realización del aporte de cada empleador a través de la «entidad agrupadora» a que hacía referencia el Decreto 824 de 1988, pues ante el incumplimiento de uno o de todos los aportantes y en vista de la imposibilidad de recibir pagos parciales «por concepto de aportes patrono - laborales correspondientes a un mismo ciclo», según lo previsto en el artículo 17 de dicha norma, lo que emerge es que las obligaciones de aquellos en favor de su trabajador, en materia de seguridad social, subsisten en lo que concierne a cada vínculo laboral, tal como se precisó al hacer referencia al principio de relatividad de los contratos; con mayor razón, cuando está demostrado en el proceso que se trató de la omisión del deber de afiliación al sistema por parte de cada uno de los demandados, que no del incumplimiento en el pago de aportes a cargo de uno u otro empleador.

Además de ello, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008¹⁷ y 32179 del 27 de enero de 2009¹⁸, es

¹⁶ SL1247 de 2020.

¹⁷ “De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas”.

¹⁸ En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que “ ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.(El subrayado es de la Sala).

evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante.

En suma, los demandados ALBA MARINA PARRA y ALFONSO SARMIENTO estaban en obligación de afiliar a la demandante al sistema general de seguridad social en pensiones y efectuar el pago de los aportes correspondientes por el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, por lo que se confirmará parcialmente la decisión de primer grado en este punto, modificándola en el sentido de establecer que el cálculo actuarial deberá realizarse por la entidad pensional a la que se encuentre afiliada la actora, la cual según lo acreditado en autos para el 2015 era COLPENSIONES (folios 36 y 37) por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1998 y el 20 de diciembre de 2014, precisándose, conforme la normatividad reseñada, deberá tenerse en cuenta los días efectivamente laborados y que en ningún caso el ingreso base de cotización empleado para el cálculo podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

En lo concerniente a la sanción por no consignación de las cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹⁹ pertinente es recordar, esta tiene origen en el incumplimiento del empleador respecto de las obligaciones con su trabajador y su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador, ello significa que debe analizarse si su actuar estuvo desprovisto de buena fe, es decir, si tuvo la intención de desconocer abiertamente los derechos de su trabajador.

Conforme la regulación de la materia, las cesantías que debieron consignarse al fondo a más tardar el 14 de febrero siguiente a la anualidad de causación, sin

¹⁹ “Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características

(...)

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

embargo, de acuerdo a las liquidaciones acopiadas en autos las mismas fueron entregadas directamente a la trabajadora año a año (folios 22, 23, 24, 25, 187, 26, 188, 27, 189, 28, 190, 29, 180, 191, 30, 192, 31, 193, 32, 196, 33, 195, 34, 183 a 184 y 185), actuación esta que a juicio de la Sala no está provista de mala fe, pues como empleadores cumplieron con la carga de cancelar dicha prestación a la trabajadora, aunque de manera irregular. Adicionalmente, la actitud de estos empleadores no da cuenta de la intención de desconocer sus obligaciones patronales, pues por el contrario se encuentra satisfecho el pago a la demandante.

En esa orientación, no resulta entonces posible imponer el pago de una sanción a los demandados cuando cumplieron de buena fe con las obligaciones que le impone la Ley.

En otro giro, en lo que toca a la indemnización por despido indirecto pretendida por la convocante, baste con señalar que tal como se determinó en precedencia, el contrato suscrito con ALBA MARINA PARRA y ALFONSO DIEGO SARMIENTO finalizó el 20 de diciembre de 2014, sin que para esa fecha se hayan acreditado las razones de dicha de terminación o el despido por parte de la empleadora, que la hicieran acreedora de la sanción que reclama. Habiéndose terminado el contrato en fecha anterior a la contenida en la misiva de dimisión (folio 55), no resulta posible analizar las razones allí plasmadas para poner fin a un contrato que ya había perdido vigencia.

- CONTRATO CELEBRADO CON MARTHA LILIA MAYORGA RODRIGUEZ:

Frente a este aspecto, y considerando que la relación laboral se encontró acreditada por el interregno comprendido entre el 13 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2016, de acuerdo con la documental obrante en el expediente, se advierte a folio 57 comunicación dirigida a la demandante, signada por MARTHA LILIA MAYORGA, con el asunto "*liquidación definitiva de prestaciones por terminación de la relación laboral (periodo enero a septiembre de 2016)*" en la que, entre otras, se señala:

“(…) Conforme a lo anterior, me permito informarle que la liquidación definitiva de las prestaciones sociales que le corresponden por la terminación de la relación laboral (periodo enero a septiembre de 2016), fue consignada al Banco Agrario y asignada por reparto al Juzgado 1 Laboral de la ciudad de Bogotá”

Pese lo allí enunciado, en el plenario no hay prueba alguna que soporte tales circunstancias, ni de los valores consignados a favor de la demandante, así como tampoco, de ninguna de las acreencias cancelados a esta en vigencia de la relación laboral, advirtiéndose una inactividad probatoria por parte de esa demandada en aras de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones patronales, lo cual impone impartir condena en su contra por las acreencias adeudadas a la trabajadora.

Con tal propósito, precisa esta Corporación, entratándose de trabajadores que laboran por días, para efectos de realizar el cálculo de las prestaciones adeudadas se toma en consideración la vigencia del contrato, variando únicamente en relación al salario mensual tomado en consideración, el cual se obtendrá de multiplicar el número de días laborados en el mes por la remuneración del día de trabajo, en otros términos, se tiene que las fórmulas y el procedimiento a aplicar son las mismas empleadas para los trabajadores que laboran el mes completo, lo que cambia es sólo el salario base que dependerá de los días efectivamente laborados en el mes.

Precisado ello, efectuados los cálculos aritméticos correspondientes, teniendo en cuenta el salario mínimo legal diario vigente para las anualidades 2015 - \$ 21.478,33²⁰ y 2016²¹ -\$ 22.981,83-, dada la ausencia de prueba con relación a la remuneración cancelada a la trabajadora anualmente y que la demandante laboraba al servicio de la señora MAYORGA dos días a la semana, se concluye, esta adeuda le adeuda las siguientes sumas y conceptos:

Cesantías 2015 y 2016	\$ 203.247,18
Intereses a las Cesantías 2015 y 2016	\$ 15.348,31
Vacaciones 2015 y 2016	\$ 101.623,59
Subsidio de transporte 2015 y 2016	\$ 285.146,67

²⁰ Salario mínimo 2015 \$644.350 / 30 = \$ 21.478,33.

²¹ Salario mínimo 2016 \$689.455 / 30 = \$ 22.981,83

TOTAL \$ 630.148,86²²

En lo atinente al pago de aportes a seguridad social, de la forma como se explicó ampliamente en apartados anteriores, la señora MAYORGA estaba en obligación de afiliar a la trabajadora hoy demandante y efectuar las cotizaciones al sistema de pensiones, sin que al caso interese el que la actora laborara solo por dos días a la semana y percibiera menos de un salario mínimo mensual.

No obstante lo anterior, en autos dicha obligación se acreditó satisfecha solo de manera parcial en tanto la demandada solo cotizó para los periodos 201508 y 201509 (folios 36 y 37), encontrándose, según las probanzas y la ausencia de novedad de retiro, en mora del pago de los periodos comprendidos entre 201510 y 201609 y, en esa medida, se ordenará la cancelación de dichos aportes con los intereses respectivos, sobre la base de un salario mínimo mensual –dada la ausencia de demostración de la remuneración percibida por la actora- y en proporción a los días efectivamente laborados al servicio de la empleadora.

22

Inicio contrato	13/08/2015	31/12/2015				
Fin contrato	30/09/2016	1/01/2016				
Total días vigencia	407					
Días laborados a la semana	2					
Días laborados al mes	8					
	2015	2016				
Días vigencia contrato por año	138	269				
Días efectivamente laborados	40	72				
Salario diario	\$ 21.478,33	\$ 22.981,83				
Aux. Transporte diario	\$ 2.466,67	\$ 2.590,00				
Año	Días laborados	Salario mensual	Cesantías	Intereses a las Cesantías	Vacaciones	Auxilio de Transporte
2015	138	\$ 171.826,67	\$ 73.431,33	\$ 3.377,84	\$ 32.933,44	\$ 98.666,67
2016	269	\$ 183.854,67	\$ 152.862,74	\$ 13.706,69	\$ 68.690,15	\$ 186.480,00
SUBTOTAL			\$ 226.294,07	\$ 17.084,53	\$ 101.623,59	\$ 285.146,67
TOTAL			\$ 630.148,86			

Con relación a las dotaciones, atendiendo las mismas consideraciones efectuadas con relación al contrato de trabajo que existió con los señores PARRA y SARMIENTO, no procede el pago de este concepto.

Ahora, frente a la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías, a riesgo de ser reiterativos se señala, las indemnizaciones contempladas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990, no proceden de manera automática, sino que ha de analizarse el elemento de la buena o mala fe, examinando la situación específica del mismo en cada caso²³.

No obstante, en el sub examine, la demandada no aludió a circunstancia alguna que explicara la omisión en el pago de las prestaciones causadas a favor de la demandante en vigencia de su contrato de trabajo, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actora y consignar las cesantías en un fondo, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, pues ni una sola justificación se presentó respecto al incumplimiento de sus obligaciones patronales.

En esas circunstancias, habrá de revocarse la sentencia en este aspecto, para en su lugar condenar a la convocada a juicio al pago de la indemnización moratoria, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del C.S.T. se cancelará a razón de un día de salario por día de retardo a partir del día siguiente a la finalización del vínculo contractual acaecido el 30 de septiembre de 2016, hasta que se verifique el pago de la obligación, advirtiendo en este punto esta Corporación, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia

²³ "...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)."

en su Sala de Casación Laboral, en sentencias SL 981-2019, Rad. 74084²⁴ del 20/02/2019 y SL2584-2019, Rad.74357²⁵ del 3 de julio de 2019, este lapso se

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) que el contrato de trabajo se ejecuta todos los días, desde su inicio hasta su finalización, incluyendo días de descanso obligatorios y festivos;
- (ii) por lo anterior, algunos plazos en días referidos al contrato de trabajo en los cuales la ley no califica si son hábiles o calendario, deben entenderse corridos;
- (iii) en tal orden de consideraciones, el plazo de 90 días, precisamente establecido para la liquidación del contrato de trabajo, es calendario;
- (iv) las reglas civiles de cómputo de plazos no son compatibles con la lógica del contrato de trabajo; luego, deben aplicarse con el cuidado de no confundir la contabilización de los términos²⁴ con el cómputo de los tiempos de servicio, los plazos de vigencia de los contratos y los otorgados para la realización de ciertas actuaciones relativas al contrato de trabajo (preaviso de 30 días de terminación de contrato a término fijo; aviso de 15 días para el despido por las causales 9 a 15 del literal a), artículo 62 Código Sustantivo de Trabajo; 90 días para la liquidación del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales según el Decreto 797 de 1949, entre otros).

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

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

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

Además, en cuanto a la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se accederá a la pretensión respectiva, toda vez que las cesantías que corresponden al año 2015 debieron ser consignadas por la enjuiciada a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, por lo que a partir de un día después a tal fecha y hasta la terminación del contrato, esto es, 30 de septiembre de 2016, se causará tal indemnización. A partir de la ocurrencia de tal evento, se aplicará aquella de que trata el art. 65 del CST.

Lo anterior obedece a que, en criterio de la Sala, no resulta procedente imponerle al empleador y de manera simultánea, el pago de dos sanciones como lo serían la del artículo 99 de la Ley 50 y la del artículo 65 del C.S.T., por lo que a la terminación del contrato únicamente concurre ésta última, posición que ha sido respaldada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras, en la sentencia con radicación no. 37.766 de 6 de mayo de 2010, en la cual enseñó:

“Sumado a lo anterior, es conveniente aclarar que, tal como se advirtió al resolver el cargo, existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera solo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado.

“Es importante advertir y reiterar que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los

²⁵ “Así, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo terminó el 30 de junio de 2012, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente, día a día, (CSJSL981-2019) término que se cumplió el 28 de septiembre de la misma anualidad. Por lo anterior, y sobre un último salario de \$1.842.345 (f.º 71), se condenará al Instituto a pagar \$61.411.5 diarios, a partir del 29 de septiembre de 2012.”

términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del C.S. T, pues aquella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de cuando fenece. Es que no puede decirse que si por no pagar la totalidad de la cesantía, por la cual se impone una indemnización (art. 65 C.S.T.), pueda seguir corriendo aquella que viene derivada de la falta de consignación de una parte de dicha cesantía. (art.99 Ley 50 de 1990).

“Este raciocinio resulta lógico en la medida en que se cometería una grave injusticia con el empleador si las dos sanciones moratorias corrieran aparejadas o al mismo tiempo, ya que la sanción que el legislador previó fue la de imponer un día de salario para ambos casos desde el momento de su incumplimiento, pero no la de dos días de salario por día de retardo, porque en este caso, sin duda alguna, resulta atentándose contra la finalidad del Código Sustantivo del Trabajo, cual es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. (Art. 1º C.S.T.).”

En consecuencia, realizados los cálculos de rigor a razón de un salario mínimo legal diario, por cada día de retraso hasta la fecha de finalización del vínculo, se obtiene como valor de la mentada sanción la cuantía de **\$4.832.625,00²⁶**.

Frente a la pretendida indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., procederá la Sala a verificar si la relación de trabajo finiquitó por causas imputables al empleador y, en esa medida, si hay lugar a imponer a cargo de la pasiva el pago de la misma.

En ese orden, conviene memorar, de acuerdo con la disposición en mención, *“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.

Entratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador(a) demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva

26	Sanción por no consignación de las cesantías.	15/02/2016	30/09/2016	225	\$	4.832.625,00

de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo²⁷.

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*²⁸, ello en armonía con el párrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador(a) demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de

²⁷ Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: *“En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”*(Negrilla de la Sala).

²⁸ Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006

“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”

“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”

dimisión²⁹, pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos³⁰.

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada de la demandante y para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual la actora dio terminación al contrato de trabajo (folio 52), en la cual expresó:

“(…)

GILMA CUBILLOS PEREZ, identificada con la cedula de ciudadanía 51.636.206 de Bogotá, mediante la presente misiva, presento ante usted RENUNCIA MOTIVADA al cargo de servicios generales - oficios varios que vengo desempeñando, toda vez que en la actualidad me encuentro atravesando por graves quebrantos en mi salud en la medida que padezco lumbalgia, artrosis de cadera y de columna, síndrome del túnel carpiano, ruptura del manguito rotador y un quiste óseo en el brazo; enfermedades que he contraído a causa de la labor para la que fui contratada por usted y que por negligencia de usted como empleador, no he contado con el debido acompañamiento de la ARL a efecto de tratar mis dolencias y a su vez establecer las recomendaciones pertinentes para la prestación de mis servicios personales.

En igual sentido motivo la presente renuncia por la sustracción de sus deberes legales de afiliarme y por ende cotizarme al sistema de seguridad social integral durante la vigencia de la relación laboral, esto es desde hace más de 18 años de labor ininterrumpida. Si bien, vengo percibiendo una pensión de sobrevivientes, en su momento les manifesté que esta no es incompatible con una pensión de vejez, por lo que su omisión además de perjudicarme atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema desfalcando, reitero que por las ligerezas con las que se ha tratado este tema de vital importancia se ve truncado el derecho que me asiste a una prestación jubilatoria.

En igual sentido, durante la vigencia de la relación laboral usted no me consignó las cesantías al fondo creado para al fin, no me ha cancelado los intereses de las

²⁹ Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

³⁰ SL 417 de 2021: “Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”

mismas, no me han pagado vacaciones, para este año no se me reconoció la prima de servicios a la que tengo derecho por ley; subsidio de transportes y dotaciones, omisiones que derivaron en perjuicios como es no poder realizar mejoras locativas en mi vivienda, no acceder a subsidios para la misma, no pude acceder a estudios técnicos ni profesionales pese a que en reiteradas ocasiones les solicite cancelarme tales conceptos y que se me afiliara al sistema de seguridad social integral.

Respetada señora usted incumplió con sus deberes legales consagrados en el artículo 57 del código sustantivo del trabajo, situación que deriva en las consecuencias consagradas en el literal B del artículo 62 de ese mismo cuerpo normativo en consonancia con lo preceptuado en el artículo 28 de la ley 789 de 2002, que reformo el artículo 64 de la norma sustantiva laboral, por lo que dando alcance a lo normado en el artículo 66 del ya mencionado estatuto laboral sustancial me veo en la obligación de motivar por cuanto mi moral se encuentra quebrantada por la forma en la que he sido tratada además de las omisiones que advierto.

Por lo anterior, reitero mi decisión de dar por terminado mi vínculo contractual laboral por lo que hare entrega del puesto de trabajo el día 30 de septiembre de la presente anualidad.”

Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por la actora en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo en síntesis hacen referencia a los constantes incumplimientos de su deber legal como empleadora y la ausencia de acompañamiento en el tratamiento de sus patologías.

Frente al recibo de dicha comunicación y los motivos expuestos en la dimisión, se pronunció la señora MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ mediante escrito del 11 de octubre de 2016 (folio 57), así:

“Señora Cubillos Pérez

De acuerdo con la comunicación que usted envió por correo certificado a mi domicilio, la cual fue recibida el martes 27 de septiembre de 2016, usted presentó renuncia motivada como empleada del servicio doméstico labor que usted realizaba en mi casa durante dos (2) días a la semana. Me parece importante señalar que las motivaciones allí presentadas por usted no corresponden a la realidad.

De otra parte, quiero dejar constancia de que usted no se hizo presente para realizar sus actividades en los dos (2) días correspondientes a la última semana del mes de septiembre (es decir, el miércoles 28 y el viernes 30 de septiembre de 2016) pese a que su renuncia estaba establecida en dicha carta a partir del 30 de septiembre del corriente.

Conforme lo anterior, me permito informarle que la liquidación definitiva de las prestaciones sociales que le corresponden por la terminación de la relación laboral (periodo enero a septiembre de 2016), fue consignada en el Banco Agrario y asignada por reparto al Juzgado 1 Laboral de la ciudad de Bogotá”

Atendiendo los términos de la renuncia, pertinente es anotar, con relación al *incumplimiento sistemático* la Corte, al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, la cual está descrita en idénticos términos a la prevista en el numeral 6 del literal b) del artículo 62 del C.S.T. que es la aplicable al asunto, en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo “*sistemático*”, en sentencia del 6 de jun. 1996 radicación 8313, reiterada en la SL5667 de 2018 puntualizó:

“(…) Considera oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir”

Además, cabe recordar que ante conductas continuadas, como lo es el impago prestaciones sociales y demás acreencias laborales en vigencia de la relación laboral, situación a la que aludió la demandante en la misiva de renuncia, la Alta Corporación de esta jurisdicción ha considerado que la tolerancia del trabajador frente a un incumplimiento sistemático o prolongado, que se mantienen hasta el final de la relación, no obstaculiza su alegación como causa justificativa de la ruptura del nexo contractual.

Sobre ese tópico, en sentencia SL11253 de 2015, asentó:

“Por otra parte, para ahondar en razones, la fundamentación dada para invocarla no es exacta, por cuanto las causas comprobadas atribuibles al empleador que llevaron al extrabajador a renunciar no solo fueron que lo hayan dejado sin funciones, sino el trato degradante propiciado al rebajarle su jerarquía y desmejorarle su puesto de trabajo, condiciones estas que, conforme a la establecido por el tribunal, permanecieron hasta el final de la relación, por tanto, a pesar de que el demandante toleró la situación por cerca de dos años, no incurrió en yerro fáctico evidente el ad quem al no deducir de tal situación la falta de inmediatez, pues en ningún momento puede predicarse que su paciencia se debió a que hubiere consentido o condonado el mal trato recibido, sino que lo hizo porque no tenía otra

alternativa más a la de seguir laborando para la empresa, por su condición de asalariado.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así pues, no es cualquier incumplimiento el que justifica el despido, se requiere que éste sea sistemático, es decir, que sea regular, periódico o continuo, que apunte a demostrar la conducta o el propósito de incumplir.

Considerando tal estructura, realizado el análisis íntegro del material probatorio recaudado en autos, puede la Sala establecer que las razones en las cuales la demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo se encuentran acreditadas, ante la ausencia de pruebas en el expediente que den cuenta que la demandada MARTHA LILIA MAYORGA cumplió con todas sus obligaciones en vigencia de la relación laboral que la ató con la demandante.

Y es que los motivos de la dimisión se trataban de negaciones indefinidas que a voces del artículo 167 del C.G.P. no requieren prueba y, en ese orden, de acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba, el peso probatorio se invirtió, correspondiéndole en este caso a la demandada probar el supuesto de hecho contrario, esto es, que sí cumplió de manera periódica con sus obligaciones legales y contractuales, lo cual no ocurrió.

En los términos analizados, procede el pago de la indemnización por despido indirecto en suma de **\$779.313,97**³¹ a favor de la convocante del juicio, y así se dispondrá.

Habiéndose accedido al pago de la sanción moratoria, improcedente resulta condena alguna por la indexación rogada.

Por lo hasta aquí discurrido, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto absolvió de todas las pretensiones incoadas contra MARTHA MAYORGA, para en su lugar impartir condena por los conceptos y cuantías anotadas.

Total vigencia contrato	407
Último salario diario (2016)	\$ 22.981,83
CÁLCULO INDEMNIZACIÓN ART. 64	
1er año (30 días salario)	\$ 689.455,00
2do año o proporcional (3,91 días de salario)	\$ 89.858,97
³¹ TOTAL INDEMNIZACIÓN	\$ 779.313,97

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Persigue la demandante el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aspiración que se analizará de manera conjunta frente a las dos vinculaciones laborales discutidas, por encontrar soporte en los mismos supuestos fácticos.

Memora la Sala, la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 26, señala: *“Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por la convocante, dictadas por la Corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de

discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, **quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.**

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

e) Radicado SL2841 de 2020:

“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha

normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.

Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.

(....)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a

través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En esta dirección, de los medios de convicción acopiados en autos, a juicio de esta Sala no se logra establecer que para la fecha de terminación de los vínculos laborales -20 de septiembre de 2014 (con la pareja SARMIENTO PARRA) y 30 de septiembre de 2016 (con MARTHA MAYORGA), respectivamente- la demandante se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues en aras de acreditar la condición alegada solo se incorporó copia de la historia clínica de la asistencia a consulta el 22 de julio de 2016 (folio 43), y aunque es posible determinar a partir de ella que estaba diagnosticada con síndrome del túnel carpiano y síndrome del manguito rotatorio (folio 43) de allí no se logra acreditar de manera alguna que para las mencionadas calendas se encontrara en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud y aunque eventualmente pudo haber requerido tratamiento especializado para su padecimiento, ello no la ubica per sé en un estado de “*discapacidad relevante*”³², en tanto no se acreditó que esta patología le generara una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas por sus empleadores, pues no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades de las que se pudiera inferir que para la demandante no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones, además, que estas fueran del conocimiento de sus patronos como quiera no exista prueba de la cual pueda extraerse dicha circunstancia. Se reitera “*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su*

³² SL2841 de 2020.

*condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*³³.

Enfatiza la Sala, ningún medio de prueba se incorporó al plenario tendiente a acreditar que su afectación de salud, a la fecha de terminación de los contratos de trabajo respectivos, le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”³⁴, advirtiendo, ello no puede extractarse de los interrogatorios de parte absueltos por las demandadas en tanto nada se dijo sobre el particular, ni de los testigos decretados y practicados como prueba pues su declaración no versó sobre ese tópico.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección prevista en dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras independientemente de si el vínculo terminó, para este caso, por causas atribuibles al empleador, porque como quedó analizado, para ese momento la demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se negará el pago de la perseguida indemnización.

Finalmente, valga insistir, aunque el juzgador encontró acreditado el vínculo de DIANA MARINA SARMIENTO PARRA con la demandante entre mayo de 2015 y septiembre de 2016 la absolvió por encontrar satisfecho el pago de todas las acreencias laborales a favor de la trabajadora, situación ésta sobre la que no hubo reparo alguno en la apelación, y en esa medida, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno sobre el particular en esta instancia.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, se adicionará y modificará el numeral primero de la sentencia de primer grado para declarar la existencia del contrato, precisar los términos en los que debe

³³ SL 12998-2017.

³⁴ Corte Constitucional T-041 de 2019.

cancelarse el cálculo actuarial a cargo de ALFREDO SARMIENTO Y ALBA PARRA, y condenarlos al pago de las cesantías causadas en vigencia de la relación laboral a la trabajadora, y se revocará parcialmente en cuanto absolvió de todas las pretensiones incoadas contra MARTHA LILIA MAYORGA, para en su lugar impartir condena por los conceptos y cuantías anotadas.

COSTAS en esta instancia a cargo de los demandados ALBA MARINA PARRA y ALFONSO DIEGO SARMIENTO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, el cual para todos los efectos quedará del siguiente tenor:

*“**DECLARAR** que entre GILMA CUBILLOS PEREZ y los señores ALBA MARINA PARRA y ALFONSO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ existió un contrato de trabajo para la prestación del servicio doméstico por días, a término indefinido, entre el 1 de mayo de 1998 y el 20 de diciembre de 2014. En consecuencia **CONDENAR** a estos demandados a pagar a favor de la actora el cálculo actuarial que para el efecto expida la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, por los aportes a pensión causados en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1998 y el 20 de diciembre de 2014, atendiendo el tiempo efectivamente laborado, precisándose, el IBC empleado para el cálculo respectivo en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente”*

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia de primer grado, para en su lugar **CONDENAR** a ALBA MARINA PARRA GIRALDO y ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ a pagar a favor a la demandante la suma de **\$4.339.831,47** por concepto de cesantías causadas entre 1998 y 2013, conforme las consideraciones vertidas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá en cuanto absolvió a MARTHA LILIA MAYORGA y, en su lugar, **DECLARAR** que entre GILMA CUBILLOS PEREZ y MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ existió un contrato laboral para la prestación del servicio doméstico por días, entre el 13 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2016, el cual terminó por razones imputables a la empleadora.

CUARTO: CONDENAR a MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ a pagar a favor de la demandante GILMA CUBILLOS PEREZ, las siguientes sumas y conceptos:

- Cesantías	\$ 226.294,07
- Intereses a las Cesantías	\$ 17.084,53
- Vacaciones	\$ 101.623,59
- Auxilio de Transporte	\$ 285.146,67
- Sanción por no consignación de las cesantías	\$ 4.832.625,00
- Indemnización por despido indirecto	\$ 630.148,86

QUINTO: CONDENAR a MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ a pagar a favor de la demandante GILMA CUBILLOS PEREZ los aportes a pensión por el periodo comprendido entre 201510 y 201609, al fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la demandante, atendiendo los días efectivamente laborados y la base de un salario mínimo legal mensual vigente, respectivamente, junto con los intereses de mora respectivos.

SEXTO: CONDENAR a MARTHA LILIA MAYORGA RODRÍGUEZ a pagar a favor de la demandante GILMA CUBILLOS PEREZ la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T a razón de \$22.981,83 diarios, a partir 1 de octubre de 2016 –día siguiente a la terminación del contrato- y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

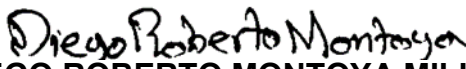
SÉPTIMO: REVOCAR los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia apelada y, en su lugar, DECLARAR parcialmente probada la excepción de

prescripción propuesta por ALBA MARINA PARRA GIRALDO y ALFREDO DIEGO SARMIENTO ARANZALEZ y no probadas las demás, conforme lo motivado.

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

NOVENO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandados ALBA MARINA PARRA y ALFONSO DIEGO SARMIENTO.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

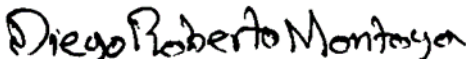

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$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**

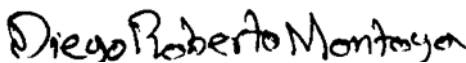
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MYRIAM LUCIA RODRIGUEZ RAMIREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 12 2019 00428 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 222 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 204 a 207), Porvenir (fls. 209 a 213) y Colpensiones (fls. 219 a 222) 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 PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral

del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de febrero del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 190, récord 17:18, acta de audiencia folios 191 y 192), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la razón jurídica afiliación de la demandante MYRIAM LUCIA RODRIGUEZ RAMIREZ efectuada en su momento con la administradora de fondos de pensiones y cesantías Horizonte hoy Porvenir de 07 de julio del año 1996 y las subsiguientes con Porvenir del 30 de septiembre del 2005 y con Colfondos del 25 de mayo del 2011.

SEGUNDO: ORDENAR a AFP Colfondos a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir y a Colfondos a devolver los gastos de administración proporcionalmente al tiempo de su afiliación Porvenir la que corresponde a Horizonte y así mismo a Porvenir así como las comisiones del Régimen de ahorro individual con destino al Régimen de Prima media con prestación definida incluso a su cargo de sus propias utilidades como ya se dijo de manera proporcional.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración ordenadas en los numerales anteriores sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

QUINTO: ABSOLVER a Colpensiones, Porvenir y Colfondos de las demás suplicas de la demanda

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas

SEPTIMO: Sin Condena en COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la siguiente sentencia sùrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando haber obrado conforme al marco legal que regulaba el deber de información y que se encontraba vigente para el año en que la actora suscribió el formulario primigenio de afiliación es decir para el año de 1996 y posteriormente en el año 2005 cuando la actora se trasladó de Horizonte a Porvenir, por lo que con la información que se le brindó se le permitió válidamente y en ejercicio del derecho a la elección de régimen que le asiste afiliarse al fondo que representa, aduciendo no puede exigírsele un deber de información que no estaba vigente para la fecha en la que la actora se afilío a Horizonte inicialmente y

luego a Porvenir, precisando tampoco estaba vigente la obligación de dejar constancia escrita de la asesoría brindada a los posibles afiliados y en ese orden exigírsele una constancia en ese mismo sentido constituiría una indefensión probatoria. De igual manera no estaba obligada a entregar a los posibles afiliados proyección pensional ni ningún tipo de comparativos a lo que podría ser una mesada pensional en el RPM con respecto a la que sería en el RAIS teniendo en cuenta que estas proyecciones pensionales son simplemente unos estimativos a lo que podría llegar a ser la mesada pensional.

Señala, no puede establecerse que por el hecho de que exista una carga informativa por parte de la AFP se exima del deber que le asiste al posible afiliado de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación teniendo en cuenta que precisamente de la decisión que él tome se derivarían sus expectativas pensionales, además no se logra acreditar que la demandante hubiese actuado con el rigor, con la diligencia y con el cuidado que corresponde si tiene que según lo catalogado por la superintendencia financiera es consumidora financiera y en ese sentido también le asiste unos derechos y unas obligaciones que la demandante no acredita haber cumplido en este proceso.

Añade que el formulario de afiliación que manejaba PORVENIR a partir del momento de la afiliación cumplía con todos los parámetros que le eran exigidos de conformidad con los reglamentos y las resoluciones dispuestas por la superintendencia financiera por tanto era totalmente acorde con la normatividad que se encontraba vigente en ese momento.

Por otro lado, se opone a la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que el acto de afiliación que realizó la demandante fue completamente válido, en segundo lugar no es acorde con lo dispuesto en los artículos 1746 y 1747 del Código civil en lo que allí respecta de las restituciones mutuas, toda vez que no puede obligársele a devolver un bien y al mismo tiempo ordenárseles a devolver las sumas que invirtió para mantenerlo e incrementarlo, de igual manera manifiesta esos gastos de administración tienen una destinación específica que se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y ya fueron utilizados para ese efecto, por lo que no se encuentran en su poder y por tanto ya se encuentran extintos y no procede en consecuencia ordenar su devolución, considerando Porvenir no incurrió en ningún tipo de falta

de derecho y no tendría por qué verse obligada a devolver los gastos de administración de su propio patrimonio cuando en ningún momento obró de mala fe o con desconocimiento de la normativa que se encontraba vigente en los años 1996 y 2005 cuando la actora se afilio inicialmente a Horizonte y posteriormente a Porvenir.

Finalmente señala deben considerarse los actos de traslado horizontales como actos de relacionamiento y en consecuencia debe tenerse en cuenta que al realizarlos debe presumirse que el afiliado no solamente está ratificando que conoce las condiciones del régimen al que decidió válidamente afiliarse sino acepta las mismas y en consecuencia asegura debe dársele el valor probatorio que corresponda (Cd. fl. 190, récord 19:10)¹

¹ Señor juez por parte de Porvenir me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir atendiendo que Porvenir obro conforme al marco legal que regulaba el deber de información y que se encontraba vigente para el año en que la actora suscribió el formulario primigenio de afiliación es decir para el año de 1996 y posteriormente en el año 2005 cuando la actora se trasladó de Horizonte a Porvenir, así las cosas con la información que se le brindo se le permitió válidamente y en ejercicio del derecho a la elección de régimen que le asiste a ella pues afiliarse al fondo que represento y en consecuencia no puede exigírsele a mi representada un deber de información que no estaba vigente para la fecha en la que la actora se afilio a Horizonte inicialmente y luego a Porvenir. Debe tenerse en cuenta que para esa fecha no estaba por ejemplo vigente la obligación de dejar constancia escrita de la asesoría brindada a los posibles afiliados diferentes al formulario de afiliación y por cuanto exigírsele a mi representada una constancia en ese mismo sentido pues al exigírsele esa constancia se le dejaría estando en una indefensión probatoria teniendo en cuenta que para la fecha de la afiliación no estaba obligada a llevarla. De igual manera no estaba obligada a entregar a los posibles afiliados proyección pensional ni ningún tipo de comparativos a lo que podría ser una mesada pensional en el RPM con respecto a la que sería en el RAIS teniendo en cuenta que estas proyecciones pensionales son simplemente unos estimativos a lo que podría llegar a ser la mesada pensional y pues corresponden a unos montos variables y no son en ningún caso una situación jurídica consolidada ni es posible que se pudieran entregar teniendo en cuenta que para la fecha de la afiliación a la demandante restaba un largo periodo de tiempo laboral y pues en consecuencia le era imposible a mi representada conocer con certeza cuál sería el monto de esa mesada pensional.

De igual manera no se tuvo en cuenta que el deber de información es de doble vía por tanto no puede establecerse que por el hecho de que exista una carga informativa por parte de la AFP porvenir pues este solo hecho exima del deber que le asista al posible afiliado de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación teniendo en cuenta que precisamente de la decisión que él tome pues se derivarían sus expectativas pensionales, de igual manera no se logró acreditar que la demandante hiciera uso de alguno de los canales de comunicación para manifestar cualquier duda o inquietud que tuviera con relación a la afiliación al fondo por tanto se logra acreditar que ella hubiese actuado con el rigor y con la diligencia y cuidado que corresponde si tiene que ella según lo catalogado por la superintendencia financiera es consumidora financiera y pues en esos sentidos también le asisten unos derechos y unas obligaciones que pues la demandante no acredito haber cumplido en este proceso.

De igual manera debe establecerse con relación a lo dispuesto por el despacho que tiene que ver con el formulario de afiliación pues es claro que el formulario de afiliación que manejaba mi representada a partir del momento de la afiliación cumplía con todos los parámetros que le eran exigidos de conformidad con los reglamentos y las resoluciones dispuestas por la superintendencia financiera por tanto pues era totalmente acorde con la normatividad que se encontraba vigente en ese momento.

De igual manera manifiesto que la condena impuesta no debería existir si se parte que por la afiliación realizada por la demandante surtió plenos efectos jurídicos y pues se ajustó a la normatividad que estaba vigente en la fecha en la que ella decidió afiliarse.

De igual manera debo manifestar que me opongo a la condena impuesta a mi representada por relación a la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que en primer lugar el acto de afiliación que

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MYRIAM LUCIA RODRIGUEZ RAMIREZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 2 y 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 6), aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a COLFONDOS a entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta, con el respectivo calculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros y enviarlos o depositarlos a nombre de Colpensiones, ordenar a COLPENSIONES recibir el valor de los aportes existentes en su cuenta individual, pago de costas y gastos que se causen incluyendo las agencias en derecho. **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 COLPENSIONES, disponiendo a COLFONDOS como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual**

realizo la demandante fue completamente valida como ya lo manifesté, en segundo lugar no es acorde con lo dispuesto en el artículo 1746 y 1747 del Código civil en lo que allí respecta de las restituciones mutuas, toda vez que no puede obligársele a mi representada a devolver un bien y al mismo tiempo ordenárseles a devolver las sumas que invirtió para mantenerlo e incrementarlo, de igual manera estos gasto de administración tienen una destinación específica que se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 ya fueron utilizados para ese efecto, no se encuentran en poder de mi representada y por tanto ya se encuentran extintos y no procede en consecuencia ordenar su devolución, así las cosas debe tenerse en cuenta que como lo afirmo la demandante en el escrito de la demanda actualmente ella se encuentra afiliada a una AFP diferente a porvenir en razón de lo cual Porvenir cuando suscribió el respectivo en el año 2011 a Colfondos pues le traslado todos los montos de la cuenta de ahorro individual de la actora, esto es los aportes y los rendimientos que se hubieren allí encontrado y en consecuencia pues ya no cuenta con estos dineros por tanto debe establecerse que porvenir no incurrió en ningún tipo de falta de derecho y no tendría por qué mi presentada verse obligada a devolver los gastos de administración de su propio patrimonio cuando en ningún momento obro de la mala fe o desconocimiento de la normativa que se encontraba vigente en los años 1996 y 2005 cuando la actora se afilio inicialmente a Horizonte y posteriormente a Porvenir.

Finalmente tendré establecer que en la sentencia de procedencia pues no se tuvo en cuenta tampoco la sentencia que cite en los alegatos de conclusión que es muy reciente es la SL 3712 del 2020 en virtud de la cual deben considerarse los actos de traslado horizontales como actos de relacionamiento y en consecuencia debe tenerse en cuenta que al realizarlos debe presumirse que el afiliado no solamente está ratificando que conoce las condiciones del régimen que decidió válidamente afiliarse sino acepta las misma y en consecuencia pues debe dársele el valor probatorio que corresponda. En ese sentido le solicito al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá absuelva a mi representada de las condenas impuestas en la sentencia de procedencia declare probadas las excepciones de mérito formuladas con la contestación de la demanda y revoque la sentencia de antaño, muchas gracias”

incluyendo todos los rendimientos financieros, así mismo dispuso que Porvenir y Colfondos devolvieran los gastos de administración en proporción al tiempo de su afiliación, así como las comisiones con cargo a sus propias utilidades. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 22 de junio de 1962 (folio 41), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de enero del 2019 (fl. 59) y ante COLFONDOS el 25 de enero del 2019 (fl. 56), 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 -30 de junio de 1995³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios al sector público por espacio de 2 años, 9 meses y 18 días (*historial laboral visible a folio 196 impresa del Cd. obrante a folio 190*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 Trabajaba en el Hospital el Carmen II Nivel conforme certificado de folio 10, donde se indica que para dicha entidad entro en vigencia el SGP el 30 de junio de 1995.

Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **7 de mayo de 1996** (folios 109 y 162) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR y en 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 tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido

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

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

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

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

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

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

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

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.

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, 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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de PORVENIR le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado.

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 (folio 162), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó

⁶ Audiencia del 21 de febrero de 2021, récord 11:08.

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 174 a 176, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (7 de mayo de 1996, folio 162), 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 a la apelante, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver historial vinculaciones fl. 109) 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.

Por otro lado, se advierte 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 COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (certificación SIFF folio 109), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos incluidos los gastos de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, 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 y en punto a la apelación de PORVENIR, 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento

en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (folio 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

⁷ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 26 de agosto del 2019 (folio 83)

orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

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

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, razones por las cuales de acuerdo a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

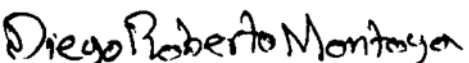
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

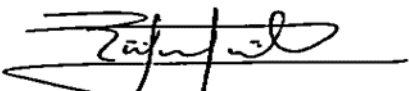
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 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 REGINA ISABEL TONO
DE OTOYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 12 2019 00436 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA, representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., apoderada principal (folio 181 vto.).

Del mismo modo, se reconoce personería para actuar a la abogada JUANITA ALEXANDRA SILVA TELLEZ, como apoderada de PORVENIR S.A. en los términos y para los efectos de la sustitución conferida por la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S. (folio 187 vto.).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 175 a 176, 177 a 181 y 184 a 187) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y el agente del ministerio público, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 8 de febrero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, audio 2, récord 1:01:17, CD folio 168, acta folios 169 a 170), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante REGINA ISABEL TONO DE OTOYA realizada el día 31 de enero del 2003 con la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante REGINA ISABEL TONO DE OTOYA con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante REGINA ISABEL TONO DE OTOYA y recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: Sin CONDENA en COSTAS en la instancia.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo súrtase grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, tanto el apoderado de PORVENIR, como el representante del Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación contra la misma.

En primer lugar PORVENIR considera, no existían razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen en razón a que la decisión de la demandante fue espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, advirtiéndole, ese fondo cumplió con el deber de información establecido para esa época en tanto se le ilustró, de manera verbal, y con antelación a la suscripción del formulario, sobre las condiciones de PORVENIR, además, dice, dicho

documento se ajustaba a los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994

Por otra parte, critica la valoración probatoria efectuada por el juez de primer grado pues, en su sentir, no se le dio valor sino al formulario de afiliación y se dejaron de apreciar otros medios de prueba del expediente como el interrogatorio de parte y el testimonio de la señora OLGA, último del cual, sostiene, emana la información que se le dio a la demandante acerca del RAIS como la forma de calcular la pensión, entre otros aspectos que fueron negados por la actora.

Sobre la prueba testimonial además apunta, debía ser tachado y verificada su imparcialidad debido a la relación de subordinación que la deponente tiene con la sociedad en la que la demandante es propietaria y el proceso judicial que también adelanta contra esa AFP.

Por otra parte, dice, de confirmarse la sentencia debe mantenerse la absolución frente a la devolución de los gastos de administración como quiera que estos tienen origen legal y ya cumplieron su finalidad y eran necesarios para el buen rendimiento¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada

¹ “Gracias señor juez manifiesto entonces que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida por el despacho y centro el recurso en los siguientes puntos:

En primer lugar, pues a la declaratoria de ineficacia de la afiliación realizada del ISS a PORVENIR en su momento pues en este punto hay que anotar que no existían razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley, pues reiteramos conforme a la contestación de la demanda y a los alegatos de conclusión que mi representada cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del decreto de 1993 pues a la parte actora se le entregó la información acerca de las condiciones de Porvenir y en diferentes momentos, esto es de una manera verbal previo al suscribir el formulario de afiliación, posteriormente al suscribir el formulario de afiliación ahí encontraba información acerca del RAIS la sentencia en este punto se centra en decir que por la anotación del régimen de transición que se hace en el formulario de afiliación, pues es una afiliación equivocada, pero pues señores magistrados muy respetuosamente lo digo no se comparte la interpretación del señor juez puesto que este no es un formulario que realiza PORVENIR de forma unilateral, por lo contrario es un formulario cuyos requisitos se encuentran en la ley específicamente en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y con posterioridad es aprobado por la Superintendencia de Colombia si el formulario no cumpliera con los requisitos de la normatividad que acabo de citar, pues no se recibiría aprobación por parte de la Superintendencia Financiera, lo cual no ocurre puesto que PORVENIR si cuenta con esa aprobación por parte de esa entidad para que este sea el formulario de afiliación válido y que cumpla con la legislación vigente.

Otro punto que preocupa mucho de la sentencia es la interpretación de las pruebas que hace el señor juez porque el señor juez en la sentencia, solamente dice que por el hecho de un formulario que ya explique que si cumple con los requisitos legales, se entiende o es más que evidente que el traslado se hizo de forma desinformada, lo cual no es cierto puesto que no se le dio valoración a otras pruebas que fueron aportadas y practicadas en el proceso, tenemos el interrogatorio de parte, tenemos el testimonio de la señor Olga y al respecto se le informó al despacho en los alegatos de conclusión y sin embargo no hubo un pronunciamiento al respecto. El testimonio de Olga por ejemplo podemos ver que a la demandante si se le dio información acerca del RAIS, la demandante sabía que la pensión se calculaba en base a un capital y no unas semanas, sabía de la heredabilidad la demandante en su interrogatorio nos dijo que no, lo cual pone en duda todo lo

a través de la plataforma Microsoft Teams, audio 2, récord 1:11:34, CD folio 168, acta folios 169 a 170).

A su turno, el agente del Ministerio Público, solicitó la revocatoria de la providencia, para lo cual arguye, si bien es cierto existe una doctrina probable vertida por la Corte Suprema de Justicia relacionada con la información que debe ser suministrada por los fondos de pensiones al momento de la afiliación, también lo es que esa obligación ha sido progresiva.

Adicionalmente, sostiene, la situación debe analizarse de cara a las capacidades, formación y posibilidades que tiene el afiliado de informarse adecuadamente, por cuanto, desde su punto de vista, el afiliado no puede ser “*un espectador inerme*”, por el contrario, dice, es un actor protagónico de la relación jurídica de la que depende su capacidad económica en los momentos en que ya no tiene capacidad para laborar.

que absolutamente ella nos dijo puesto que es evidente que hubo contradicciones y que faltó en cierta forma a la verdad al no explicarnos cual fue exactamente la información que le dio el asesor de Porvenir pero que la señora Olga si nos explicó las condiciones en que se dieron en ese traslado.

Adicionalmente en este punto desde el momento en que se practicó el testimonio de la señora Olga se le puso de presente al señor juez que conforme al artículo 211 del CGP se debía tachar ese testimonio, su credibilidad, su imparcialidad por cuanto la señora Olga era una subordinada de una sociedad de la cual la señora Regina es dueña, todo esto quedo probado en el proceso la señora Regina lo dijo en su interrogatorio de parte y la señora Olga también no lo expuso en su testimonio por lo tanto esas cosas, más bien esas versiones que nos dio la señora Olga que le podrían beneficiar a la señora Regina, hay que examinarlas con lupa y hay que tener ahí este asterisco puesto que claramente el tener una relación de subordinación no nos va a venir a decir aquí una declaración libre y espontánea y no va a hacer imparcial frente a la forma que se dieron los hechos.

También otra cosa que no tuvo en cuenta el señor juez es que la señora Olga también tiene un proceso en contra de Porvenir razón más en cuanto se debe tachar su credibilidad y pues sin embargo en la sentencia no hubo pronunciamiento alguno, se le brindó una asesoría de forma verbal como lo era obligatorio para la época por lo tanto la condena a declarar la ineficacia del traslado y consecuentemente devolver aportes, rendimientos y demás no tiene cabida puesto que también lo explico el señor procurador, cada caso debe analizarse por concreto y en este caso se logró demostrar que la señora si tenía conocimiento acerca de las condiciones del RAIS.

Ahora bien señores magistrados si llegaran a considerar que esa condena a Porvenir a trasladar los dineros, consecuencia de la ineficacia y demás pues solicito que se mantenga esa absolución a devolver los gastos de administración por parte de mi representada, pues claramente estos gastos de administración no los toma provenir de forma obligada ni de forma unilateral, sino por el contrario son reguladas por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, son descuentos que se tienen que hacer por mandato legal unos corresponden al fondo de garantía de pensión mínima, a las primas de seguros, a las primas de seguro de Fogafin y demás tal y como lo dispone ese artículo, por lo tanto pues esos descuentos ya cumplieron su finalidad, no se encuentran en el patrimonio de la AFP y claramente cada uno de ellos ha cometido su finalidad es decir se le dio cubrimiento a la actora en cuanto a la invalidez y muerte, en caso de que lo hubiera requerido hubiera podido acceder al fondo de garantía de pensión mínima para lograr pensionarse con la ayuda de esta entidad y pues estos gastos de administración general son necesarios para los buenos rendimientos que ha tenido la señora Regina en su cuenta de ahorro individual que claramente no son los mismo que le hubiera brindado Colpensiones, por esto señores magistrados reitero que en caso que esa pretensión de la ineficacia o más bien de esa condena de la ineficacia siga adelante se mantenga la absolución a Porvenir de trasladar estas sumas de dinero, muchas gracias señor juez queda así sustentado mi recurso”

De otro lado, indica, el sistema de pensiones no puede estar enfocado al interés de algunos de los afiliados sino propender por la garantía de la estabilidad financiera del sistema.

Alude a la condición de la demandante como socia y propietaria de la empresa ZEUS TECNOLOGÍA S.A. la cual ha tenido un crecimiento significativo entre 2002 y 2020, entre otras por la asesoría eficaz de quien convoca el litigio, para significar que si pudo hacer eso *“debe hacerse cargo de su derecho pensional, de su expectativa personal y particular de carácter pensional”*. Sobre ello además resalta, la actora ha cotizado sobre un IBC *“importante”* por lo que al ser trasladada al RPM su pensión probablemente estará financiada con subsidios del Estado.

De manera subsidiaria, pide se disponga el traslado de los gastos de administración y la porción correspondiente al fondo de garantía mínima²

² *“Muchas gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la condena que fue proferida en contra de las demandadas en el presente proceso por las siguientes razones:*

Es cierto que existe una doctrina probable adelantada por la sala laboral de la CSJ relacionada con el fin de dar información a los fondos de pensiones al momento de afiliación inicial y durante la relación jurídica de afiliación, esa obligación no se llama a duda, inclusive ha tenido momentos progresivos empezando a partir del artículo 38 de la constitución, luego un test de asesoría en momentos posteriores a la ley 100 de 1993 posteriormente la asesoría y buen consejo que inicio en el año 2009 a partir de la ley 1328 del año 2009 y finalmente un deber de doble asesoría como se aprecia en la ley 1748 del año 2014 y decreto 2071 del año 2015, no se llama a duda el deber de información que corresponde a los fondos de pensiones respecto de los afiliados. Pero la situación debe analizarse a cara de las capacidades, a la formación, y a la posibilidad que tiene el afiliado respectivo para informarse adecuadamente de las características del sistema, insistió el Ministerio Público en defensa de los recursos del sistema de seguridad social en pensiones estima en todo caso que el afiliado no es un espectador inerte, invalido frente a su derecho pensional es un actor protagónico de esa relación de afiliación jurídica, de la cual depende nada más y nada menos que su seguridad económica en los momentos en los que ya no tiene capacidad para trabajar (la vejez) así se dijo en 1945 en el determinado informe Beveridge Y así ha sido reconocido históricamente en el sistema de seguridad social, dado que lo que busca el sistema de seguridad social en pensiones es garantizar la seguridad económica de la población y de toda la población señor juez honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, el sistema de pensiones no puede estar enfocado al interés de uno o dos afiliados sino propender por la garantía de estabilidad financiera del sistema para garantizar valga la redundancia la estabilidad económica de todos los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, si observas a cabalidad la capacidad técnica, administrativa y podemos decir hasta jurídica de la demandante para informarse adecuadamente, basta considerar que ella es socia, propietaria de una empresa ZEUS tecnología S.A que en el año 2002 al año 2020 ha tenido un crecimiento exponencial pasando de 20 trabajadores a un monto actual de 270 trabajadores, esto quiere decir que la demandante en su labor de asesora de esta empresa ha cumplido a cabalidad un papel eficiente, eficaz en el desarrollo de gerencia empresarial, y cito una aforismo popular en el lenguaje jurídico de que quien puede lo más puede lo menos, si la demandante pudo lo más que es sacar adelante una empresa, potencializar una empresa a nivel nacional con más de mil hoteles

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 REGINA ISABEL TONO DE OTOYA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 2 y 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 5), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 31 de enero de 2003 ante la AFP PORVENIR S.A., por existir engaño ya salgo a su buena fe, induciéndola en error y viciando su consentimiento. En consecuencia, se ordene a

que le suministra el software como ella lo manifestó en su interrogatorio de parte, debe hacerse cargo de su derecho pensional, de su expectativa personal y particular de carácter pensional, no puede entenderse como se desatienden esas características de carácter personal para atender obligaciones de carácter genérico, general de una mayor envergadura, de manera que en esas condiciones honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se solicita tener en cuenta las particularidades del caso concreto, la capacidad técnica que tenía la demandante a acceder a la información pertinente del sistema de seguridad social en pensiones, en todo caso considera que la demandante siendo socia de ZEUS tecnología S.A ha cotizado un IBC importante que al ser trasladada al RPM será subrogado muy seguramente su derecho pensional con base en subsidios del estado, ello genera una asimetría un desajuste al sistema de seguridad social en pensiones que debe dirigir sus recursos, particularmente los recursos públicos a las particulares de menores ingresos, ello permitiría al caso particular en concreto dirigir recursos del sistema de seguridad social en pensiones a personas con mayores ingresos, cosa que no se comparte con el principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones, de manera que se solicita al honorable tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia que se acaba de proferir, por supuesto de manera como siempre respetuosa y de manera subsidiaria en manera que el tribunal decida confirmar la sentencia en cuanto la ineficacia del traslado se solicita que el fondo de pensiones Porvenir S.A traslade también a Colpensiones el dinero correspondiente a las cuotas de administración que ha cobrado por cuenta de la afiliación de la demandante, así como la proporción correspondiente al fondo de garantía mínima. Con efecto a la cuota de administración recordemos que conforme lo ha decantado la sala laboral de la CSJ: la consecuencia jurídica de una afiliación no informada no es otra que ineficacia en sentido estricto conforme al artículo 1747 del código civil ello implica devolver las cosas al estado en que se encontraban, antes de procederse con el acto jurídico viciado, esto es antes de la afiliación, de manera que no podía la AFP mantener en sus arcas una cuota de administración que cobro respecto de un acto jurídico que nació viciado y nació viciado si así lo estima el Honorable Tribunal nació viciado no por una razón imputable a la afiliada sino una razón imputable al propio fondo de pensiones que así lo concluyo el señor juez no cumplió con la carga de información suficiente, esto en aras que se está permitiendo que se produzca una decisión contraria al principio universal del derecho de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa de su propia negligencia, se estaría permitiendo que el fondo de pensiones pese a no haber cumplido con la obligación de información, resulte premiado manteniendo en sus arcas una cuota de administración que de ninguna manera debía mantener allí como quiera que la afiliación se produjo en un acto omisivo de su parte

En este orden de ideas su señoría dejo respetuosamente dejo sentada la apelación del Ministerio Público”

PORVENIR S.A. retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, al RPM administrado por COLPENSIONES, disponiendo que esta última, la reciba y la mantenga como afiliada desde el 3 de marzo de 1981 sin solución de continuidad.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 1 de agosto de 1961 (folio 31), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de diciembre de 2018 (folios 60 a 65) y a PORVENIR el 26 anterior de ese mismo año, esto es, cuando contaba con la edad requerida para

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”.

adquirir el derecho pensional -tenía 57 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 con 203.72 semanas cotizadas (historia laboral expedida por COLPENSIONES, expediente administrativo CD folio 103) que corresponden a 3,9 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.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de enero de 2003** (folios 68 y 143) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

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.

⁴ Era trabajadora del sector privado.

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de*

desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

“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.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le

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

informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto indicó que no participó de la reunión realizada por el asesor de PORVENIR, procediendo a suscribir el formulario de afiliación en razón a que escuchó las manifestaciones de sus compañeros sobre la preocupación sobre el futuro del ISS y que ese fondo era muy bueno, insistiendo, nadie le explicó nada sobre su situación particular.

Tampoco se acredita con el testimonio de OLGA JARAMILLO⁸, compañera de trabajo de la demandante, pues, aunque aseguró que estuvo presente al momento de que la actora firmó el formulario de afiliación a PORVENIR, también indicó que el asesor le dijo a la señora TONO que el ISS se iba a acabar y la ilustró sobre la posibilidad de heredar la pensión, situaciones que resultan contradictorias con lo ilustrado por la misma demandante en la que insistentemente indicó no haber hablado directamente con el asesor, que le restan credibilidad a la versión de la deponente y que, en todo caso, resultan insuficientes para concluir que hubo un consentimiento informado en la afiliación de la actora al RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 68 y 143), 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.

⁷ Audiencia del 8 de febrero de 2021, audio 1, Cd folio 168, récord 14:08.

⁸ Audiencia del 8 de febrero de 2021, audio 1, Cd folio 168, récord 01:58.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (31 de enero de 2003, folio 68), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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 44), 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 confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

[...]

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

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

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

Bajo ese entendido, y como quiera que en la demanda se solicitó la devolución de “las sumas adicionales de la aseguradora” y que los gastos de administración son

consecuenciales a la afiliación, habrá de revocarse parcialmente la sentencia de primer grado, en el sentido de indicar que deberán ser devueltos a COLPENSIONES los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁹ (folio 93), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral CUARTO y en su lugar **ORDENAR** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante REGINA ISABEL TONO DE OTOYA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

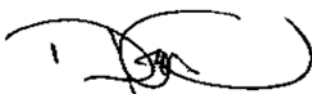
⁹ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 31 de octubre de 2019 (folio 104)

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RODRIGO
PATARROYO PUENTES CONTRA SILVANO ALDO SICILIA GUZZO (RAD. 18
2018 00367 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de septiembre de 2020 (Record: 25:14, acta a folio 97), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER al señor SILVANO ALDO SICILIA GUZZO de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor demandante RODRIGO PATARROYO PUENTES de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de obligación de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte actora señálese como agencias en derecho la suma de \$300 000 pesos a favor de la parte demandada.

CUARTO: Contra esta sentencia solo procede recurso de apelación. En caso de que la parte demandante no apele esta sentencia, el despacho la

remite al superior a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que la justa causa para terminar el contrato de trabajo en el caso de la causal invocada por la parte demandada se debe notificar al trabajador con 15 días de anticipación, anunciándole precisamente de que será despedido o que se da por finalizado la relación laboral, considerando que al hacer uso de la facultad de terminar el contrato con justa causa como lo contempla el numeral 14 del artículo 62, no se observó uno de los requisitos que hacen parte del principio de legalidad para que ese despido que se ha considerado que es justo, por cuanto no se observó su deber de dar aviso al trabajador con una anticipación no menor a 15 días, dado que la desvinculación del trabajador operó a partir del día 09 de diciembre del 2017 y con la carta de preaviso en total da cuenta de doce días calendario y no 15 días, señalando el preaviso hace parte del trámite que debe seguir el patrono para usar la facultad legal de terminar el contrato por justa causa comprobada, que hace parte del principio de legalidad.

Por otro lado, indica que la liquidación entregada al trabajador no se hace conforme a la norma porque cuenta como sueldo el básico que es \$675.665 sin tener en cuenta las demás prestaciones como son comisiones, bonificaciones, horas extras, dominicales, recargos nocturnos, las cuales si constituyen el salario del trabajador sobre el cual se debe calcular su liquidación, precisando la liquidación presentada debería compadecerse con la afirmación que hace la misma demandada del salario que afirma haber devengado su cliente, pues de no ser así se entendería que existe un salario para la prestación del servicio, pero para efectos de la liquidación toma un salario inferior lo cual considera es una clara vulneración a los derechos del actor. (Cd fl. 96, record: 25:52)¹

¹ “Gracias señor juez en este estado de la diligencia yo como abogado de la parte demandante deseo interponer recurso de apelación frente a la decisión que adopta en este estado de la audiencia, señor juez y se encuentra sustentado en los siguientes hechos:

Interpongo recurso de apelación contra la sentencia que ha sido notificado en este momento, lo anterior en pro de los derechos de mi representado Rodrigo Patarroyo y mi recurso se encuentra soportado en las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas: La justa causa para terminar el contrato de trabajo en el caso de la causal invocada por la parte demandada se debe notificar al trabajador con 15 días de anticipación, anunciándole precisamente de que será despedido o que se da por finalizado la relación laboral, como se ha probado a lo largo del plenario y bien su señoría hace un relato de los requisitos legales que bordean el tema de solicitar la terminación del vínculo laboral por la causa que se ha invocado pues resulta ser que la terminación del vínculo laboral se acreditó con carta de fecha del 27 de noviembre del 2017 mediante la cual el señor Silvano Aldo decide dar por terminada la relación del vínculo laboral y esa carta que fue leída por el señor juez en esta decisión, cumple unos requisitos que están establecidos como principio de legalidad, pero

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 RODRIGO PATARROYO PUENTES en éste ordinario, las pretensiones de folios 7 a 9 del expediente, las que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 51 a 53 del escrito de subsanación de la demanda, solicitando se declare existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año, el cual inició el 1° de noviembre

esta defensa considera que al hacer uso de la facultad de terminar el contrato con justa causa como lo contempla el numeral 14 del artículo 62, no se observó uno de los requisitos que hacen parte del principio de legalidad para que ese despido que se ha considerado que es justo pues tenga la calidad que le acabo de mencionar, y es que no se observó su deber de dar aviso al trabajador con una anticipación no menor a 15 días y dado que la desvinculación del trabajador opero a partir del día 09 de diciembre del 2017 y la carta de preaviso en total da cuenta de doce días calendario y no 15 días como lo establece la norma y según lo establecido por el señor juez en esta sentencia pues precisamente lo que se pretende es que la parte que ha sido reconocida su pensión pues no deje de percibir los emolumentos relacionados con ello. Eso en una primera ocasión, valiéndome de la misma sentencia que al respecto trae el señor juez, entonces señor juez con todo respeto adquiere relevancia el considerar hoy que el señor Rodrigo Patarroyo si ha sido despedido injustamente como quiera que no se han cumplido los requisitos legales establecidos para tal fin, esto es, notificando al trabajador con los quince días que se establece pues la norma, al respecto la corte suprema en el pronunciamiento que usted menciona el 37823 del 14 de noviembre del 2012 señalo *“En cuanto la omisión del preaviso no convierte el despido sin justa causa, toda vez que son dos situaciones totalmente divisibles: Una da por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y otra configura la causa legal que el empleador omite dar el preaviso de ley en donde el primer evento el despido se torna injusto”* Entonces ahora bien para la sala de casación laboral el preaviso hace parte del trámite que debe seguir el patrono para usar la facultad legal de terminar el contrato por justa causa comprobada, reitero hace parte del principio de legalidad.

Y seguidamente se observa conforme a la liquidación entregada al trabajador misma que hace referencia su señoría en este momento y que tiene como reconocimiento un salario promedio, pues esta defensa se permite manifestar que la liquidación no se hace conforme a la norma porque cuenta como sueldo el básico que es \$675.665 sin tener en cuenta las demás prestaciones como son comisiones, bonificaciones, horas extras, dominicales, recargos nocturnos, las cuales si constituyen el salario del trabajador sobre el cual se debe calcular su liquidación no me cabe duda, entonces la parte demandada se ha opuesto a los hechos a los cuales su señoría fijo litigio a saber los hechos 7,8,9 y 15 y quiero hacer mención a los hechos 7,8,y 9 que son presupuestos facticos en los que la misma demanda en contestación de la misma se ratifica en que mi representado devengaba lo equivalente a \$1.488.495, sin embargo la liquidación toma en consideración como salario base de liquidación la suma de \$ 675.665, veamos me remito a lo que dice el hecho séptimo que la parte demandada dice *“No se acepta, no es cierto”* en la forma como se explica puesto que el salario libre del empleado, con sus aumentos y demás nunca estuvo por debajo del salario mínimo legal vigente y es cierto que el promedio que recibía al momento de su retiro era de \$1.488.495 moneda corriente/mensuales. Ahora bien la misma defensa en el hecho octavo ratifica que los salarios devengados por mi representado nunca estuvieron por debajo del salario mínimo, sin embargo la liquidación presentada debería compadecerse con la afirmación que hace la misma demandada como quiera que el salario que la misma demandada afirma haber devengado mi cliente se comprende que este mismo será susceptible de reconocerse, de no ser así señor juez se entendería que existe un salario para la prestación del servicio, pero para efectos del reconocimiento de mi cliente se considera un salario inferior lo cual es una clara vulneración a los derechos de mi cliente, entonces en este estado de la diligencia pues no comparto la sentencia y lo argumentos por los cuales apelo son los que he vertido hasta este momento, considero que se debe dar clara aplicación a los principios que usted manifiesta como requisitos para que el despido sea justo pero también teniendo en cuenta lo que a las voces de la corte suprema en ese pronunciamiento lo ha hecho puesto que el término que allí se establece pues hace parte del principio de la legalidad. Entonces en esos términos está el recurso de apelación, gracias.”

del 2009 y fue renovado automáticamente por periodos iguales, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador el 9 de diciembre del 2017, habiéndose iniciado la séptima prórroga del contrato el 1° de septiembre del 2017, faltándole para su finalización 8 meses y 21 días, en consecuencia de lo anterior se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de la indemnización por despido solicitada, tras considerar ajustada la decisión tomada por la pasiva, pues el reconocimiento de la pensión de vejez del actor y al efectiva inclusión en nómina le daba la facultad al empleador de prescindir de sus servicios, máxime cuando quien inició los trámites de la pensión fue el demandante.

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa y la reliquidación de prestaciones sociales, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, advierte la Sala no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes, el cual se desarrolló del 1° de noviembre de 2009 hasta el 9 de diciembre del 2017, como tampoco el último salario devengado de \$1.488.495, 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 25, 26, 39 y 41.

Establecido lo anterior, y en aras de resolver la apelación del accionante relacionada con la **Indemnización por despido** es menester analizar en primer lugar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de

las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido, pues memórese que solo resulta válido para justificar el despido los motivos que en su momento se comunicaron al trabajador, como razón para terminar el vínculo laboral, no los que posteriormente se aleguen.

En ese orden y antes de resolver la apelación del demandante, bueno resultar hacer una introducción a lo acaecido dentro del presente asunto, precisando la relación laboral existente entre las partes, finalizó por decisión unilateral del empleador, tal y como se acredita con la misiva obrante a folios 39 y 83 del expediente – aportada por ambas partes- de fecha 27 de noviembre del 2017, mediante la cual la encartada aduce la terminación del vínculo por estar el demandante pensionado, expresando de forma literal lo siguiente:

“En atención a que usted el pasado ocho (8) de febrero del año que avanza, fue notificado por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de la Resolución Número GNR 39661 con Radicado Número 2017-1085113 del tres (3) de febrero del 2017 acerca de su derecho a la Pensión de Vejez y que ya está incluido en la nómina de pensionados de dicho fondo habida cuenta que desde el mes de marzo pasado del año referido está recibiendo su mesada pensional, le manifestamos que hemos decidido dar por terminado su contrato laboral, según lo permite el numeral 14 del Artículo 62 del vigente Código Sustantivo del Trabajo colombiano, subrogado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965 literal a), habida cuenta que fue notificado del reconocimiento pensional estando su contrato laboral vigente dado el cumplimiento de los requisitos de ley pertinentes, aviso que efectuamos conforme con el plazo legal previsto.

En atención a lo anterior, su contrato irá hasta el próximo nueve de 9 diciembre de 2017; por consiguiente, damos por terminado su vínculo laboral con nosotros a partir del día mencionado Nueve (9) de diciembre del 2017, último día de trabajo. (...)”

Conforme la comunicación en cita, se tiene que en efecto al promotor del litigio le fue reconocida una pensión de vejez por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- mediante Resolución GNR 39661 del 3 de febrero del 2017 (fls. 28 a 37) a partir del 1° de febrero del 2017 con una mesada de \$1.013.646 y con pago efectivo en marzo de esa anualidad.

De este modo, advierte la Sala que en efecto la decisión tomada por la pasiva resulta ser una justa causa de terminación del contrato establecida en el literal a) numeral 14 del artículo 62 del CST, la cual señala en su tenor literal: “*el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa*”, disposición que se armoniza con el párrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece como causal autónoma de extinción del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria, el reconocimiento de la pensión de vejez, así:

PARÁGRAFO 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Sobre esta causal la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 030 del 19 de enero del 2021 señaló:

“Sobre esta causal en providencia CSJ SL2509-2017 reiterada en CSJ SL3108-2019 y CSJ SL3146-2020 se precisaron las siguientes características a saber, que: i) la causal resulta aplicable en las vinculaciones laborales, tanto del sector privado como del público; ii) para su configuración no solo se requiere el acto de reconocimiento de la pensión sino la efectiva inclusión en nómina de pensionados; iii) puede ser utilizada por el empleador en el momento que considere necesario o conveniente, cuidando de no transgredir el artículo 128 de la Constitución Política en el caso de los servidores oficiales; iv) el empleador tiene la facultad de solicitar y tramitar en nombre de su trabajador, la pensión; y v) esta causal aplica tanto a quienes devenguen una pensión de vejez reconocida por una administradora del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como a los beneficiarios de pensiones del régimen de transición pensional.”

Indicando esta Corporación, lo único que se debe garantizar es que el trabajador además de reunir los requisitos para lograr el estatus pensional, se encuentre **incluido** en nómina, situaciones que se acreditan en autos en tanto para la fecha de finalización del vínculo contractual -9 de diciembre del 2017 fl. 39-, el actor ya se encontraba percibiendo su mesada pensional desde el mes de marzo, es decir, nueve meses antes.

No obstante lo anterior y pese a que la situación expuesta en la apelación no fue puesta en consideración en la demanda inicial y por ende no fue objeto del litigio

ni estudiada por el Juez de primer grado, debe señalar esta Sala de decisión que no se puede dejar de lado antes de tomar la decisión de despedir a un trabajador el cumplimiento de los requisitos previstos para ello por la ley y es así como frente a las causales establecidas en los numerales **9° al 15°** del literal a) del artículo 62 del C.S.T., la ley exigió que además de la existencia del hecho descrito en cada uno de esos numerales que configura la justa causa, que el empleador de **“aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días”**, es decir, el legislador impuso la obligación de anunciar la determinación con 15 días de anticipación al momento mismo de la finalización del contrato, aspecto este último íntimamente ligado a la causal que se estudia y al hacer parte integral de la misma debe abordarse su examen.

Y es así como en sentencia SL 5287 del 4 de diciembre del 2019 la Máxima Corporación, consideró:

“(…) resulta pertinente memorar que la legalidad de un despido está atado al cumplimiento de ciertas formalidades previstas en la ley, pacto o convención para la terminación del nexo laboral; mientras que la justeza del mismo se relaciona con que la situación esgrimida para la ruptura del contrato de trabajo se enmarque dentro de algunas de las causales previstas en la ley, requiriéndose además, entre otros aspectos, que se le comunique al trabajador la causal o motivo por el cual se finaliza el contrato de trabajo, la que debe ser también oportuna, esto es, que la determinación se adopte dentro de un término prudencial al conocimiento de los hechos que dan lugar al despido. Al respecto en sentencia CSJ SL, 16 may. 2001, rad. 14777, se manifestó:

Por lo tanto, en sentir de la Corte, es lo ilegal en el rompimiento del contrato, no la inexistencia de la justa causa, lo que debe ser indemnizado, pues aunque el despido se califique de ilegal, ello no es suficiente para desconocer que la justa causa aducida para tomar esa determinación existió, pues la ocurrencia del hecho real que la estructura sigue vigente así no se haya cumplido la manifestación posterior que exige la ley para que el despido quede perfeccionado, como lo es el aviso de los 15 días.

Realidad distinta a lo anterior es la que se presenta cuando el juez califica el rompimiento del contrato de injusto porque no hubo, no se demostró o no se invocó en su debida oportunidad justa causa para romper el vínculo laboral.

*Por lo tanto, para los efectos del artículo 7° del decreto 2351 de 1965, se puede y debe diferenciarse el despido injusto del ilegal, **por lo que no resulta pertinente a la luz de los artículos 1 y 18 del código sustantivo del trabajo, ni aún del 19 de ese mismo estatuto, aplicar, para los fines indemnizatorios, el artículo 64 de ese mismo estatuto sustantivo.** Esto porque esta última norma parte de la base, como lo ha dicho la jurisprudencia, que la terminación del contrato sin justa causa produce un perjuicio cierto al trabajador y tasa previamente el valor del mismo en lo que corresponde al daño emergente, y es innegable que para lo uno y otro tiene en consideración que no había justa causa para romper el contrato por*

lo que el empleador debe indemnizar el perjuicio que con su conducta ocasiona al trabajador afectado.

*Es por lo anterior que la regulación del mencionado precepto no cabe aplicarla a una situación diferente a la que ella prevé, como lo es la terminación unilateral del contrato existiendo la justa causa pero omitiendo el empleador dar el aviso de los 15 días que ordena el artículo 7º del decreto 2351 de 1965, pues en ese evento acudiendo a la filosofía que contiene el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, **el perjuicio que, en principio, por lucro cesante se le causa al trabajador, sería el valor del salario correspondiente a ese lapso, que es lo que éste deja de recibir antes de finalizar el contrato si se hubiera dado el aludido aviso.***

Puestas en esa dimensión las cosas, se tiene que la carta de terminación del contrato de trabajo data del 27 de noviembre de 2017 avisando la finalización del vínculo a partir del 9 de diciembre de ese año, es decir, transcurrieron tan solo **13 días** calendario² entre la fecha de la comunicación y el último día laborado, no cumpliéndose así el requisito del preaviso exigido por el artículo 62 del C.S.T., el que si bien se indicó como cumplido en la carta de terminación -“aviso que efectuamos conforme con el plazo legal previsto” - en realidad no se cumplió, precisándose la norma es clara al establecer que el preaviso debe efectuarse “con anticipación no menor de quince (15) días”, esto es, ni tan siquiera dentro de los 15 días, por ende para que hubiese sido efectivo el despido del accionante se le debió comunicar por lo menos el 24 de noviembre del 2017.

Conforme a lo anterior, como la terminación del contrato de trabajo no cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 62 del C.S.T., se accederá al pago

² SENTENCIA SL5287 del 2019: “(...) en cuanto al plazo fijado para formular el aviso de finalización del contrato de trabajo por justa causa, **los términos de días no se refieren a los hábiles sino corridos**. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL, 5 sep. 1996, rad. 8458, en la que se dijo:

Esta Sala ha considerado que el preaviso de 15 días establecido en el último inciso del literal A) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 no se refiere a días hábiles sino corridos, y en repetidos fallos se ha pronunciado en este mismo sentido, entre ellos el de fecha 16 de marzo de 1989, radicación 2739 que hace referencia a la sentencia de septiembre 17 de 1981:

"Por último, con relación al despido el censor aduce que aparece su injusticia dado que el empleador no dio el preaviso de rigor (Oto. 2351 de 1965 art. 7o. lit. a), último inciso) con 15 días hábiles de antelación. Sobre el particular es de anotar que la Sala ha explicado reiteradamente que la exigencia del preaviso con 15 días de antelación no se refiere a días hábiles sino corridos, por tratarse de un plazo referido al contrato de trabajo y en el presente caso se cumplió cabalmente."

Esta apreciación resulta por lo demás lógica si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo por su naturaleza no pierde solución de continuidad porque en su duración vayan incluidos días de descanso obligatorio (dominicales y festivos) que son remunerados precisamente en razón de la existencia del contrato, y si tales días cuentan para la exigencia de la remuneración correspondiente, deben contar también para el cómputo de términos cuando la ley laboral no expresa cosa diferente.

Por lo tanto, el Tribunal no incurrió en los quebrantamientos legales que se le endilgan en los cargos analizados, estos ataques tampoco están llamados a prosperar.

del perjuicio ocasionado al accionante al haberse omitido el cumplimiento del citado preaviso.

Así las cosas atendiendo a que el empleador omitió comunicar su decisión en el término ya señalado -tan solo dio preaviso con 13 días de anticipación-, faltándole **2 días** para el cumplimiento de los 15 a que hace mención la norma, será este el valor a indemnizar pues como se indicó en la jurisprudencia citada SL5287 del 2019 *“el perjuicio que, en principio, por lucro cesante se le causa al trabajador, sería el valor del salario correspondiente a ese lapso, que es lo que éste deja de recibir antes de finalizar el contrato si se hubiera dado el aludido aviso.”*, por ende le corresponderá al señor PATARROYO PUENTES una indemnización de **\$99.232³**.

Finalmente, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la **liquidación de prestaciones sociales** por no tenerse en cuenta el verdadero salario devengado, sea lo primero indicar, los argumentos expuestos en el recurso de apelación no fueron objeto de debate probatorio y frente a los cuales la persona natural demandada no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción, circunstancias que no podrán ser examinadas por esta Corporación, no sólo porque con ello se sorprendería al accionado, vulnerando sus derechos a la defensa y debido proceso, sino además porque ello iría en contravía del principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, y que no podrá condenarse al extremo demandado por un objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta, que es precisamente lo sugerido por el apoderado del actor en su recurso, al intentar variar los supuestos que sirvieron como fundamento de la pretensiones de ésta acción.

Se indica lo anterior, por cuanto una lectura acuciosa del escrito demandatorio, permite establecer, sin lugar a equívocos, que los hechos y las pretensiones estuvieron encaminadas únicamente a ordenar el pago de la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, sin que se hiciera referencia a la posible reliquidación de prestaciones sociales pretendida en la alzada, ni tan siquiera quedó plasmado en la etapa de fijación del litigio (Ver acta folios 94 y 95).

³ Salario \$1.488.495 dividido 30 días = \$49.616 diarios x 2 días = \$99.232.

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

Ahora y solo en gracia de la discusión, se tiene que revisada la liquidación de prestaciones del actor obrante a folio 41 del expediente, allí se plasmó como salario promedio mensual la suma de \$1.488.495, procediendo la accionada a la liquidación con dicho valor, advirtiéndose el único concepto liquidado con un cifra inferior fue el salario de los 9 días de diciembre del 2017, situación que de todas maneras como ya se explicó no puedo ahora entrarse a estudiar por no haber sido objeto del litigio.

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, de conformidad con las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado y en su lugar se accederá a las pretensiones del demandante, concretadas en la indemnización por despido sin justa causa, conforme a las consideraciones expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

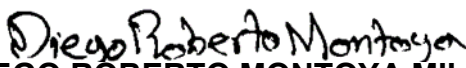
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar **CONDENAR** al señor **SILVANO ALDO SICILIA GUZZO** a pagar al accionante la suma de **\$99.232**, por el perjuicio causado ante la omisión del preaviso exigido por el artículo 62 del C.S.T.

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 PROMOVIDO POR NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR
CONTRA BANCO CAJA SOCIAL (RAD. 21 2018 00559 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 465 a 470 y 471 a 475), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de febrero de 2021 (Audencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 460, audio 2, récord 50:47, acta folio 461) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva.*

***SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda instauradas en contra del BANCO CAJA SOCIAL, instauradas o incoadas por el señor NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR.*

***TERCERO: CONDENAR** al demandante en COSTAS. Líquidense por secretaría donde se incluirán como agencias en derecho la suma de \$500.000 pesos.*

***CUARTO:** De no ser apelada CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses del trabajador aquí demandante.”*

Inconforme con la decisión el demandante la apeló. En sustento de ello, solicita a esta Corporación se pronuncie sobre la “*ilicitud*” del video aportado a las diligencias, pues si se concluye que no se ajusta al marco legal, no debe ser

tenida en cuenta para efectos de desatar la litis. Puntualmente, asevera, el mismo está editado y presenta “*graves violaciones al debido proceso y al derecho de defensa*”, como quiera que allí no se observa de dónde ingresan el computador y si se insertó o no o una memoria USB, quién lo grabó, con qué dispositivo, cómo se conservó el documento.

Con relación a los correos electrónicos, desconoce quien los aportó y advierte que la fecha de impresión es del 14 de octubre de 2015, de lo que infiere violaciones igualmente al procedimiento que adelantó a la empresa.

Con relación a la justa causa, aduce, los créditos realizados tienen fecha anterior a la circular emitida por el Banco en julio de 2015, esto es, existían antes de la prohibición advertida por la demandada, precisando, después de esa fecha no volvió a intervenir en ninguna situación similar.

Del mismo modo, sostiene, la sanción debía estar prevista en el reglamento, la consecuencia ante la falta cometida y ello no está, así como tampoco la prohibición de “*hacer intermediaciones de crédito*”.

Por otra parte, pide se revise la correlación entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta, pues en su criterio la situación “*se había podido solucionar con un memorando directo o con un llamado de atención o con una investigación disciplinaria mínima*” toda vez que se trataba de un empleado que llevaba más de 10 años en la compañía y con esa determinación, se afectaron los ingresos de su núcleo familiar.

Finalmente insiste en la revisión del material probatorio porque, a su juicio, las pruebas indican cosa diferente a la interpretada por la juez de primera instancia¹

¹ “*Interpongo el recurso de apelación. El despacho en el análisis probatorio que hace le solicitaría al Honorable Tribunal que se manifieste sobre la ilicitud de las pruebas que se aportaron. Si la prueba es ilícita no debe ser tomada en cuenta en ningún momento con el sustento de la medida que acaba de tomar el despacho. Me refiero especialmente al video por cuanto se aporta un video sin ningún aporte de los requisitos que se exigen por ley para este tipo de documentos, de igual manera es un video que es editado que presenta unas graves violaciones al debido proceso y al derecho de defensa y a los derechos del trabajador como quiera que la parte que se entrega se observa como el computador lo recoge del piso, de un piso, de un sitio y se lleva a donde está el trabajador y se le indica que ingrese, allí no se puede determinar si se ingresa el computador o se ingresa la memoria porque se escucha en audios que de acuerdo a lo que había manifestado lo que le trabajador anteriormente, y lo que había manifestado anteriormente y que no está ahí en el video es que ese archivo lo tenía en la memoria no en el computador.*”

Igualmente pues es un video que llega, que tiene, fue, en el mismo video al iniciarse se dice que esta desde el 16 del mes de octubre que había sido recogido y al preguntarle al testigo que si esa recolección de ese

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 460, audio 2, récord 51:37, acta folio 461)

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 NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR las pretensiones relacionadas a folio 59, sustentadas en los supuestos fácticos narrados a folios 57 a 59, las cuales están encaminadas principalmente a que se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo o a uno de superior jerarquía, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y beneficios extralegales desde la fecha de su “despido injusto” hasta que sea reinstalado, por violación al debido proceso en el trámite sancionatorio adelantado en su contra. En subsidio, pidió se ordene el pago de la “indemnización más favorable que corresponda (...)” en razón a la terminación del contrato sin justa causa.

elemento había sido notificado al trabajador y se le había indicado dice no acordarse y pues seguramente no se acuerda porque no está; porque el video está editado, entonces estamos partiendo de que es una prueba ilícita; si la prueba es ilícita todo lo demás que se desprende de allí para allá es ilegal.

Los correos, los correos que se aportan, los documentos no los aportó la parte demandante como la lo interpreta de que no se sabe de donde aparecieron los correos ¿Quién lo llegó? Lo llevo la parte demandada los aportó el testigo incluso y fue que nos entregó los correos y en los correos esta la fecha de impresión que fueron el 14 de octubre del 2015, cinco días antes entonces allí hay otra ilicitud grave en el procedimiento que adelantó la empresa. Igualmente si con respecto a la justa causa que el despacho dicen que están en los reglamentos internos y que están en el código de ética y el oficio que mandaron en julio un mes antes de terminar el contrato de trabajo de mi cliente, esos créditos que están ahí son antiguos a esa fecha de la circular que pasaron en julio del 2015, ya los créditos existían de mucho tiempo antes, no hubo créditos ahí a partir de esa prohibición, mi cliente no volvió a intervenir en ninguna situación de eso y el mismo lo manifestó que cuando pasaron esa circular intento hablar con la jefe, le pidió varias citas y nunca lo hizo entonces cuando paso esa circular fue en julio y ya los créditos habían sucedido y mi cliente ya había intentado hablar con la jefe.

Igualmente la sanción debe estar en el reglamento, debe estar la sanción, el procedimiento, y cuál es la causa y cuál es la consecuencia y no está, No esta y lo manifestaron incluso una testigo la jefe de Néstor quien manifiesta que está en el reglamento interno de trabajo la prohibición de hacer intermediaciones de crédito, eso no existe, no está, no está la prohibición entonces no existe la consecuencia, no existe el procedimiento, no existe la consecuencia y más allá su señoría le solicito al honorable tribunal que revise también la gravedad del hecho con la sanción impuesta porque no puede ser que no existe ninguna prohibición, no existe en ningún documento y lo que se había podido solucionar con un memorando directo o con un llamado de atención o con una investigación disciplinaria mínima se toma para la terminación del contrato de una persona de más de diez años afectando los ingresos de su núcleo familiar, entonces ahí hay graves violaciones que se han señalado incluso lo que le decía para ingresar a los correos, nombran las actas, no está ninguna acta, el testigo dijo que en el video estaba explicito que se había indicado, no esta no existe es más su señoría se grabó con una cámara diferente a la que tienen los bancos o la entidad bancaria para sus medidas de su seguridad, se aporta una cámara por eso es que ese video no tiene ninguna validez porque no se aportó ¿quién grabó? ¿Cómo lo hizo? ¿Bajo qué criterio? ¿Cómo se conservó ese documento? Entonces

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora luego de considerar la juez *a quo*, en primer lugar, que dentro del Banco no se estableció un procedimiento previo al despido, y en esa medida, al no ser este una sanción, no se podía aducir la violación del debido proceso porque no hay una base del supuesto trámite que se estaría desconociendo, resaltando, en todo caso se cumplieron las garantías mínimas exigidas en materia laboral pues se le pusieron de presente los motivos de terminación, se le relacionaron las causales y se le escuchó en versión libre con antelación a poner fin a la relación laboral. Por otro lado, estimó, pese a que el demandante indicó haber sido coaccionado para rendir su declaración, tal situación no quedó acreditada. En esas condiciones, no encontró procedente el reintegro solicitado.

En lo que toca a la pretensión subsidiaria, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, luego de analizar los medios de convicción acopiados, encontró que los hechos atribuidos al demandante -servir de facilitador o intermediario para el otorgamiento de préstamos utilizando las herramientas del trabajo y el horario laboral- estaban acreditadas, conductas que, según su estudio, estaban previstas como prohibiciones al trabajador en el reglamento interno de trabajo y en el código de conducta, cuyo desconocimiento estaba calificado como grave, por lo que estaba configurada la justa causa para despedirlo.

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

No es objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2005 y el 22 de octubre de 2015, el cual terminó por decisión unilateral de la demandada, aspectos que además de no haber sido objeto de debate dada la aceptación de la misma por la pasiva desde la contestación de la demanda (hechos de la defensa, folio 307), se

por eso le solicito al Honorable Tribunal que se revise el material probatorio que está indicando una cosa diferente a la que interpreto el juez de primera instancia, muchas gracias su señoría."

constatan con las documentales de folios 22 a 23, 15 a 17, 329, 330 a 331, 337 a 338, 339 y 340.

Para resolver es importante anotar, persigue el actor, principalmente, se disponga el reintegro a su puesto de trabajo, aduciendo para el efecto, se le vulneró el debido proceso en el trámite disciplinario que le adelantó su empleador previo al despido en razón a que i) el funcionario que lo instruyó carecía de competencia; ii) no se le permitió participar y controvertir las pruebas o recurrir la “*decisión sancionatoria*” y iii) no se tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad en la sanción impuesta (folios 5 a 9), lo cual conllevaría a dejar sin efecto el despido del que fue sujeto.

No obstante, previo a adentrarnos al estudio de fondo de la controversia, se pronunciará la Sala frente a los yerros que le endilga el actor al caudal probatorio y en especial, al video (CD folio 460) y los correos electrónicos (folios 476 a 498) que fueron introducidos por el testigo CRISTIAN DAVID PEÑA PORTELA, los cuales califica de ilícitos.

A propósito de la ilicitud de la prueba, cabe referir, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política señala que “*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, mandato que por su generalidad, permite colegir sin lugar a dudas que es aplicable sin restricción o limitación, razón por la cual “*la regla de exclusión en materia probatoria*”, como ha sido denominada jurisprudencialmente, es un “*remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso.*”².

Así pues, una prueba será ilícita o inconstitucional cuando se obtenga en contravención de las prerrogativas fundamentales de las partes -perspectiva sustancial-; por el contrario, será ilegal cuando se construya con ausencia de alguno de los requisitos previstos por el legislador para su consecución, es decir, desde el punto de vista procesal existe una incompatibilidad con las formas propias de cada juicio -perspectiva procesal-.

² SU159 de 2002, reiterada T-916 de 2008.

Los medios de prueba obtenidos inconstitucionalmente deben ser excluidos del elenco probatorio, a menos de que estos sean determinantes para la decisión adoptada por el juez, en cuyo caso habrá de declararse la nulidad de lo actuado.

Sobre este tópico, esto es, respecto a la prueba ilícita y la aplicación de la regla de exclusión, en sentencia del 28 de abril de 2008 con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena, rad. 1101 0203 000 2003 00097 01, el órgano de cierre de esta jurisdicción en su Sala de Casación Civil sostuvo:

“2.1. Si bien es evidente que por mandato del aludido precepto, - artículo 29 de la Constitución Política- “[es] nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, lo cierto es que tal regla no puede entenderse en los términos tan amplios y difusos como los que plantea el recurrente y que lo conducen a sostener que ciertas deficiencias que, en su parecer, afectan a algunos medios probatorios, comportan per se su nulidad e, inclusive, que la misma irradia sus efectos al proceso, anulándolo igualmente.

En efecto, en punto de desentrañar el sentido del aludido precepto, con miras a determinar, en líneas generales, las circunstancias que dan lugar a la anulación ipso iure de la prueba judicial, es menester comenzar por precisar que no cualquier anomalía que la afecte, por nimia que sea, conduce a tan drástica sanción, pues semejante inferencia, además de desmesurada, podría arrasar con el derecho fundamental de defensa y el de aducir pruebas en los juicios y, subsecuentemente, el de acceder eficazmente a la jurisdicción, amén de comportar el sacrificio, no sólo de otras garantías procesales, sino, también, de la vigencia del proceso como mecanismo idóneo y eficaz de administración de justicia.

*Por consiguiente, en nuestro ordenamiento no tiene cabida un criterio amplio de interpretación del reseñado mandato constitucional, en el sentido de comprender en él aquellas pruebas que de algún modo sean contrarias a cualquier norma jurídica, vale decir, sin distinguir entre preceptos constitucionales, legales o normas de distinta estirpe. De ahí que, por el contrario, deban prohibirse ejercicios hermenéuticos más ponderados y restringidos, conforme a los cuales hay lugar a distinguir entre pruebas **irregulares**, esto es, aquellas que infringen reglas de carácter legal o de similar jerarquía, e **ilícitas**, que son las obtenidas mediante la violación de los derechos fundamentales de las personas.*

En este sentido, esta Sala ha sostenido que es ilícita la prueba en cuya obtención se “pretermiten o conculcan específicas garantías o derechos de estirpe fundamental”; y valiéndose de la doctrina ha puntualizado que “ ‘es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, ... el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales’, hasta el punto que algunos prefieren denominar a esta prueba como inconstitucional’ ” (Sentencia de 29 de junio de 2007, exp. 00751).

Y refiriéndose a la prueba ilegal o irregular ha precisado que es aquella en

cuya producción no se pretermite un precepto constitucional fundamental sino uno de índole legal, en sentido amplio, “de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos o garantías fundamentales. Si es la Carta Política la quebrantada, particularmente uno o varios derechos de la mencionada estirpe, la prueba se tildará de ilícita, mientras que si la vulnerada es una norma legal relativa a otra temática o contenido, se calificará de ilegal o irregular” (Ibídem).

Refulgen diversos criterios de distinción entre la prueba ilícita y la ilegal, pues, en primer lugar, aquélla presupone la vulneración de normas constitucionales, o de ese linaje, que consagren derechos fundamentales; mientras que esta otra (la ilegal), apareja la trasgresión de preceptos legales o de igual o inferior jerarquía; así mismo, que el defecto que estigmatiza una prueba ilícita es insubsanable, a la vez que no pueden aplicarse respecto de ella los diversos mecanismos de convalidación que pueda prever el ordenamiento, mientras que los defectos que acuse la prueba ilegal pueden ser, por el contrario, subsanados e, inclusive, puede acontecer que a pesar de la irregularidad el elemento persuasivo no sufra menoscabo. Por último, la exclusión de la prueba derivada de aquélla que es anómala solamente acaece en los casos de prueba ilícita, pero no en los de ilegalidad de la misma.

De otro lado, reluce palmariamente en el precepto constitucional, que la nulidad de pleno derecho abate la prueba “obtenida” con violación del debido proceso, hipótesis normativa que, consecuentemente, tiene como punto de partida el que ella hubiese sido lograda ilícitamente, esto es que la ilicitud se manifieste en las etapas que conciernen con la averiguación o investigación, el aseguramiento, la proposición, ordenación y práctica de la prueba.

(...)

2.2. Por último, conviene destacar que la ilicitud de la prueba solamente aflige al medio de convicción en cuya obtención se han violado las garantías fundamentales y, en algunas hipótesis, a otros medios que del ilícito se derivan, razón por la cual ella no genera, en línea de principio que puede tener muy contadas salvedades, la invalidez del proceso; es decir, que la consecuencia que se desprende de dicha ilicitud es la nulidad del elemento de persuasión y el de aquéllos estrechamente vinculados a ella; y, por ende, la aplicación de la regla de exclusión, vale decir, la separación de ese material suasorio del elenco probatorio.” (Negrilla y subrayas de la Sala)

Un primer momento de control de la prueba ilícita se encuentra en lo previsto en el artículo 168 del C.G.P., según el cual, el juez las rechazará *in limine*, del mismo modo, el artículo 164 ejusdem que prevé “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.*”

Ahora bien, para poner en contexto lo atinente a la incorporación del video (CD folio 457) y los correos electrónicos (folios 476a 498) que se sugieren como

inconstitucionales en la alzada, se tiene, en la diligencia adelantada el 19 de febrero de 2021 (CD folio 453) y una vez decretadas las pruebas oportunamente pedidas por las partes, el juzgado se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento para lo cual procedió a su práctica, entre ellas, la del testigo común a ambos, CRISTIAN DAVID PEÑA PORTELA, quien una vez juramentado rindió su declaración.

En el trámite de dicha intervención, el deponente aludió a documentos que fueron obtenidos o realizados dentro de la investigación de la conducta que finalmente conllevó a la terminación del contrato del demandante, esto es, un video en el que se registró la revisión del equipo de cómputo del trabajador en el que participaron cuatro personas, incluido el demandante y el testigo (CD folio 457), y una impresión de la cadena de correos entre el actor y ROCIO SANDOVAL ARTEAGA, MARIA EUGENIA RAMIREZ, en los que se hace referencia a peticiones de intermediación en la obtención de crédito con el hermano del convocante y gestiones de cobro de tales empréstitos (folios 476 a 498).

En virtud de lo previsto en el artículo 221 del C.G.P. la juez, previo traslado a las partes y de obtener la autorización a viva voz de quienes figuran en la grabación - incluido el actor-, incorporó el video y la impresión de los correos electrónicos (45 páginas)

Pues bien, aunque el demandante atribuye visos de inconstitucionalidad a tales medios de prueba, lo cierto es que no alude a los derechos constitucionales que fueron trasgredidos o violentados con el mismo.

Al respecto, debe enfatizarse, con relación a la videograbación (CD folio 457), el mismo demandante autorizó la incorporación de dicho medio de prueba al plenario, así como su reproducción, permiso que fue otorgado igualmente por todas las personas que en el figuraban ante el juzgador de primer grado. Tal autorización hace viable su utilización como medio de prueba en el proceso judicial, pues de otro modo se incurriría en una violación a la intimidad que, a juicio de la Corte Constitucional, llevaría implícita la inconstitucionalidad de la prueba³.

³ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-233 de 2007 y T-916 de 2008.

Del mismo modo, pese a que advierte que el mismo se encuentra editado y contiene “*violaciones al debido proceso y derecho de defensa*” porque desconoce los procedimientos adelantados y que precedieron el inicio de la grabación, o quién la realizó, a través de qué medio o cómo se conservó el mismo, lo cierto es que tales situaciones no constituyen en sí una trasgresión a sus prerrogativas ius fundamentales que den lugar a excluir la prueba del elenco probatorio, pues en realidad, tales deficiencias -que no están acreditadas en autos- debieron ser controvertidas dentro de las oportunidades procesales otorgadas por el estatuto adjetivo civil pues en los términos del artículo 244 del C.G.P. los documentos - dentro de los cuales se encuentran las videograbaciones, artículo 243 ibidem- que contengan la reproducción de la voz o la imagen, “*se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según sea el caso*”.

En esas circunstancias, si bien los documentos representativos, como los videos, requieren de autenticidad para ser valorados por el juzgador, la Sala destaca que ese requisito se encontraba satisfecho en el litigio, toda vez que la parte actora omitió tachar el aludido instrumento, en el término establecido en el artículo 269 del estatuto ritual civil, quedando así reconocido implícitamente⁴.

⁴ Respecto a la validez y autenticidad de las grabaciones, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC17162-2015, trajo a colación lo sentado por la doctrina, resaltando:

“La doctrina ha dejado ver en tal materia que

Conforme al Decreto 2282 de 1989, modificatorio del C. de P. Civil, el numeral tercero del artículo 252 fue adicionado con otro inciso que hizo extensivo el texto precedente del reconocimiento tácito a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella; o sea que si a un proceso se aporta un casete, disco, video, película, o video casete, afirmándose que la voz o la imagen corresponde a la parte contra quien se hace valer, si ésta no tacha de falso oportunamente el documento, o los sucesores del causante no hacen oportunamente la manifestación contemplada en el inciso 2º del art. 289, el documento se torna auténtico. (...) En relación con la forma de darle autenticidad a las grabaciones, y particularmente sobre si para ellas podía operar el reconocimiento tácito, el tratadista Parra Quijano desde antes de la expedición del decreto 2282 de 1989, había presentado dos tesis: una expuesta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que asimilaba la grabación a un instrumento no firmado ni manuscrito por la parte a quien se oponía, para cuyo valor probatorio se exigía la aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes, conforme al art. 269 del C. de P.C. la otra, cosecha del autor mencionado, que asimilando la grabación a instrumentos firmados o manuscritos admitía la viabilidad del reconocimiento tácito. Al respecto decía el profesor Parra: ‘Si se asimilan las grabaciones a instrumentos no firmados ni manuscritos, no solamente se desvirtúa el alcance del art. 269 del C. de P.C., sino que se patrocina la mala fe de las partes, pues les bastaría con guardar silencio para que el documento no pudiera ser apreciado. (...) Pues bien, el anterior que era un planteamiento y una interesante interpretación del autor citado, quedó expresamente plasmado en el Código de Procedimiento Civil, conforme a las modificaciones que a éste introdujo el decreto 2282 de 1989, ya que en el inciso 2º del ord. 3 del art. 252 expresamente se consagró que el reconocimiento tácito por no proponerse la tacha de falsedad oportunamente, o los sucesores del causante no hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del art. 289 se hacía extensivo a «las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella». (La Prueba Documental. Teoría General. José Fernando Ramírez Gómez. 7ª ed. Págs. 143, 228 y 229.)

En suma, el reconocimiento extrañado por los recurrentes era innecesario habida cuenta que implícitamente ya lo habían realizado al omitir desconocer las referidas representaciones en la oportunidad prevista en el

En igual sentido, en lo que toca a los mensajes de datos cuya impresión se acopió (folios 476 a 498), para la Sala tampoco se encuentra configurada la conculcación de derechos fundamentales en la obtención de los mismos ya que la demandada accedió a ellos a través de la cuenta de correo institucional que fue asignada al trabajador, hoy promotor de la litis, por el Banco y los introdujo al juicio a través de la versión rendida por el testigo CRISTIAN DAVID PEÑA -actuación autorizada por las normas procedimentales- siendo relevante, no su fecha de impresión, sino la fecha en que fueron remitidos o recibidos y la cuenta de correo electrónico de la que se hizo el respectivo envío.

A más de lo dicho, tales documentos tampoco fueron objeto de tacha y/o desconocimiento por el recurrente, de allí que adquirieron validez probatoria, precisándose, estos al tenor del artículo 247 del C.G.P. pueden ser valorados con las reglas generales de los documentos.

En suma, no configurándose razón alguna para excluir tales medios de prueba legal y oportunamente recaudados, los mismos habrán de integrar el haz probatorio que pasará a analizarse por la Sala a efectos de establecer la procedencia o no de los derechos reclamados.

ordenamiento, pues, las fotografías, videos, filmaciones, etc., son susceptibles de tacha de falsedad o desconocimiento.

Y aunque el canon 269 de la obra en cita prevé que «(l)os instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueron aceptados expresamente por ella o sus causahabientes», tal precepto resulta inaplicable en tratándose de aquellos porque «(e) un error identificar los documentos con los instrumentos como lo hacen ciertos autores como consecuencia de que los Códigos de sus países contemplan solamente los segundos (...); los instrumentos, son una de las varias especies de documentos: la que consiste en escritos, públicos o privados, auténticos o sin autenticidad». (Teoría General de la Prueba Judicial. Hernando Devis Echandía. Tomo 2, pág. 542, 2ª edición. En el mismo sentido Manual de Derecho Probatorio, Jairo Parra Quijano, Pág. 314, 4ª Edición.)

De allí que la consagración contenida en el inciso 3º del artículo 289 ibídem, según la cual no es admisible la tacha de falsedad cuando «se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica», no es aplicable en tratándose de los de naturaleza representativa.

Una interpretación en sentido contrario implicaría una restricción al sistema de valoración probatoria de la sana crítica para volver al de la tarifa legal en tratándose de documentos representativos, porque ante la utilización de estos le bastaría a la parte contra la que se aducen manifestar su desconocimiento o tacharlos de falsos, para imponer a su antagonista la carga de demostrar su autenticidad con un determinado medio de convicción que en verdad no consagra el actual ordenamiento.

En efecto, al desconocerse que los elementos de persuasión a que se viene aludiendo pueden ser objeto de tacha de falsedad, se impone a las partes el deber de autenticarlos desde el momento en que son arrimados al trámite o, por lo menos, solicitar desde allí lo necesario para este cometido, no obstante que la reforma introducida al estatuto ritual civil con el Decreto 2282 de 1989 tuvo como fin, entre otros, el de acoger la libertad demostrativa, como regla de principio, y el de consagrar el reconocimiento implícito o tácito."

En ese orden, dejando de lado tales reflexiones, el problema jurídico que debe desatar la Sala, se circunscribe a determinar si es procedente declarar la ineficacia del despido del demandante acaecido el 22 de octubre de 2015 con fundamento en la presunta violación del debido proceso y, en consecuencia, si es posible el reintegro a su puesto de trabajo, rogado de manera principal. En subsidio, establecer si la justa causa alegada por el empleador en efecto existió y en ese orden, verificar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa.

En ese orden, para dilucidar el asunto, se hace necesario precisar que, entendido un acto jurídico como toda manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es posible reflexionar que el despido, al ser una declaración de voluntad expresada unilateralmente por el empleador de dar por terminada la relación laboral que lo vincula con el trabajador, puede tenerse como tal, de lo que se sigue, es susceptible de ser anulado.

Sin embargo, en el ámbito del derecho laboral, se han establecido las circunstancias en las que se puede predicar la ineficacia del despido, que generalmente se configura por no cumplir ciertas exigencias legales al momento de efectuarlo, como sería el caso de desconocer el fuero sindical o circunstancial, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de personas en estado de discapacidad, el fuero de acoso laboral, entre otros, en cuyo caso habría lugar a dejar sin efectos la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

De otra parte, sea del caso indicar, el despido no es una sanción que solamente pueda ser impuesta una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con Radicación 29207 del 5 de junio del 2007⁵, criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y más recientemente en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017⁶.

⁵ “Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que **el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento**

En esa medida, se tiene que la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para este último se exija legalmente un trámite previo, a menos que extralegalmente así se convenga, caso en el cual, su desconocimiento derivará en la ineficacia o nulidad del despido.

En el caso de marras, específicamente en lo relacionado con el proceso disciplinario, el artículo 63⁷ del reglamento interno de trabajo (folio 42 vto.) -

o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

“(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido “que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7° Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

⁶ *“Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014, rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89).”

⁷ *“ARTÍCULO 63.- Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la*

conocido por el demandante, según admitió en los descargos- regula los “*procedimientos para comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias*” al interior de la empresa demandada, estableciendo unos trámites previos a la imposición de sanciones, y en el artículo 64 siguiente preceptúa que “*No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo*”.

Las sanciones, a su vez, están previstas por faltas leves (artículo 61) y faltas graves “*que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa*” (artículo 62).

Del análisis integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que el reglamento interno de trabajo vigente al momento del despido del demandante, si remite para efectos de la terminación del contrato a las formas contenidas en el procedimiento diseñado para sanciones disciplinarias. De allí se infiere que el despido es visto o equiparado como medida o sanción disciplinaria, al interior del Banco.

En ese sentido, correspondía a la demandada dar cumplimiento al trámite regulado en el reglamento interno de trabajo, como en efecto lo hizo. Al punto se tiene que en versión rendida el 19 de octubre de 2015, al demandante se le indicó por parte del analista investigador de la gerencia de seguridad (folio 332) que:

organización sindical a la que pertenezca. En todo caso se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva (artículo 115 C.S.T.).

Para la imposición de cualquier sanción disciplinaria se ha de seguir el siguiente trámite:

1. **EL BANCO CAJA SOCIAL** comunicará al trabajador de forma, verbal o escrita la falta que ha cometido, a fin de que rinda sus descargos, o indicándole el tiempo máximo prudencial en que deberá rendirlos, indicándole el tiempo máximo prudencial en que deberá rendirlos.
2. **EL BANCO CAJA SOCIAL** cuando se trata de documento escrito, analizará las respuestas suministradas por el trabajador, y cuando se trate de diligencia verbal lo oírán levantando un acta que debe ser firmada por todas las partes que en ella intervengan.
3. Analizado los descargos del trabajador, **EL BANCO CAJA SOCIAL** los aceptará o rechazará conforme a su criterio.
4. No aceptados los descargos, o si el trabajador no se presenta o no contesta los descargos dentro del tiempo solicitado, o habiéndolos presentado se recusa a firmar la correspondiente acta, **EL BANCO CAJA SOCIAL**, procederá a imponer la correspondiente sanción que a su juicio considere necesaria, conforme a la escala establecida en los artículos 61 y 62 del presente Reglamento.

Una falta se considerará comprobada:

1. Por la confesión verbal o escrita del respectivo trabajador.
2. Por declaración fidedigna de persona o personas distintas del trabajador mismo, ya sean extraños o dependientes de la empresa y;
3. Por cualquier medio de prueba legalmente admitido.”

“(...) esta diligencia está relacionada con lo siguiente: Conforme a una serie de indagaciones realizadas por esta Gerencia, se ha podido establecer que usted de manera recurrente, organizada y desde hace varios años, está realizando préstamos de dinero a colaboradores de la Entidad, inclusive cobrando tasas de interés que superan los topes definidos por la autoridad competente. Adicionalmente a lo anterior, usted ha usado las herramientas tecnológicas de la entidad para realizar gestiones de cobro de las obligaciones a los colaboradores de la entidad”

Lo acontecido en dicha diligencia, surtida verbalmente, se consignó en un acta que fue suscrita por el demandante y dos empleados de la gerencia de seguridad (folios 332 y vto.).

En esa misma fecha y a continuación de la versión libre, se surtieron los descargos verbales, en los que se le expuso:

“A partir de este momento, teniendo en cuenta las afirmaciones efectuadas en la diligencia de Versión libre y las indagaciones efectuadas al considerar que hay elementos de juicio suficientes y evidencias concretas, se procede a constituir esta diligencia en formulación de cargos, para lo cual se procede de la siguiente manera:

1. Sin estar autorizado por la Entidad, ejecutó labores de intermediario de su hermano en el préstamo dinero a colaboradores de la entidad de manera recurrente y organizada por fuera del marco de las labores para las que fue contratado. CONTESTO: No estoy de acuerdo, teniendo en cuenta que cumplía con la labor de intermediario de mi hermano, esto nunca ha afectado mi desempeño laboral, ni esta actividad ha tenido prioridad sobre mis funciones laborales, y mucho más aun cuando las consignaciones realizadas de mi parte se hacían en horarios no laborales, como hora de almuerzo y después de las 5 de la tarde.

2 Usted, de manera organizada y sistemática, desde hace un tiempo viene sirviendo como intermediario de su hermano para que este otorgue préstamos a colaboradores y público en general para lo cual utilizó las herramientas del Banco, y dispuso del tiempo y recursos de la Entidad por fuera del marco de sus obligaciones laborales para las cuales fue contratado. CONTESTÓ: Si utilice las herramientas de Excel y correo electrónico pero esto nunca interfirió con mi desempeño laboral y cumplimiento de tareas asignadas, ya que mi función específica era validar quienes estaban pendientes de pago y recordarles el compromiso.

- En desarrollo de actividad no autorizada por la Entidad, usted envió correos electrónicos a varias personas que desempeñan sus labores en la entidad, recordándoles las fechas de pago, los montos que podían ser prestados, el número de cuotas o aprobación o no de nuevos préstamos y demás información relevante para el pago de las obligaciones adquiridas; en ese orden por favor referencie a las personas a las cuales le fueron remitidas estas comunicaciones, las que recuerde en este momento CONTESTÓ: María Eugenia Ramírez, Gilma Guerrero, de pronto a Rocío Sandoval, Carlos Eduardo Baquero, pero serla revisar estos últimos puesto que no recuerdo con exactitud.*

Con lo anterior, usted contravino lo estipulado por la Entidad en manuales de procedimientos internos, así como en Reglamento Interno de Trabajo y Código de Conducta, a saber:

- a) Carta Reglamentaria 2922 POLITICAS PARA EL USO DE CORREO ELECTRONICO Y REDES SOCIALES.*
- b) Reglamento Interno de Trabajo, Artículo 56. SE PROHIBE A LOS TRABAJADORES, el que en el numeral 8) estipula que: "Usar los útiles o herramientas o vehículos suministrados por EL BANCO CAJA SOCIAL en objetivos distintos del trabajo contratado"; en el numeral 11) estipula que: "Ocuparse en asuntos distintos a su labor durante las horas de trabajo, sin permiso previo del superior respectivo".*
- c) Reglamento Interno de Trabajo, Artículo 59, Numeral 21) que estipula que: "Incumplir las ordenes e instrucciones impartidas al Trabajador en relación con la correcta utilización, uso y aprovechamiento de las herramientas tecnológicas suministradas por el Empleador (contenidas cartas circulares, memorandos internos, etc).*
- d) Reglamento Interno de Trabajo, Artículo 59, Numeral 54 el que reza: "De manera general, constituye falta grave toda violación de parte del trabajador, de sus obligaciones, prohibiciones y deberes legales, contractuales o reglamentarios. Para estos efectos, se entiende que los Manuales de Procedimientos, las Descripciones de Cargos, el Código de Conducta, el Manual de Prevención del Lavado de Activos, o las Circulares Normativas, Cartas Reglamentarias o Informativos Internos que imponen deberes específicos, constituyen medios especiales a través de los cuales EI BANCO CAJA SOCIAL señala al trabajador, de modo particular, algunas órdenes e instrucciones para realizar la labor encomendada."*

PREGUNTADO: *Sírvase indicar si quiere hacer alguna declaración adicional o hacer alguna consideración final. CONTESTÓ: si, esta utilización del correo electrónico o del Excel, siempre lo hice con la tranquilidad de saber que no estaba haciendo algo malo, y en caso contrario estaba brindando una alternativa a las personas que me buscaban, de las cuales puedo mencionarlas, y con la tranquilidad de que el ofrecimiento nunca fue de mi parte, fueron personas que me buscaron por el voz a voz que se generó. PREGUNTADO: Sírvase indicar que funcionarios de la entidad le deben a su hermano dinero, CONTESTO: Rocío Sandoval, Carlos Baquero, Magda Roncancio, Derly (no recuerdo el apellido), Luz Stella Rozo, Sandra Casallas, Aura Lizeth Uribe, Nelsy Ortiz Zolaque, David Fernando Neira, Julio Cesar Herrera Meza.*

(...)"

Como resultado de la versión rendida por el trabajador y de los descargos correspondientes la Unidad de Actividades Compartidas – UAC- de Seguridad elabora el informe interno No. 0589 (folio 335 a 336), luego de lo cual se comunica al demandante la determinación de la entidad financiera de poner fin al vínculo laboral, a través de la Gerente de Calidad de Servicio CATALINA PEREZ

FERNANDEZ, quien según informó a estrados⁸ era la jefe directa del demandante y la competente para imponer la sanción de acuerdo al artículo 65 del reglamento interno de trabajo.

En ese sentido, se garantizó el debido proceso puesto que se explicaron los hechos constitutivos del llamado a descargos para adelantar el despido según lo pactado, por lo que, habiéndose agotado el trámite previo al finiquito unilateral del contrato por parte de la compañía llamada a juicio, no hay lugar a declarar su ineficacia, y por ende, improcedente resulta disponer el reintegro deprecado con el consecuente pago de salarios y demás prestaciones rogadas de manera principal.

Frente a la pretensión subsidiaria, 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 párrafo 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 causa⁹.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 22 de octubre de 2015 (folios 337 y 338); en cuanto a su entrega al accionante, este refiere expresamente al recibo de la misma en la fecha reseñada en su escrito introductor (hecho décimo tercero, folio 58), además suscribió la misma en señal de entrega (folio 338).

⁸ CD folio 454, audio 3, récord 18:18.

⁹ 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,

Ahora, en la misiva (folios 15 a 17 y 337 a 338) se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“Asunto: Terminación Unilateral del Contrato de Trabajo con justa causa.

Señor Salazar Oidor:

Luego de un juicioso, serio y detenido análisis de los hechos, circunstancias y antecedentes llevado a cabo, con el fin de evaluar de manera objetiva la conducta demostrada por usted, surtidas previamente las instancias pertinentes con el fin de garantizarle el debido proceso y su derecho de defensa y conforme a las indagaciones previas realizadas por el área de seguridad, la Entidad ha decidido terminar unilateralmente y con justas causas su contrato de trabajo al establecer que usted incurrió en graves omisiones e incumplimiento de las normas, políticas y trasgresión de las prohibiciones establecidas por la entidad, relacionadas con la intermediación en el préstamo de dinero a colaboradores de la entidad, conductas aceptadas expresamente por usted en la diligencia de descargos llevada a cabo el 19 de octubre del año en curso, tal como se le pone de presente a continuación:

- 1. Usted, de manera organizada, sistemática y sin conocimiento de la entidad, desde hace un tiempo viene sirviendo como intermediario de su hermano John Freddy Salazar Oidor para que este otorgue préstamos a colaboradores y terceros, para lo cual utilizó las herramientas del Banco y dispuso del tiempo y recursos de la Entidad por fuera del marco de sus obligaciones laborales para las cuales fue contratado.*
- 2. En desarrollo de la actividad arriba descrita, se repite, no autorizada por la Entidad, usted envió correos electrónicos para gestionar labores propias de prestamista a otros colaboradores del Banco a los cuales les habían prestado dinero, con lo cual utilizó indebidamente la cuenta de correo electrónico asignada por la entidad para el desarrollo exclusivo de sus labores.*

Estas labores fueron realizadas dentro de las instalaciones de la entidad en el curso de la Jornada laboral, ocupando parte del tiempo que debía destinar para el cumplimiento de sus labores como Administrador Funcional del Sistema. Lo anterior implica que haya utilizado elementos y herramientas de trabajo asignados por la entidad para fines diferentes al cumplimiento de sus labores diarias, acordadas contractual y reglamentariamente.

Adicionalmente, la actividad como intermediario de un prestamista que venía desarrollando por su propia cuenta y de manera oculta de cara a su empleador, resulta lesiva para varios de los deudores - colaboradores de la entidad -, dado que los intereses que cobraban por tales préstamos superaban y superan los topes máximos permitidos por la autoridad financiera.

debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...”

Además, se nos ha comentado por parte de estos deudores, colaboradores de la entidad, que ustedes les hacían firmar títulos valores en blanco, como garantía de la obligación sin entregarles a estos copia de dicho documento.

La conducta protagonizada por usted de manera recurrente, implican un incumplimiento y omisión grave de las siguientes normas y procedimientos:

Reglamento Interno de Trabajo en su artículo 54 SON OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR: numeral 2. Realizar personalmente la laboral en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta el empleador o sus representantes según el orden jerárquico establecido. Para todos los efectos legales se entiende que los manuales de procedimiento, descripciones de cargo y cartas reglamentarias que imponen deberes específicos al trabajador constituyen medios especiales por los cuales el empleador señala al trabajador de modo particular algunas órdenes e instrucciones para realizar la labor encomendada. Artículo 56 SE PROHIBE A LOS TRABAJADORES: numeral 8. Usar los útiles o herramientas o vehículos suministrados por el BANCO CAJA SOCIAL en objetivos distintos del trabajo contratado. 11. Ocuparse en asuntos distintos a su labor durante las horas de trabajo sin permiso previo del superior respectivo. Artículo 59 numeral 21. Incumplir las órdenes e instrucciones impartidas al trabajador en relación con la correcta utilización, uso, y aprovechamiento de las herramientas tecnológicas suministradas por el empleador (contenidas en cartas circulares, memorandos internos, etc.)

Código de Conducta, Capítulo II Conductas 3.2.2 Conductas prohibidas: h. Realizar actividades en las que actúe o pueda llegar a actuar como contraparte o competencia de Banco Caja Social, u. Participar en prácticas que impliquen restricciones a la competencia o competencia desleal así como en aquellas que impliquen vulnerar derechos de terceros sobre sus signos distintivos, v. Realizar actividades adicionales a las que desempeña en el Banco que no sean compatibles con éstas, o cuando son compatibles, las realice sin la autorización expresa del Presidente de la Entidad.

Carta Reglamentaria 2922 POLÍTICAS PARA EL USO DE CORREO ELECTRÓNICO Y REDES SOCIALES

En ese orden de ideas no encontramos de ninguna manera justificación a las explicaciones ofrecidas por usted, las cuales no lo excusan de las graves irregularidades cometidas, antes bien confirman sus graves incumplimientos y trasgresión de prohibiciones, máxime cuando usted aceptó dichas irregularidades. Por esta razón se le ha perdido toda confianza para que siga laborando como Administrador Funcional del Sistema en la Gerencia de Calidad del Servicio.

Con base en lo anterior, me permito informarle que el BANCO CAJA SOCIAL, ha decidido dar por terminado unilateralmente y con justas causas el contrato de trabajo celebrado con usted al finalizar la jornada laboral del 22 de octubre de 2015 en aplicación del Artículo 7° del Decreto Ley 2351/65, Aparte A, numerales 6° éste último en concordancia con el Artículo 58, numeral 1° del Código Sustantivo del Trabajo y con el Artículo 59 del Reglamento Interno de Trabajo (Faltas Graves), Numerales 20, 21 y 54.

(...)”

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, el 19 de octubre de 2015 a las 10:30 a.m., se llevó a cabo versión libre (folios 13 a 14) así:

*“Bogotá D.C. a los 19 días del mes de Octubre de 2015, siendo las 10:30 a.m., se presentó el Administrador Funcional de sistema de la Gerencia de Calidad de Servicio, señor NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR en la Gerencia de Seguridad de la Dirección General del Banco Caja Social para rendir diligencia de versión sobre los hechos que son materia de investigación. **PREGUNTADO:** Sobre sus datos personales. **CONTESTO:** Mi nombre es NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR, natural de Bogotá D.C., 37 años de edad, Casado, padre de dos hijos, soy Ingeniero de Sistemas de la Universidad Autónoma de Colombia, residente en la DIAGONAL 74 NUMERO 116B - 60 AP 403 TORRE 5. Teléfono fijo 3034396, Celular 311 2487812. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar el tiempo de servicio que lleva con la Entidad. **CONTESTÓ:** 12 años, de-los cuales 2 como temporal y 10 con contrato indefinido con el banco. **PREGUNTADO:** Cuales son sus funciones en el cargo de Administrador Funcional. **CONTESTÓ:** Soy administrador de la Intranet del sitio de servicio, tengo a mi cargo el manejo de las encuestas de satisfacción de clientes, tanto internas como externas, elaboración, análisis de información que están dirigidos a los planes de mejoramiento del banco en cuento a temas de reclamos y satisfacción de los clientes. **PREGUNTADO:** Diga si conoce las Normas y Procedimientos establecidos por la Entidad para el cargo desempeñado. **CONTESTÓ:** SI. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar si conoce los derechos y obligaciones del empleado y el empleador contemplados en el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Conducta que rige para Banco Caja Social. **CONTESTÓ:** SI. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar si sabe o presume el motivo por el cual se encuentra rindiendo la presente diligencia de versión. **CONTESTÓ:** SI.*

***Intervención del Analista Investigador de la Gerencia de Seguridad.** Me permito manifestarle que esta diligencia está relacionada con lo siguiente: Conforme a una serie de indagaciones realizadas por esta Gerencia, se ha podido establecer que usted de manera recurrente, organizada y desde hace varios años, está realizando préstamos de dinero a colaboradores de la Entidad, inclusive cobrando tasas de interés que superan los topes definidos por la autoridad competente. Adicionalmente a lo anterior, usted ha usado las herramientas tecnológicas de la entidad para realizar gestiones de cobro de las obligaciones a los colaboradores de la entidad.*

***PREGUNTADO:** Qué tiene que decir al respecto. **CONTESTÓ:** En primera medida no soy yo directamente quien realiza los préstamos a los colaboradores del Banco, soy un intermediario entre los funcionarios que solicitan los préstamos a mi hermano John Freddy Salazar Oidor, es de aclarar que en la historia que lleva este tema solo le ofrecí el servicio a Magda Roncancio hace aproximadamente como tres años, y debido a un voz a voz se ha incrementado a otros funcionarios de la entidad, en cuanto a las herramientas del banco para realizar la gestión de cobro, se ha realizado en algunas ocasiones a dos o tres personas de la institución, usando el correo institucional, nunca en tono agresivo o amenazante, siempre solicitando que se ponga al día con los pagos. **PREGUNTADO:** Sírvase indicar con exactitud la tasa de interés que su hermano cobra a los deudores en los préstamos. **CONTESTO:** El 6%*

PREGUNTADO: *Que documentos o garantía exige su hermano para poder prestar el dinero y cuál es su función como intermediario en ese trámite* **CONTESTÓ:** *Los documentos, son los dos últimos comprobantes de nómina y una letra firmada en blanco, en algunos casos se solicitaba un codeudor, dependiendo del monto de la obligación o el nivel de endeudamiento, para lo cual el codeudor debía firmar igualmente la letra de cambio, es de anotar que el monto de los préstamos no superaban los 2 millones de pesos, salvo unas excepciones que llegaron a los 5 millones. Mi alcance es que me dicen a mí, yo consulto con mi hermano si cuenta con la disponibilidad y de ser así, la gente me entregaba los documentos y yo los remitía a mi hermano, en algunos casos la función mía era interceder ante mi hermano para que realizara los préstamos en vista de algunas circunstancias especiales de las personas que solicitaban los préstamos en vista de algunas circunstancias especiales de las personas que solicitaban los préstamos* **PREGUNTADO:** *Cómo se realizaba el desembolso de los dineros prestados a los colaboradores de la Entidad ¿se usaba su cuenta de nómina para tal efecto?* **CONTESTÓ:** *Sí mi hermano siempre me transfería a mi cuenta y yo realizaba la entrega a las personas, en algunos casos por medio de transferencia electrónica, en otros casos les consignaban el dinero, y muy rara vez entregaba en efectivo.* **PREGUNTADO:** *¿Cómo se realizaba el pago de las cuotas mensuales y los intereses le realizaban el pago de los dineros a su cuenta de nómina o algún otro producto financiero de la entidad a su nombre?* **CONTESTÓ:** *No, todos los pagos se realizaban directamente a él en algunas ocasiones las personas me entregaban el dinero de manera personal.* **PREGUNTADO:** *Sírvase manifestar si todo lo expresado en la presente diligencia de versión lo ha expuesto de una manera libre, natural y espontánea y si todo se ciñe a la realidad de los hechos.* **CONTESTÓ:** *Sí.* **PREGUNTADO:** *Sírvase manifestar si desea agregar, modificar o aclarar algo frente a lo por usted manifestado en la presente diligencia.* **CONTESTO:** *Sí la verdad me preocupa mi estado laboral por mis hijos, quiero aclarar que esto no es mío, es de mi hermano, miren mis extractos bancarios y verán que tengo un endeudamiento muy alto, yo no gano dinero con esto, es un tema familiar. Yo tan solo sirvo como filtro de mi hermano para el préstamo de dinero, yo le recomiendo a quien le puede prestar y a quien no dependiendo de la problemática, cercanía y conocimiento de la persona que lo está solicitando. Finalmente quiero manifestar que mi hermano no tiene a más de 10 colaboradores de la entidad que en la actualidad tengan préstamos vigentes. Es de aclarar que hablé con mi hermano indicándole que era necesario que se terminara con el préstamo del dinero a funcionarios del banco, puesto que continuar con este tema podría afectar mi situación laboral (...)"*

La diligencia de descargos del actor se adelantó en esa misma data, según se dejó consignado en el acta por él suscrita (folios 318 a 20 y 333 a 334). En esa oportunidad, al cuestionársele si conocía el reglamento interno de trabajo, el código de conducta y las normas y procedimientos establecidos por el banco para el desempeño de su cargo, respondió afirmativamente.

Del mismo modo al indicársele que “sin estar autorizado por la entidad, ejecutó labores de intermediario de su hermano en el préstamo de dinero a colaboradores de la entidad de manera recurrente y organizada por fuera del marco de las labores por las que fue contratado” refirió que sí cumplió con dicha labor pero,

precisó, ello no ha afectado su desempeño laboral, ni la actividad ha tenido prioridad sobre sus funciones.

Adicionalmente, aceptó haber utilizado para dicha actividad las herramientas de Excel y el correo electrónico, lo cual no interfirió con su cargo ya que su función específica *“era validar quienes estaban pendientes de pago y recordarles el compromiso”*.

Sobre ese mismo asunto, al preguntarle a qué personas de la entidad había enviado correos electrónicos recordándoles los pagos y montos que podían ser prestados, el número de cuotas o aprobación o no de nuevos préstamos y demás información relevante para el pago de las obligaciones adquiridas, indicó que a María Eugenia Ramírez, Gilma Guerrero, Rocío Sandoval, Carlos Eduardo Baquero, no recordaba con exactitud.

Finalmente en dicho acto refirió *“esta utilización del correo electrónico o del Excel, siempre lo hizo con la tranquilidad de saber que no estaba haciendo algo malo, y en caso contrario, estaba brindando una alternativa a las personas que me buscaban, de las cuales puedo mencionarlas, y con la tranquilidad de que el ofrecimiento nunca fue de mi parte, fueron personas que me buscaron por el voz a voz que se generó”* (folio 19).

Las respuestas dadas por el trabajador en la versión libre y en la diligencia de descargos, a juicio de esta Corporación, resultan ser prueba de confesión respecto a los hechos que le fueron endilgados y el conocimiento de las obligaciones y prohibiciones contenidas en el reglamento interno de trabajo y otras disposiciones con las que contaba la compañía.

Ahora bien, dentro de las diligencias se aportaron como medios de convicción los siguientes que a continuación se destacan

Se allegó al expediente el informe interno No. 0589 (folios 335 a 336), suscrito por CRISTIAN DAVID PEÑA PORTELA, analista investigador, con el asunto *“investigación por una presunta actuación irregular del colaborador NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR, Administrador funcional del Sistema de la Gerencia de Calidad del Servicio”* en la cual se realiza la siguiente sinopsis:

“1. HECHOS

La UAC de Seguridad recibió una serie de alertas sobre presuntas irregularidades en que estarían incurriendo algunos colaboradores de la entidad al prestar dinero cobrando Intereses por encima del límite legal y utilizando las herramientas tecnológicas y el tiempo laboral para tal fin.

En ese orden de ideas, y después de haber obtenido información, se estableció que el colaborador NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR, Administrador Funcional del Sistema de la Gerencia de Calidad del Servicio, incurrió en ese tipo de conducta, razón por la cual se decidió adelantar las correspondientes diligencias.

2. DILIGENCIAS

- *Después de realizar una serie de validaciones se estableció lo siguiente en relación con el colaborador NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR:*
 - ✓ *Que ha prestado dinero a colaboradores del Banco y cobraba intereses mensuales de hasta el 6%.*
 - ✓ *Que en diligencias que se practicaron manifestó que actuaba como intermediario de un hermano suyo, gestión que consistía en recibir las solicitudes y, en algunas ocasiones, entregar el dinero. Adicionalmente, adelantaba actividades de cobranza cuando se requería.*
 - ✓ *Que enviaba correos electrónicos para recordar a los deudores que debían realizar el pago de los intereses conforme a los compromisos.*
 - ✓ *Que recibía en su cuenta dinero correspondiente al pago de los intereses que se recibían por los préstamos.*
 - ✓ *Que conservaba en el computador asignado por el Banco para sus labores un completo listado de los deudores con los montos adeudados, así como la proyección de los pagos y la lista de los depósitos efectuados por cada uno.*
- *Finalmente, al ver todos estos elementos materiales de prueba se convocó al colaborador diligencias administrativas para que explicara los hechos en los que estaba incurriendo a pesar de ser una práctica contraria a las normas y reglamentos de la organización. (...)*
- *Después de lo anterior se le imputaron cargos por el indebido uso de los medios y herramientas tecnológicas de la entidad, entre otras violaciones a las normas de la organización.*

3. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los hechos y las evidencias encontradas es procedente señalar que desde hace aproximadamente tres (3) el colaborador NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR ha intervenido en el préstamo de dinero a colaboradores de la organización cobrando tasas de interés mensual de hasta el 6%.

La cita persona (sic) incurrió en utilizar herramientas suministradas por el Banco, así como tiempo de la jornada laboral para la cual fue contratado, con el fin de atender actividades de seguimiento al dinero que prestaba y al comportamiento de los deudores en relación con los pagos a que se obligaban. (...)”

Al plenario también se incorporó impresión de los correos electrónicos cruzados entre el actor y MARIA EUGENIA RAMIREZ CEPEDA el 11 de septiembre de 2014 (folio 476 vto.) en los que la última le indaga “*a cuantas cuotas es que podemos hacer retanqueo, es que mi hijo está enfermo y he tenido gastos, lo de tu hermano ya lo consigné*”, frente a lo cual el demandante le responde “*Mucha gracias por la consignación. Hablé con mi hermano y me dice que para retanqueo mínimo cuando tengas 4 cuotas pendientes*”. Los mensajes de datos fueron enviados por el actor a las 12:38 p.m. y luego a las 4:42 p.m.

Igualmente de los correos entre el señor SALAZAR OIDOR y ROCIO SANDOVAL el 27 y 28 de marzo de 2012 (folios 478 vto. y 479), 13 de marzo de 2012 (folio 481) 25 y 27 de enero de 2011 (folio 482) 10 de octubre de 2011 (folio 485), 12 de noviembre de 2013 (folio 487). De ellos se resalta el calendado 28 de marzo de 2012 a las 11:53 a.m., remitido por el actor a la mentada señora, con el asunto “RE: CUOTA” (folio 478 vto.)

“Si te entiendo bien el tema seria así;

*Nuevo Imm
Saldo 277500
Total 1277500*

Eso al mismo tiempo (8Meses) para quincenas de 118.

El tema es que si te entendí bien y estás de acuerdo con lo mencionado, si podría pero te daría lo que necesitas el Lunes.

Me cuentas.”

Se destaca igualmente el calendado 13 de marzo de 2012 12:56 p.m. con el asunto “*Saludo*” cuyo remitente es NESTOR ALIRIO SALAZAR OIDOR y destinatario ROCIO SANDOVAL ARTEAGA (folio 481), el cual reza:

“Buen Día;

Rocío, que pena molestar pero te agradezco me colabores con nuestro compromiso, muchas gracias.”

De manera general, en dichas comunicaciones al demandante se le pide información sobre el estado de los créditos efectuados, la posibilidad de acceder a nuevas condiciones en los préstamos, información sobre pagos. Este a su vez, envía requerimientos de pago y da respuesta a los requerimientos realizados por

sus compañeros de trabajo, lo cual ocurre, según la hora registrada en los mismos, dentro del horario laboral, el que según el demandante era de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

También se recepitó CD contentivo un video que dura aproximadamente treinta minutos, en los que consta la diligencia de revisión del equipo de cómputo realizada al demandante en octubre de 2015. De tal documento se resalta, el actor accedió a un archivo de Excel –almacenado en el disco duro- en el cual tenía el listado de personas externas a la entidad y trabajadores del banco a las que se realizaban los préstamos, en el controlaba las cuotas y simulaba los créditos. En ese momento aceptó manipular el mismo para llevar el control cuando se solicitaba un préstamo. Igualmente se observa cuando el demandante ingresa a su correo electrónico institucional y visualiza correos electrónicos enviados por este solicitando el pago de cuotas y dando respuesta a los requerimientos realizados sobre este asunto.

Adicionalmente, al absolver el interrogatorio de parte el demandante¹⁰ adujo ser cierto que facilitó y tramitó préstamos de dinero a empleados del banco a través de su hermano. Refirió, en algunos casos era quien refería las condiciones del crédito, entregaba dinero y documentos. Sostuvo, como en una oportunidad envió un correo cobrando, pero no lo hizo en horario laboral. De manera contradictoria, aseveró, no utilizó el computador y la cuenta de correo del banco para realizar cobros. Indicó, sabía que no podía utilizar el correo para temas personales pero que no se decía nada puntual de hablar con compañeros de trabajo. Dijo no estar autorizado para realizar gestiones de cobro por el banco porque no estaba dentro de sus funciones. Comentó, en comunicación de julio de 2015 les recordaron que no podían prestar dinero entre compañeros, pero resaltó que el no prestaba dinero. Aseguró, entregó correos y cuadro de Excel y lo revisaron en su presencia. Relató, sus jefes no tuvieron conocimiento de dicha actividad porque no tenía nada que ver con su cargo y no recibió contraprestación por su intermediación. Conocía sobre la prohibición del uso del correo para asuntos pensionales pero no sabía cuáles eran las consecuencias.

En el trámite del proceso se recibió el testimonio de CRISTIAN DAVID PEÑA PORTELA¹¹, quien labora desde hace 6 años en la unidad de seguridad del grupo

¹⁰ CD folio 454, récord 43:20, audio 1.

¹¹ CD folio 454, récord 1:08:32, audio 1.

social del Banco y fue el encargado de realizar la investigación al demandante. Relató, a mediados de 2015 a la gerencia de gestión humana llegaron varias quejas por parte de colaboradores indicando que se sentían acosados y presionados por otros trabajadores del Banco que prestaban dinero a personas al interior de la entidad, muchos indicaron sentirse constreñidos para los pagos y también indicaron que no tenían capacidad de pago. Refirió, por clima organizacional y laboral la gerencia solicitó al área de seguridad que iniciaran las verificaciones y ahí nació la investigación. No fue sólo respecto del demandante sino varias personas que hacían esa actividad dentro de la organización. Señaló, de un momento a otro se hicieron masivas las quejas por presiones, intereses, etc., le dijeron que accedían a él para los créditos, que cobraba un 6% mensual sobre el valor; que los pagos se generaban por quincenas el señor cuando veía que pasaban unos días comenzaba a llamar o a requerir el pago de esas obligaciones y que todo era directamente con él. Comentó, el actor tenía una serie de tablas, un simulador, una proyección según los plazos que se manejaban. Ilustró, hicieron toma del computador del trabajador el viernes y el lunes en la mañana se le notificó que tenía que presentarse al área de seguridad bancaria para rendir declaraciones y revisar el equipo para ver si habían indicios en él, sobre los préstamos. Se hizo revisión con seguridad de la información, el mismo demandante nos mostró su equipo como sus archivos y algunos correos donde se evidenciaba esa práctica en horario laboral y que utilizaba las herramientas del banco como computador y cuadro de Excel donde manejaba un registro de las personas deudoras y las cuotas, una tabla dinámica que era como un simulador de crédito donde colocaba el monto, el plazo y las cuotas que tenía que pagar mes a mes, en vista de eso evidenciaron tomaron foto y enviaron a gestión humana. Dijo, se le indicó que se iba a hacer diligencia la cual quedó registrada en video.

Se recibió igualmente el testimonio de MARIA EUGENIA RAMIREZ CEPEDA¹², secretaria del Banco Caja Social desde hace 16 años y medio y quien adujo conocer al demandante porque trabajaban juntos. Anotó, accedió a los préstamos que realizaba el hermano del demandante a través de este último, quien le recibía los documentos respectivos. Aseguró, con ella no se cruzaron correos en horario laboral sobre los créditos, situación que resulta contraria a la documental descrita en apartes anteriores. Recordó, al interior del Banco están prohibidos los préstamos según el reglamento interno de trabajo y, resaltó, los elementos no

¹² CD folio 454, récord 18:18, audio 3.

pueden ser usados para atender asuntos personales, destacando como consecuencia la posibilidad de ser retirado de la compañía por conflicto de intereses.

A su turno CATALINA PEREZ FERNANDEZ¹³ quien para el 2015 se desempeñó como Gerente de Calidad de Servicio del Banco Caja Social y jefe del demandante, adujo, conoció de los hechos cuando seguridad bancaria procedió a hacer la investigación y se le remitió el informe para concretar el retiro del trabajador. Comentó, no fue evidente la situación hasta que se dio la investigación.

Los testimonios antes indicados son consistentes en señalar que el demandante fungió como intermediario en la realización de préstamos a sus compañeros de trabajo y que uso de las herramientas otorgadas por el Banco para realizar las gestiones de los mismos.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el *sub lite*, de emplear las herramientas de trabajo para fines distintos a los que fue contratado, se halló plenamente demostrada.

Dicha situación es una violación a las prohibiciones del trabajador que constan en el reglamento interno de trabajo, puntualmente, en los numerales 8 y 11 del artículo 55 del reglamento interno (folio 369) que establecen:

“8. Usar los útiles o herramientas o vehículos suministraos por EL BANCO CAJA SOCIAL en objetivos distintos del trabajo contratado.

(...)

11. Ocuparse en asuntos distintos a su labor durante las horas de trabajo, sin permiso previo de su superior respectivo”

Así mismo, el hecho de que el actor mediara en el otorgamiento de empréstitos a sus compañeros de trabajo, respecto de los cuales de hecho participaba muy activamente frente al seguimiento de los plazos, negociación de las condiciones para la concesión y el cobro, constituye una contravención a las conductas prohibidas en el código de conducta (folio 394 vto.) específicamente al literal h del

numeral 3.2.2 que señala “*Realizar actividades en las que actúe o pueda llegar a actuar como contraparte o competencia de Banco Caja Social*”, además, de configurarse un conflicto de intereses dada la restricción de realizar actividades que impliquen competencia con el Banco, acorde al literal b, numeral 3.3.1 de ese mismo estatuto (folio 395 vto.).

Al respecto, se debe advertir, en el párrafo del artículo 55 del RIT –cuyo contenido confesó conocer- se estableció que “*el incurrir en cualquier de estas prohibiciones constituye falta grave para el BANCO SOCIAL*”, e igualmente en el numeral 5 del código de conducta, se estableció que “*el incumplimiento de las normas relacionadas con este Código y en especial con las normas referidas a la prevención y control del lavado de activos y a la intermediación de valores y divisas, se consideran **graves** y como tales serán sancionadas, de conformidad con lo establecido en el mismo Reglamento Interno de Trabajo*” (folio 402 vto.)

Del mismo modo, conforme al contrato de trabajo el uso de equipos de computación y el respectivo software para la elaboración de trabajos personales, está catalogado como una falta grave según la cláusula séptima de dicho instrumento (folio 330 vto.)

Así, en los términos del numeral 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del reglamento interno de trabajo, del código de conducta y del contrato de trabajo que se califican dichas conducta como graves.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida¹⁴, tal y como acaeció en

¹³ Cd folio 454, récord 39:42, audio 3.

¹⁴ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido

autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

*“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. **Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.**”*

Es importante agregar, la grave negligencia no se encuentra condicionada al “*animus nocendi*” (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor¹⁵.

Con relación a este tópico vale precisar, resulta contradictorio el desconocimiento que advierte el actor respecto de la consecuencia por el incumplimiento de sus obligaciones o por incurrir en las prohibiciones contenidas en el reglamento interno de trabajo cuando expresamente refirió conocerlo, debiendo anotarse en todo caso, las causas de terminación del contrato de trabajo están previstas en la ley que es de orden público.

Adicionalmente, aunque el recurrente considera que la sanción impuesta al demandante resulta excesiva, no puede perderse de vista que en el mismo

limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)

¹⁵ Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

reglamento de trabajo se estableció que las faltas graves daban lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Finalmente frente a la oportunidad, aunque como lo informa el demandante lo relacionado con los préstamos era una situación que venía presentándose de vieja data, de ello solo conoció la empresa por las quejas presentadas por otros empleados, lo cual dio lugar a la apertura de la investigación en el año 2015, que tuvo lugar solo unos días antes de que la empresa tomara la determinación de finalizar el contrato, razón por la cual, se considera que entre el conocimiento de la demandada en la comisión de la conducta por parte del trabajador y la decisión del despido, transcurrió un plazo razonable.

Así, se logra establecer que desde el momento en que el empleador tuvo conocimiento de la actuación que consideró irregular por el demandante –pese a su reiteración en el tiempo sin anuencia de la pasiva-, adoptó las medidas necesarias para finiquitar el contrato; esto es, investigó la situación, buscó la versión del implicado y finalmente, lo dio por terminado con invocación de una causa justa, en un tiempo razonable y prudente, se insiste, desde el momento de conocimiento los hechos.

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante se dio con justa causa, y en ese orden, tampoco hay lugar a reconocer el pago de la indemnización por despido sin justa causa que se rogó de manera subsidiaria, de lo que sigue la confirmación de la sentencia proferida en primera instancia, en este puntual aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

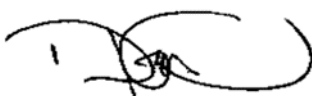
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas por esta Corporación.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CONCEPCION GUZMAN CASTILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 21 2019 00736 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones, Porvenir y la 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de febrero de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 133, récord 1:21:14, acta de audiencia folios 134 y 135), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen pensional efectuado por la señora MARIA CONCEPCION GUZMAN CASTILLO al régimen de ahorro individual dada el 11 de diciembre de 1996 con fecha de efectividad del 12 de diciembre de 1996 por intermedio de Colfondos S.A pensiones y cesantías, en consecuencia declarar como afiliación válida la del Régimen de Prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a Porvenir a trasladar a Colpensiones toda la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante MARIA CONCEPCION GUZMAN CASTILLO tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deben ser asumidos con cargo a sus propios recursos sin*

deducción alguna por gastos de traslado, para ello se le concede el término de un mes.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos y lo descontado a la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado, para ello se le concede el término de un mes.

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

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de Porvenir, Colfondos y Colpensiones.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos fíjese como agencias en derecho la suma de \$500.000 las cuales serán liquidadas por secretaria. Sin costas en contra de Colpensiones y Porvenir.

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

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque todas las partes de la sentencia proferida señalando que no le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia de traslado por falta de información cuando no le era obligatorio a su representada brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular 1998 emitida por la superintendencia financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado sino valido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, por lo que la permanencia de la actora en el RAIS ha sido una decisión libre y voluntaria e informada que se ratificó con el tiempo.

Indicó que Horizonte hoy Porvenir brindó a la demandante una asesoría oportuna donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales tal y como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante en el 2005, considerando que al haber asistido a varias reuniones en las que estaban asesores de Colfondos y de Porvenir se puede deducir que la demandante si tenía la información desde 1999 y posteriormente tuvo asesoría de manera privada en el 2005 con el asesor de Horizonte en repetidas ocasiones cada una por el alrededor de 20 o 30 minutos, reiterando para la época en la que la demandante realiza su traslado entre fondos Porvenir no estaba en la obligación de informarle la posibilidad de trasladarse de régimen toda vez que para la época de los hechos ya la misma contaba con 47

años de edad por lo que era imposible que la demandante se pudiera trasladar nuevamente de régimen.

Manifiesta la existencia de una ratificación tácita y expresa la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes y traslados de régimen de ahorro individual de manera personal y voluntaria lo que sin lugar a dudas de haber existido algún tipo de vicio del consentimiento la misma demandante lo rectificó con la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en el con su propio actuar en el paso del tiempo.

Por otro lado y en cuanto a los gastos de administración, aduce no ser viable ordenar su devolución pues de acuerdo con el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el RPM a destinar el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, advirtiendo en los eventos donde procediera la ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar serían los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional. De igual manera, el hecho de ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones configura ante esta demandada un enriquecimiento sin causa en la medida que no existe norma que disponga tal devolución pues en forma clara y sin lugar a interpretación diferente el artículo 103 literal b de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es, el saldo de una cuenta individual, incluidos sus rendimientos lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación de vejez del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado por su excelente gestión.

Reitera, deberá declararse la prescripción frente a los gastos de administración y primas de seguros o cualquier suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros por cuanto al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes por no financiar la pensión de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad. (Cd. fl. 133, record: 1:22:49)¹

¹ “Muchas gracias su señoría siendo esta la oportunidad pertinente presente recurso de apelación solicitándole de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque en todas las partes la sentencia proferida y que se absuelva en todas y cada una de las pretensiones de la demanda en segunda instancia, con

base en las siguientes razones: Lo primero es que no le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia de traslado a falta de información cuando no le era obligatorio a mi representada brindar la misma a la demandante teniendo en cuenta la circular 1998 emitida por la superintendencia financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendieran no solo materializado sino valido el traslado de régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes que sobre el particular había tal como ocurrió en el presente caso de manera que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el RAIS administrado por mi representada ha sido una decisión libre y voluntaria e informada que se ratificó con el tiempo.

Tampoco es dable a deducir que la ineficacia de traslado sea por falta de consentimiento o por vicios en el mismo toda vez que horizonte hoy porvenir brindo a la demandante una asesoría oportuna donde le informo ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales tal y como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante en el 2005, es importante poner de presente aquí que la asesoría no se le brindo a la demandante una sola vez sino se le brindo repetidas oportunidades como la demandante lo manifestó en su interrogatorio de parte pues en el año de 1999 cuando ella misma confiesa haber asistido a varias reuniones en las que estaban asesores de Colfondos y de porvenir razone estas para deducir que la demandante si tenía la información incluso desde 1999 y posteriormente tuvo asesoría de manera privada en el 2005 con el asesor de Horizonte en repetidas ocasiones cada una por el alrededor de 20 o 30 minutos tal y como lo manifiesta la demandante pues era el tiempo necesario, suficiente para que no solamente en una oportunidad sino en varias la demandante pudiera hacer preguntas las cuales no realiza teniendo en cuenta que ella estaba conforme con la información que se le estaba suministrando. Ahora es importante tener en presente que para la época en la que la demandante realiza su traslado entre fondos mi representada no está en la obligación de informarle la posibilidad de trasladarse de régimen toda vez que para la época de los hechos ya la misma contaba con 47 años de edad o más cosa que era imposible que la demandante se pudiera trasladar nuevamente de régimen.

Ahora es importante poner presente que se presenta el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil que son los relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tacita y expresa la cual opera de manera automática teniendo en cuenta que la demandante realizo aportes y traslados de régimen de ahorro individual de manera personal y voluntaria lo que sin lugar a dudas acaso de haber existido algún tipo de vicio del consentimiento la misma demandante rectificó la decisión de trasladarse de régimen y permanecer en el con su propio actuar en el paso del tiempo. Por otro lado no podemos aducir que se hubiese faltado a su deber de información obligando aportar documentos que para la fecha del traslado no le eran obligatorios como lo eran la simulación pensional o cualquier otro documento, cosa que pone de presente la ley 1748 de 2014 que es la que hace alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo de lo que la pensión se refiere y establece la obligación de enviar extractos de la cuenta de ahorro individual, sin embargo debemos que tener en cuenta que la vigencia de esta norma es a partir del 26 de diciembre del 2014 razones suficientes para establecer que al momento del traslado no le era obligatorio la entrega de documentos y bastaba con la asesoría verbal por lo que no es dable dar por sentada la falta de información al momento del traslado.

Ahora así las cosas su señoría también es importante tener de presente que la Honorable Magistrada Ana María Muñoz el 15 de septiembre del 2020 pone de presente que debe tomarse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios por el afiliado como intención de permanecer en el RAIS y que en el presente caso ocurre como lo manifiesta la propia demandante, ella firma dos formularios de afiliación uno con Colfondos en 1996 y otro en el 2005 con horizonte después de haber sido muy bien asesorada.

Por otro lado no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues de acuerdo con el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993 también en el RPM Se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, además es necesario resaltar que la Superintendencia financiera de Colombia mediante concepto emitido el 17 de enero del 2020 indico en forma expresa que en los eventos donde procediera la ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración la compañía aseguradora. De igual manera merece atención el hecho de que ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se configura ante esta demandada un enriquecimiento sin causa en la medida que no existe norma que disponga tal devolución pues en forma clara y sin lugar a interpretación diferente el artículo 103 literal b de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen esto es el saldo de una cuenta individual, incluidos sus rendimientos lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación de vejez del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado por su excelente gestión.

COLPENSIONES por su parte expresó en lo que respecta a la falta de información al momento de efectuar el traslado por la parte demandante que dicho requisito fue creado por la Ley 1478 del 2014 que modificó el artículo noveno de la Ley 1328 del 2009 por tanto en el año 1996 año en el cual efectuó el traslado, no era exigible a los fondos brindar documentación alguna al momento del traslado pues para aquella época solo se requería una asesoría verbal, el consentimiento de la persona y que se suscribiera el formato de afiliación, razón por la cual considera en el presente asunto no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores de la AFP.

Indica que al concederse el traslado al RPM faltándole menos de diez años para que le sea reconocida la pensión de vejez se descapitaliza el fondo común del RPM, por lo que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie o resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no solo 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. (Cd. fl. 133, record: 1:30:25)²

Finalmente deberá declararse la prescripción frente a los gastos de administración y primas de seguros o cualquier suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros por cuanto al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes en cuanto no financian la pensión de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad, así las cosas su señoría de manera muy respetuosa se ven que no están acreditados los supuestos sobre los cuales se condena a mi representada y en contra posición pues le solicito al honorable tribunal también de manera muy respetuosa se sirva revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias.”

² “Gracias, presento mi recurso de apelación ante la honorable sala laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá para que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por Ad quo bajo los siguientes argumentos:

Primero como ya se dijo en lo que respecta a la falta de información al momento de efectuar el traslado por la parte demandante se debe señalar que dicho requisito fue creado por la ley 1478 del 2014 que modificó el artículo noveno de la ley 1328 del 2009 por tanto en el año 1996 año en el cual la demandante efectuó el traslado no era exigible a los fondos brindar documentación alguna al momento del traslado pues para aquella época solo se requería una asesoría verbal, el consentimiento de la persona y que se suscribiera el formato de afiliación razón por la cual en el presente asunto no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores. Así mismo también se debe tener en cuenta que en virtud de que a la demandante solo no se le está negando el derecho a acceder a una pensión de vejez pues al cumplir con los requisitos establecidos por la ley puede ser reconocido este derecho en el RAIS sino que su inconformidad pesa sobre el monto de la pensión de vejez que esta va a adquirir, se debe considerar que al momento de resolver el caso bajo estudio el impacto que este tipo de decisiones puede generar en la estabilidad financiera de la administradora Colombiana de Pensiones pues al concederse el traslado al RPM faltándole menos de diez años para que le sea reconocido la pensión de vejez se descapitaliza el fondo común del RPM en ese sentido la corte constitucional en la sentencia C-062 del 2010 señaló que *“El objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste evitar la descapitalización del fondo común de régimen solidario de prima media con prestación definida que se produciría si se permitiera trasladar de régimen a las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del*

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 CONCEPCIÓN GUZMAN CASTILLO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 y 4), aspirando se declare la nulidad del traslado efectuado el 11 de diciembre de 1996 con Colfondos, como también la afiliación realizado a Porvenir el 22 de junio del 2005, en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, como también se trasladen la totalidad de los aportes realizados, rendimiento financieros, actualización de la historia laboral y el bono pensional a que haya lugar, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, disponiendo a PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deben ser asumidos con cargo a sus propios recursos sin deducción alguna. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.**

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes

cálculo actuarial para determinar las sumas representadas al pago de sus pensiones o su reajuste periódico ya que esto contribuiría desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”

Dicho lo anterior permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie o resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no solo 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, bajo estos argumentos dejo sentado mi recurso de apelación 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 2002³.

En ese orden, conforme la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 10, la actora nació el 13 de octubre de 1957, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1° de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 11 de diciembre 1996 (fl. 139) y que para el 1° de abril de 1994 la actora contaba con 85 semanas (fls. 140) equivalentes a 1 año, 7 meses y 25 días de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 30 de junio de 1995, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁴, resulta

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

⁴ “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.

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

Ahora bien, en el caso de marras, se evidencia del reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones (folio 141) la actora registró afiliación a esa entidad el 1° de septiembre de 1996, y dado que ésta se trasladó de régimen pensional el 11 de diciembre de 1996 (folio 139) lo procedente sería abordar el estudio de la validez del traslado previa constatación de la permanencia en el tiempo mínimo señalado por la ley (*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*); no obstante, como quiera que tal aspecto no hizo parte del petitum de la demanda ni

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

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

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

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

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.”

fue objeto de debate en el trámite del proceso, como tampoco impide solicitar la nulidad de la afiliación, la Sala continuara el estudio de los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, así como de las condenas impuestas a Colpensiones derivadas de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional por el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de 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, como ya se mencionó acaeció 11 de diciembre de 1996, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP de folio 139, **precisando** en este punto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues COLFONDOS desde la contestación de la demanda aceptó que la actora se trasladó mediante afiliación realizada el 11 de diciembre de 1996 (al pronunciarse sobre el hecho 1, Cd fl. 80), sin que en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió el asesor de COLFONDOS le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado pues podía acceder a una pensión más joven.

Advirtiendo en punto a los argumentos de apelación de Porvenir, relacionados con las posibles asesorías que recibió la actora cuando se afilió a Horizonte hoy Porvenir, conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia la información **debe ser suministrada al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con las charlas que pudo tener la actora cuando se afilió a Porvenir pues basta con señalar que la afiliación a esta entidad ocurrió el 22 de junio del 2005 (fl. 144) y el traslado de régimen mediante la afiliación a Colfondos se dio el 11 de diciembre de 1996 (fl. 139).

Respecto al comunicado de prensa obrante en las pruebas aportadas por Porvenir (Cd. fl. 105), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (11 de diciembre de 1996, folio 139), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del

⁷ Cd. fl. 133, récord 18:41.

régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver historial vinculaciones fl. 139) 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 PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (certificación obrante en Cd. fl. 105 e impresa a folio 145), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos incluidos los gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Además y en punto a la apelación de PORVENIR, 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por las enjuiciadas⁸, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por auto del 15 de febrero del 2021 (fl. 106).

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

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

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, razones por las cuales de acuerdo a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

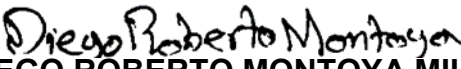
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE JOAQUIN GAITAN GONZÁLEZ CONTRA HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. SRL SUCURSAL COLOMBIA (RAD. 22 2017 00251 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas mediante correo electrónico del 15 y 16 de abril, 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

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, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo de 2021 (Cd. fl. 129, record 21:17, acta a folio 130), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR a COLPENSIONES, fondo en el cual se encuentra afiliado la parte demandante señor **JOSÉ JOAQUÍN GAITÁN GONZÁLEZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.288.954 a realizar el respectivo cálculo actuarial conforme al Decreto 1887 de 1994 por concepto de los aportes para pensión para el periodo comprendido entre el 24 de enero 1983 y el 20 de enero de 1987.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **HALLIBURTON LATIN AMERICA SUCURSAL COLOMBIA** a pagar el valor del cálculo actuarial por el concepto de aportes pensionales por el porcentaje que como empleador le corresponde debidamente indexado junto con los intereses que a ello hubiere lugar efectuado por la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES proceda a registrar en la historia laboral del señor **José Joaquín Gaitán González** una vez cumplidos los numerales anteriores las semanas correspondientes a los periodos de cotización entre el 24 de enero de 1983 y el 20 de enero de 1987.

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

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A SUCURSAL COLOMBIA y se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.”

La sentencia fue “*adicionada*” de oficio por la juez, estableciendo que, para todos los efectos, el numeral primero es del siguiente tenor 33:18:

“PRIMERO: ORDENAR a COLPENSIONES, fondo en el cual se encuentra afiliado el demandante señor JOSÉ JOAQUÍN GAITÁN GONZÁLEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.288.954 a realizar el respectivo cálculo actuarial conforme al Decreto 1887 de 1994 por concepto de los aportes para pensión para el periodo comprendido entre el 24 de enero 1983 y el 20 de enero de 1987. Para lo anterior, se hace necesario que la demanda HALLIBURTON LATIN AMERICA SUCURSAL COLOMBIA envíe los salarios que devengaba la parte demandante para dicho interregno de tiempo”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada HALLIBURTON LATIN AMERICA SUCURSAL COLOMBIA, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

Con ese propósito indicó, no comparte la conclusión de la juez de negar la excepción de cosa juzgada pues, aunque se consideró que el objeto sobre el que recayó la transacción fue ilícito, dada la imposibilidad de un acuerdo respecto de los aportes a seguridad social en pensión, no se tuvo en cuenta que para ese momento dicha prestación por vejez era un derecho incierto, destacando “a la fecha de la finalización del contrato (...) había efectuado una gran cantidad de aportes a favor del actor (...) de los cuales se financió la pensión que empezó a ostentar el demandante tiempo después”. Cita para el efecto las sentencias con radicación 5731 de 17 de junio de 1993 y 70238 del 6 de diciembre de 2016, que si bien se refieren a la transacción respecto de mesadas pensionales, las considera aplicables por analogía al asunto de marras.

Así, en su sentir, la obligación se encuentra satisfecha con la suma de dinero que fue reconocida al trabajador.

En otro giro, refiere, de insistirse en la imposibilidad de otorgar validez a la transacción, debe analizarse si el tiempo discutido era necesario para adquirir la

pensión de vejez, recordando, el demandante ya es beneficiario de esa prestación la cual le fue reconocida por COLPENSIONES con la tasa de reemplazo e IBL más alto posible conforme al número de semanas cotizadas, por lo que el interregno por las que se ordena el cálculo, tampoco impactaría el monto de la misma, y por el contrario, dice, su efecto sería negativo.

En su criterio, *“la obligatoriedad –de pagar el cálculo actuarial- solamente se da en los casos en los cuales el demandante no tiene la densidad suficiente de semanas para poder acceder a un derecho pensional”* pero aquí no se dio esa situación.

Por otra parte, de ratificarse lo atinente al pago del cálculo actuarial, arguye, debe disponerse la realización del mismo sobre la base de un salario mínimo y respetarse las reglas que disponen la participación del trabajador en la cotización, recalcando, esa sociedad no estaba obligada en su momento a efectuar los aportes y, por tanto, tampoco hizo la retención que obliga la ley¹ (Cd. folio 129, record 23:10, acta a folio 130).

¹ “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad pertinente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho con el fin de que el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sala laboral se ordene revocar la sentencia aquí proferida con base en los siguientes argumentos:

El despacho ha indicado en primer lugar que no se aplica la cosa juzgada respecto de la transacción efectuada por el aquí demandante José Joaquín Gaitán González y mi representada Halliburton en el año 2015 decisión que el despacho que considera que no es aplicable para el acuerdo realizado respecto de los aportes efectuados por el demandante para ello también es importante señalar que por parte de Halliburton existe discrepancia respecto a lo afirmado por el juzgado bajo los siguientes aspectos: Si bien ha indicado el despacho que objeto del cual recayó la conciliación fue sobre un objeto ilícito dado que no se puede transar los aportes de seguridad social en pensión, es preciso indicar también que de acuerdo a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los cuales en este momento valdría la pena solamente indicar respecto de obligación que aún no se han concretado respecto de derecho inciertos porque en ese momento la pensión era un derecho incierto y aun a pesar de ello vale la pena también destacar que a la fecha de la finalización del contrato mi representada había efectuado una gran cantidad de aportes a favor del actor aportes de los cuales se financio la pensión que empezó a ostentar el demandante tiempo después de la finalización del contrato de trabajo y que fue aceptado por el demandante en interrogatorio de parte practicado entonces tenemos sentencias como la 5731 del 17 de junio de 1993 y como más reciente la 70238 del 06 de diciembre del 2016 en donde se indica que es posible realizar conciliaciones o transacciones respecto si bien están hablando de mesadas pensionales podría aplicarse por analogía a los aportes porque en la medida que en ese momento no se había concretado un derecho del demandante podría ser objeto de esa transacción y en esa medida que la obligación como tal había sido cubierta con los aportes realizados en el tiempo a partir del cual se empezó la vigencia como se indicó en la misma transacción esta situación hubiese sido ya surtida y pues se había condicionado por parte de las partes a cualquier discusión por fuera de ello tan es así que mi representada reconoció una gran suma de dinero al demandante que si bien pudo haber efectuado unos nuevos aportes con base a ese dinero que se entregó no lo hizo pues eso tampoco es situación que ni le compete ni a Halliburton ni a tampoco pues en este proceso.

Ahora bien de mantenerse la decisión que la transacción adolece objeto ilícito de los aportes efectuada por mi representada al demandante y de los periodos de los que está aquí en discusión es importante también traer a colación la situación siguiente el despacho a desconocido totalmente los argumentos esbozados no solamente durante la práctica de pruebas sino también de los alegatos de conclusión de este apoderado en donde se estableció que debía verificarse efectivamente si ese tiempo que se estaba discutiendo acá realmente era necesario para adquirir la pensión de vejez situación que no se concreta el despacho dijo en su sentencia respecto de pronunciamientos de la Corte Suprema de justicia que debe hacerse el cálculo actuarial para los tiempos que hagan falta para cubrir la obligación de vejez de la persona situación que acá no se estaba

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 JOSE JOAQUIN GAITAN GONZALEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 19 y 20, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folio 19,

presentando toda vez que como bien ya estableció y como ya se había indicado anteriormente el demandante ya era beneficiario de una pensión de vejez; pensión de vejez con la que Colpensiones reconoció con la tasa más alta de reemplazo el IBL que se reconoció es superior al que normalmente se establece en este tipo de pensiones dadas la cantidad de semanas del demandante, en este sentido y como se explicó también en los alegatos de conclusión tenemos que el demandante de estos periodos que estaban establecidos no eran necesario para financiar la pensión o para que el demandante accediera a la pensión, toda vez que el mismo ya era beneficiario de una pensión de vejez otorgada por Colpensiones de acuerdo a los aportes que tenía el demandante tena más 1800 semanas si mal no recuerdo, unas 2000 semanas aproximadamente lo que supera totalmente cualquier elemento o base que tiene las normas en materia de seguridad social en pensiones a la tasa de reemplazo respecto de los aportes que realiza.

De otra situación también es preciso indicar que el cálculo actuarial tampoco haría que cambiase el IBC del demandante para la pensión que está disfrutando en este momento y que sería objeto de una reliquidación antes de sino ponemos a revisar nuevamente las situación de más tiempo lo que va a hacer es bajar este IBC y de igual manera este IBC al ser superior a la tasa de reemplazo va a ser diferente de acuerdo con las normas que tiene la ley 797 o la que haya que aplicar para el caso del demandante, entonces en ese sentido solicito al tribunal se revise esta situación y dada esta particularidades de este caso como quiera que la obligatoriedad solamente se da en los casos en los cuales el demandante no tiene la densidad suficiente de semanas para poder acceder a un derecho pensional y nuevamente recalco esta situación no se vivió en esta situación

De mantenerse esta situación del cálculo actuarial de manera subsidiaria solicito al honorable tribunal se sirva a verificar el pago de los aportes teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudencial por parte de la corte constitucional que deberían ser aplicables para este caso en el sentido de que las cotizaciones o el monto que se ordene del cálculo actuarial como bien lo ha indicado esos pronunciamientos que traigo a colación la sentencia T 281 del año 2020 y la T 420 del 2014 donde se establecía que el cálculo actuarial era solo sobre la base necesaria para adquirir el derecho pensional pero de mantenerse esa situación eso no debe realizarse sobre un salario diferente al salario mínimo son las reglas que establece y que debe haber participación del trabajador en proporción a lo que le corresponde a él como trabajador de haberse efectuado los aportes en su momento porque valga la pena recalcar que mi representada no está obligada en su momento de efectuar los aportes y por tanto tampoco hizo la retención que obliga la ley del porcentaje que le corresponde al trabajador por tanto mi representada no tendría que asumir en su totalidad los pagos de ese cálculo actuarial solamente en la proporción que le corresponde como empleador de acuerdo a las normas de la época y el trabajador también hacer parte de ello como lo establece esa sentencia y como se ha establecido jurisprudencialmente de que la cotización de las cotizaciones pensionales no es solamente una situación en cabeza del empleador cuando no es culpa exclusiva del mismo cuando hay una situación de no afiliación si debe caer en cabeza del empleador pero en esta situación no hay una obligatoriedad de efectuarse esos aportes y por tanto del empleador, por parte del trabajador y una proporción por parte de Colpensiones que también asume una proporción frente a los cálculos actuariales o frente a los aportes de que hay lugar en su momento entonces en ese sentido solicito al honorable tribunal se sirva revocar la sentencia con los argumentos expuestos en este recurso y de mantenerse a la solicitud conforme a lo solicitado en el mismo solicito que se revoque la decisión se tenga por probadas las excepciones propuestas.

34:55 Apoderado Halliburton: Teniendo en cuenta la adición realizada por el Despacho amplio el recurso de apelación presentado en el sentido de que de mantenerse esta decisión se tenga en cuenta los aspectos ya mencionados respecto del salario como tal que debe en cuenta conforme a las reglas que ya se han citado en el recurso que se ha presentado, solicito que no se tenga en cuenta el salario devengado en esa época sino el salario mínimo de la misma época, conforme lo ha establecido las reglas jurisprudenciales al respecto de los cálculos actuariales. En ese sentido adiciono la apelación presentada.”

solicitando se condene a HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA a reconocer y pagar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 24 de enero de 1983 y el 20 de enero de 1987, el cual debió aprovisionar conforme al artículo 72 de la Ley 90 de 1946. Pide además, se condene a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral, incluyendo el interregno objeto de título pensional. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó a HALLIBURTON LATIN AMERICA a pagar el cálculo actuarial, que para efecto realice COLPENSIONES, a favor del trabajador, por el periodo comprendido entre el 24 de enero 1983 y el 20 de enero de 1985. Así mismo, se ordenó a administradora de pensiones demandada, que una vez acreditada dicha suma proceda a actualizar la historia laboral. Lo anterior tras considerar, de una parte, que no era posible declarar probada la excepción de cosa juzgada toda vez que la transacción versó sobre derechos ciertos e irrenunciables, y de otra que conforme la jurisprudencia de las altas Cortes los empleadores están obligados a efectuar los aportes a pensión aun cuando en el territorio no existiera cobertura del ISS.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvertió la existencia de la relación laboral en los periodos señalados en la demanda y la providencia recurrida.

Pues bien, para abordar el estudio de la controversia puesta a consideración en esta instancia, iniciará la Sala pronunciándose respecto de la excepción de cosa juzgada, la cual fundó la encartada HALLIBURTON, en el acuerdo de transacción suscrito por las partes, aduciendo, a través del mismo transigieron cualquier diferencia que pudiera existir hasta ese momento, a través del reconocimiento de una suma de dinero que ascendió a los \$391.060.788 que fue aceptada y recibida a satisfacción por el actor.

En ese orden, conviene para el caso de autos precisar, el Consejo de Estado² ha señalado como elementos de la transacción contenida en el Código Civil en su artículo 2469 y siguientes³:

² Sentencia del Consejo de Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Subsección "C", Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, de 18 de enero de dos mil doce (2012):

- a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho.
- b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado.
- c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

La transacción es uno de los mecanismos alternos de solución de conflictos que carece de regulación en el estatuto contractual, por lo cual es necesario acudir a lo contemplado en el artículo 2469 del Código Civil.¹ Esta figura jurídica está autorizada para los contratos estatales en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 13 del Decreto Reglamentario 173 del mismo año.

En criterio de algunos doctrinantes, la definición del Código Civil, es incompleta, ya que sólo toca dos aspectos de la transacción, a saber, la existencia de un derecho que se disputa judicialmente o pueda ser materia de litigio y la intención o voluntad de superar las diferencias sin necesidad de decisión judicial, el tercer elemento lo constituye las concesiones recíprocas, que en caso de no estar presentes convertirán el negocio jurídico en una simple renuncia, remisión, allanamiento o cualquier otro innominado.²

Para otros, la transacción requiere tres presupuestos, que son la existencia previa de incertidumbre sobre una relación jurídica, la sustitución de la relación dudosa por una nueva que tiene el carácter de cierta e indiscutible y el que se logre el acuerdo mediante concesiones recíprocas..

Así ha dicho la Sala (Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia de junio 8 de 2000, Rad 16973 C.P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez):

"Según el art. 2469 del C.C. "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual." Como lo ha afirmado la jurisprudencia nacional, para su formación se requieren los siguientes presupuestos: a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho. b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado. c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen. El criterio ampliamente aceptado ha sido que "para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee la fórmula res litigiosa et dubia." En desarrollo del inciso 4 del artículo 116 de la Constitución, la ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas "por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación." (arts. 70 y 71), pero en ningún momento el estatuto de contratación estatal autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual. De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función. De conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo. En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción. Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos. En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, "no está permitido transigir sobre materias de orden público"; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas. Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad".

³ ARTICULO 2469. DEFINICION DE LA TRANSACCION. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

De igual forma, debe destacarse, la transacción es válida en materia laboral siempre y cuando no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles, de conformidad con el artículo 15 del C.S.T⁴.

Bajo tales premisas, descendiendo al estudio del elenco probatorio, se tiene que con la contestación presentada por HALLIBURTON se allegó copia del “*contrato de transacción laboral*” suscrito entre esa sociedad y JOSE JOAQUIN GAITAN el 15 de mayo de 2015 (folios 73 a 76), en las que, frente a lo que al asunto interesa, se pactó:

“(…)

TERCERA.- Durante la vigencia del contrato y hasta su terminación EL TRABAJADOR, manifiesta que **HALLIBURTON** pagó en forma completa y conforme a la ley los salarios, recargos por trabajo extra, recargos nocturnos, dominicales, festivos, prestaciones sociales comunes, auxilios legales y extra legales de cualquier tipo, bonos extralegales y extrasalariales, compensatorios, aportes a la seguridad social desde el inicio de la obligatoriedad de pagos de seguridad social y sin exclusión alguna todos los derechos ciertos e indiscutibles que le correspondían con causa directa o indirecta en el contrato e trabajo que existió, hecho que el TRABAJADOR acepta mediante la firma del presente documento

CUARTA.- Con el fin de prevenir cualquier litigio eventual que pudiera presentarse en razón del desarrollo y terminación de la relación laboral, las PARTES han decidido transar esas posibles diferencias por derechos ciertos e inciertos en la suma bruta de \$357.5858.612.00 pesos la cual constituye Bonificación Extraordinaria de Mera Liberalidad no constitutiva de salario para ningún efecto. (...)

QUINTA.- Conforme se indicó en la cláusula CUARTA, las Partes transigen todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral que los vinculó, dándole al presente acuerdo el valor de transacción con efectos de cosa juzgada, en los términos del Código Civil y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre los conceptos de salario, prestaciones, causación, reconocimiento y pago de recargos por trabajo extra, recargos nocturnos, festivos y diurnos, toda clase de indemnizaciones cualesquiera que sea su causa o razón, entre éstas la prevista en la ley por terminación del contrato, o por enfermedad no profesional, incentivos, bonificaciones de toda clase, primas y beneficios de orden extralegal, cualquier eventual reclamación relacionada con indemnizaciones y/o bonificaciones por retiro, acciones de reintegro o cualquier tipo de reclamación derivada de la terminación del contrato, eventuales reliquidaciones, diferencias sobre coexistencia y/o concurrencia de contratos en atención a los servicios prestados, así como reclamaciones sobre la naturaleza salarial o no de pagos efectuados a EL TRABAJADOR, incluidas las correspondientes a manejo de sustancias radioactivas; y tal como se dijo, todo proceso, acción, derecho o pretensión que directa o indirectamente tengan como causa de la relación laboral. El TRABAJADOR acepta que el mayor valor de la liquidación de sus acreencias laborales sea imputable y

⁴ ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

compensable a cualquier suma de dinero que por otro concepto tuviere que pagarle, adicionalmente, la suma transaccional se imputará a cualquier pago legal no realizado.

SEXTA.- Las PARTES se declaran a paz y salvo por todo concepto. EL TRABAJADOR deja expresa constancia que no se reserva frente a HALLIBURTON ni frente a quien sus derechos represente, ningún derecho, acción o pretensión, cualquiera sea su causa, puesto que el represente es un arreglo total y definitivo de toda clase de derechos y acreencias laborales.

SÉPTIMA.- *Efectos es la intención de las Partes que el presente Contrato de Transacción tenga los efectos de una sentencia ejecutoriada en última instancia y que las renunciaciones contenidas en el presente contrato de Transacción puedan surtir plenos efectos y tengan validez y fuerza legal, sin importar la jurisdicción en la cual sean invocadas, alegadas o defendidas. En consecuencia, las Partes específicamente convienen que el presente Contrato de Transacción tendrá efectos, plena validez y será exigible en Colombia (...)* (Negrilla y subrayas de la Sala)

Aunque en el asunto no se discute la validez de la transacción en comento, dada la ausencia de reparos frente al mismo en el escrito introductor, encuentra la Sala que dicho contrato transaccional no puede tener efectos de cosa juzgada frente a los aportes a pensión, que es la materia objeto de discusión en el asunto, por cuanto estos corresponden a un derecho cierto e indiscutible cuando se encuentran causados y por ende, no es ni transable ni conciliable.

Así lo estimó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4575 de 2020, al señalar:

*“Sobre este punto, la Sala resalta **que el derecho al pago de los aportes al sistema pensional, al igual que el derecho pensional de origen legal y extralegal cuando se encuentra causado, no es transable ni conciliable, por tener carácter cierto e indiscutible.** En ese sentido, esta corporación es clara al sostener que la autonomía de las partes tiene límites, en tanto los principios legales y constitucionales proscriben la posibilidad de renunciar a beneficios mínimos laborales, tal como lo adocrinó en sentencia CSJ SL4525 -2018 cuando dijo:*

En los referidos preceptos legales, en armonía con el artículo 53 de la CN, se encuentra el fundamento normativo del llamado «orden público laboral», el cual conforme se estableció en sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 39601, se refiere a las normas necesarias para la convivencia y el disfrute efectivo de los derechos dentro del Estado, y está conformado por normas constitucionales y legales imperativas y coercitivas, que rigen en el ámbito de las relaciones de trabajo, constituyendo «una limitante al principio de la libertad contractual, pues se configura por preceptos que el Estado ha erigido como guardianes de principios vitales de la sociedad, no renunciables ni susceptibles de ser modificados o derogados por las partes, salvo – como lo afirma la norma últimamente citada- “los casos expresamente exceptuados por la ley”, so pena de ineficacia», de allí que en materia del derecho al trabajo y de

la seguridad social, las normas de orden público establecen aquellos derechos mínimos que limitan la autonomía de la voluntad, irradiando así el espíritu eminentemente tuitivo del derecho laboral, de proteger prevalentemente a los trabajadores. Partiendo de las anteriores premisas, la Corte ha establecido que tratándose de derechos laborales o de la seguridad social, la regla general es la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos contemplados en los artículos 14 del CST, 3° de la Ley 100 de 1993 y 53 de la CN, entre otros, de modo tal que la conciliación solo resulta admisible respecto de derechos inciertos y discutibles, tal como lo prevé el artículo 15 del CST. (...)

(...)

Aunque pudiera decirse que la dicha regla general está referida a la irrenunciabilidad de los derechos cuya fuente es la ley, abriendo la muy discutible posibilidad de la renuncia a los derechos laborales originados en otra fuente, una tal apreciación pierde firmeza ante el artículo 15 del CST, porque un derecho causado, uno que está ya en el patrimonio del trabajador, no admite negociación alguna, y porque la dicha norma solo permite la renuncia, a través de la transacción, cuando de derechos inciertos y discutibles se trata; como también lo dice la norma sobre conciliación.

(...)

A su turno, en sentencia CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 32051; la Corte recordó lo siguiente:[...] esta Sala de la Corte ha explicado que ‘... el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales’ (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)’.

Atendiendo tales premisas, al margen de que en el contrato de transacción, el demandante hubiera manifestado que la demandada se encontraba a paz y salvo frente a la reclamación, entre otras, de aportes a la seguridad social, ello no puede tener los efectos de cosa juzgada pretendidos por la recurrente, de modo que no hay lugar a declarar probada la excepción, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado.

De otra parte, a efecto de resolver el fondo de la controversia, debe reseñar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual, no era obligatorio realizar la afiliación, y por ende la cotización de aportes, por el hecho de que en el lugar donde se hubiera prestado el servicio, no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, y por esa razón no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicho Instituto; en Sentencia SL-9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475⁵, fue reexaminado el tema considerándose inviable estimar

⁵ Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfano que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un

mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser

que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

En el caso propuesto en la jurisprudencia traída a colación, si bien se trata de una situación de falta cobertura en algunas zonas geográficas, tal hipótesis, se equipara perfectamente al caso de las empresas petroleras para quienes surgió la obligación de afiliación de sus trabajadores al I.S.S. con posterioridad, ya que la consecuencia en ambos casos es la misma, precisamente, la falta de asunción de los riesgos de IVM por parte del I.S.S.

Y pese a que en dicho pronunciamiento se hace mención a la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en el literal c) del párrafo 1, que hace referencia a la vigencia del contrato de trabajo para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para el caso de autos, salvado el escollo relacionado con la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales para el sector petrolero en la época de vigencia del contrato de trabajo del aquí demandante, a efecto de tener en cuenta dichos tiempos de servicios para su derecho pensional, bien podemos acudir al literal d)⁶ del mismo

comprendiendo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal”.

⁶ **Parágrafo 1º.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

parágrafo, -introducido al artículo 33 original por la reforma realizada en la Ley 797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada:

“...si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho”

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que *“...infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma”*.

A más de lo anterior, téngase en cuenta que, para un caso de idénticas características al presente, la misma Corporación, mediante Auto 068 del 20 de marzo de 2014, clarificó el tema de los aportes a la seguridad social en los

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

sectores donde aún no había cobertura del ISS (en este caso por la suspensión de la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, decretada en Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982 según lo advirtió la demandada en su contestación, folios 98 y 99), o no existía una norma que obligara a los empleadores a efectuar estos respectivos aportes, en este Auto la Corte Constitucional, consideró que debía sujetarse a lo resuelto en la sentencia T-784 de 2010, ya que en ésta se decidió sobre un caso en el que una persona que tuvo vínculos laborales con la compañía petrolera Chevron Petroleum Company hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, solicitó se le ordenara a esta última el reconocimiento y pago de los aportes pensionales correspondientes al tiempo que laboraron para ellos, en tal auto se consideró:

“...Así las cosas, en la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigi[era] de acuerdo con la ley. No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana...”

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada en cuanto indica que la empresa a la que representa no tenía la obligación de realizar el cálculo actuarial como quiera que el llamado a inscripción, tal como lo afirma la convocada ocurrió en octubre de 1993 (folio 46), por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Por otra parte, a efectos de solventar otras de las inconformidades planteadas en la alzada, debe enfatizar la Sala, para el asunto es indiferente si el demandante causó o no su derecho pensional, comoquiera que la cotización al sistema general de seguridad social en pensiones es una obligación que en el asunto de marras surgió como consecuencia de la prestación de servicios efectuada a su favor por parte el trabajador y los deberes impuestos sobre la materia a la sociedad demandada como empleadora.

Adicionalmente, tampoco es posible, como lo sugiere el recurrente, liberarlo de la carga impuesta bajo el argumento de que el demandante acumuló el número de

semanas máximo para acrecentar su mesada pensional, toda vez que aunque estos aportes eventualmente no tengan un impacto respecto del monto de la mesada pensional que ya fue reconocida por COLPENSIONES al actor, no puede perderse de vista que en los términos de la Ley 100 de 1993 todas las semanas cotizadas el sistema concurren a la financiación de la prestación, con lo cual se materializan los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema que caracterizan el derecho a la seguridad social.

Establecida entonces la obligación que estaba en cabeza del empleador del actor frente a las cotizaciones en pensiones durante el periodo en que no hubo cobertura, se procede a estudiar las inconformidades relacionadas con el cálculo actuarial al que se condenó, específicamente en lo atinente al salario que debe emplearse para su liquidación.

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación el Decreto 1887 de 1994 a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señalando en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

“ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (...)

*El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, **ni superior a 20 veces dicho salario.***

*PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 **el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.***”

Conforme a lo anterior, luce evidente que en efecto el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial que habrá de liquidar la administradora de pensiones debe ser el último devengado⁷ por el señor JOSE JOAQUIN GAITAN GONZÁLEZ, es decir, el de enero del año 1987 y no el mínimo vigente para ese periodo, como lo expone el apelante.

⁷ La Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 42530 del 22 de abril del 2015 y 42530 del 11 de noviembre del 2015, para la liquidación del cálculo actuarial tomó el último salario devengado.

De otro lado, aunque en la apelación se pide que se imparta la orden de pago únicamente respecto del porcentaje que le corresponde como empleador, lo cierto es que así quedó establecida la obligación a su cargo, como puede leerse del numeral segundo de la providencia objeto de recurso, en la que textualmente se dispuso: “CONDENAR a la demandada HALLIBURTON LATIN AMERICA SUCURSAL COLOMBIA a pagar el valor del cálculo actuarial por el concepto de aportes pensionales por el porcentaje que como empleador le corresponde debidamente indexado junto con los intereses que a ello hubiere lugar efectuado por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones”. En esos términos, con independencia del criterio que tenga la Sala frente al particular, inocuo resulta realizar un pronunciamiento al respecto.

Adicionalmente, para los efectos de este tópico, no tiene trascendencia la proporción con la que tanto el empleador, como el trabajador deban contribuir al sistema para la construcción de la pensión de este último, por cuanto en verdad el fundamento de la condena estriba en que para ese entonces -cuando no había cobertura del ISS- la pensión estaba a cargo del empleador, así que, asumido por ese lapso el pago del cálculo actuarial, este se libera de su obligación. Recuérdese para el efecto lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 90 de 1946.

Finalmente, se advierte, únicamente le correspondería a COLPENSIONES – siendo la entidad pensional del demandante- generar el respectivo cálculo actuarial conforme lo previsto en el Decreto 1887 de 1994 para que el empleador que omitió su obligación de pago de aportes los cancele y tener en cuenta, dentro de la historia laboral del demandante los aportes por este interregno, pues como ya se advirtió del sustento jurisprudencial que se propone, la administradora debe “*tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado*”.

Sobre este punto se debe advertir que la única competente en este caso para liquidar el cálculo actuarial es precisamente el fondo de pensiones, pues esta entidad debe recibir su importe a entera satisfacción para que se entienda cumplida la obligación.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A.

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,

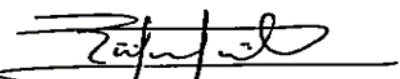
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada HALLIBURTON LATIN AMERICA SUCURSAL COLOMBIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$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 MANUEL HERNANDO TOVAR RENGIFO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 22 2018 00561 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 14 y 15 de abril de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de febrero de 2021 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 228, récord 32:06, acta folios 229 y 230), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor MANUEL HERNANDO TOVAR RENGIFO identificado con la de cédula de ciudadanía 19.298.992 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 1 de marzo de 1996 incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A, fondo en el que se encuentra afiliado el señor MANUEL HERNANDO TOVAR RENGIFO a trasladar a Colpensiones los*

valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración quien está en obligación de recibirlos y efectuar los ajustes de la historia pensional del actor conforme quedaron explicados en este providencia

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A a remitir a Colpensiones los dineros que recaudo por conceptos de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo conforme quedo explicado anteriormente.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandas de conformidad a la parte motiva de esta sentencia

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR y COLFONDOS a la suma de 1 SMLMV como sumas de agencias en derecho a cargo de cada una.

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, PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR advierte, aunque la sentencia se funda en el criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de información, se dejó de lado, dice, otros pronunciamientos de esa Corporación relativos a los traslados horizontales y los actos de relacionamiento, esto es, eventos que acaecen durante la afiliación del usuario que le permiten tener información adicional respecto del régimen de ahorro individual, considerar las ventajas o desventajas de estar dentro del mismo. De esta forma, sugiere, no debió centrarse el análisis únicamente a lo acontecido en el momento del traslado de régimen y, como quiera que el demandante realizó traslados horizontales, debía tenerse por ratificada su intención de permanecer dentro del régimen de ahorro individual.

Por otro lado, critica que se le exija el cumplimiento de aspectos no previstos en la norma al momento del tránsito de régimen y que se hubiere trasladado de manera absoluta la carga de la prueba en cabeza suya, cuando, como administradora, solo estaba obligada a diligenciar el formulario de afiliación donde consta el consentimiento y la voluntad del afiliado.

Con relación a la obligación de devolver los gastos de administración, estima, con ello se desconoce lo previsto en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993 que faculta a las AFP a generar esos cobros por administración y gestión de la cuenta

del afiliado, función que alude realizada de buena fe, y que le permitió al demandante el cubrimiento de sus contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Por ello, en su sentir, no se trata simplemente de declarar una ineficacia y considerar que no existen los actos efectuados con posterioridad porque no solamente se soporta el traslado de régimen, sino también actos jurídicos adicionales como los traslados horizontales, el pago de primas de seguros y el consecuente contrato de aseguramiento el cual tiene una naturaleza claramente diferente y que es tipo de condenas están conllevando a desconocimiento total propiamente del criterio del acto jurídico o del negocio jurídico dentro de los pilares de una acción civil.

Por último, solicita se estudie la prescripción de cara a los gastos de administración considerándose para el efecto que su destinación es diferente al pago de la prestación¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 228, récord 33:46, acta folios 229 y 230).

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta que los criterios adoptados para declarar la ineficacia de traslado de régimen se sustentaron respecto a las sentencias que se ha emitido al respecto por parte de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia valorando los criterios del deber de información, sin embargo al momento de considerar el análisis en concreto se deja de lado otro tipo de pronunciamientos que la misma sala a referido lo que tiene que ver con los traslados horizontales y los actos de relacionamiento, la sala de descongestión laboral de la CSJ en sentencia 3752 del 2020 dejó claro que los traslados horizontales hacen las veces de actos de relacionamiento es decir actos que se dan dentro de la afiliación del periodo de afiliación del usuario en este caso de la demandante que le permite tener información adicional respecto al RAIS considerar ventajas o desventajas dentro del mismo y no limitarse simplemente a lo que aconteció al momento del traslado de régimen para el presente caso existiendo aparte del traslado de régimen dos traslados adicionales con mi representada para el año 1999 y el año 2000 según el historial de vinculación del SIAP la parte demandante ratifico su intención de permanecer, obtuvo información adicional en el mismo régimen de ahorro individual que le permite o a criterio de este abogado suficientemente tener información respecto a las condiciones o implicaciones que acepto con el RAIS, claro es que no puede desconocerse o dejarse de lado los formularios de afiliación o exigírseles criterios adicionales porque son aspectos que la misma ley no consagraba al momento del traslado de régimen no se le puede dar aplicación retroactiva a criterios normativos o jurisprudenciales cuando el contexto del traslado de régimen se dio para el año 1996 en esa primera etapa del deber de información, en ese sentido si bien menciona la juzgadora de primera instancia que se tiene la atribución de trasladar la carga probatoria a mi representada la misma no puede ser absoluta y considerarse que por la calidad de administradora de pensiones deba allegar medios probatorios o aspectos que ni siquiera pueden estar en su poder porque claramente al momento del traslado lo único que consideraba el consentimiento y la voluntad por escrito que consagraba el literal b del artículo 13 de la ley 100 era el formulario de afiliación por ese sentido al no tacharse de falso, ni desconocerse los formularios de afiliación suscrito por la demandante se entiende considerados como válidos respecto a protocolizar los diferentes actos jurídicos que existieron dentro de su periodo de afiliación, en ese sentido propio es que Porvenir cumplió el deber de información que bajo el contexto de esa primera etapa le era exigible por la ley al momento de la afiliación de la parte demandante

Por otro lado la condena a mi representada a los gastos de administración deja de lado y desconoce criterios normativos como el artículo 13 y el artículo 20 de la ley de 1993 donde se faculta a las administradoras de pensiones a generar estos cobros por la administración y la gestión realizada por el tiempo de afiliación de la demandante, véase que en el certificado de egresos que se allegó a la contestación de demanda se soporta la buena fe de mi representada a hacer el traslado no solamente de los aportes sino de los rendimientos que generó durante el tiempo de afiliación en la cuenta de ahorro individual, en ese sentido pudo evidenciarse la labor y la buena fe desempeñada por mi representada más aun cuando durante ese tiempo también estuvo

A su turno, COLPENSIONES pide se revoque en su integridad la sentencia, argumentando para el efecto, no debió aplicarse la regla jurisprudencial, en razón a que, en su criterio, la Corte ha sido clara en señalar en qué casos debe declararse la nulidad del traslado y la obligación de analizar el asunto de manera particular, especialmente, si se tiene en cuenta que el hecho generador de la demanda “es el descontento del demandante en el valor de la mesada en el RAIS” no encontrándose por tanto probado el incumplimiento del deber de información.

De otro lado, sostiene, COLPENSIONES no debe responder por los actos desplegados por terceros, y las declaratorias de nulidad, asevera, le están generando al sistema de pensiones una descapitalización importante, puntualizando, el término previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no es caprichoso, y el demandante no cumplió con su deber de solidaridad² (Audiencia

cobijada la demandante frente a las contingencias de invalidez y sobrevivencia con el pago de las primas de seguro atribuidas a la aseguradora en este sentido no se trata simplemente de declarar una ineficacia y considerar que no existen los actos conllevados con posterioridad porque no solamente se soporta el traslado de régimen, sino también actos jurídicos adicionales como los traslados horizontales, el pago de primas de seguros que conviene un contrato de aseguramiento con una naturaleza claramente diferente y que es tipo de condenas están conllevando a desconocimiento total propiamente del criterio del acto jurídico o del negocio jurídico dentro de los pilares de una acción civil.

Por otro lado también considerar no el estudio por parte del tribunal respecto a la excepción de prescripción a lo referente a los gastos de administración si bien considera mantener la decisión respecto a esta condena véase que si es loable estudiar en este caso la excepción de prescripción en el entendido que su destinación es totalmente diferente a la motivación realizada por la corte constitucional y la misma sala laboral de la corte suprema de justicia frente a la imprescriptibilidad porque su protección constitucional va referida a la pensión de vejez y como esta destinación es diferente es frente a la gestión realizada por la administradora es claramente que es loable la aplicación de la excepción de prescripción frente a estos gastos de administración, por lo anterior le solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se sirva revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de las condenas incursas, muchas gracias.”

² *“Gracias su señoría por no estar de acuerdo con la decisión que usted acaba de tomar interpongo el recurso de apelación para que los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en la especialidad sala laboral revoquen en su totalidad de la sentencia respecto a los siguientes ítems: Una de las consideraciones de las cuales este apoderado judicial no comparte la postulación argumentativa es el tema de la ubicación del precedente jurisprudencial respecto al preciso caso que estamos analizando, en tal sentido reiterar los argumentos de la contestación, como de los alegatos de conclusión pues menester toda vez que la reiterada jurisprudencia de la corte suprema de justicia es clara y precisa respecto a los casos en los cuales se debe declarar la nulidad de traslado y también respecto al estudio que se debe hacer de cada uno de estos casos, de ninguna manera siendo un estudio genérico respecto a la nulidad de traslado en ese sentido la falta del deber de información no es refutable en el presente caso toda vez que el hecho generador de esta demanda es el descontento del demandante por el valor de la mesada pensional en el RAIS, en ese sentido la falta del deber de información no está demostrada con ese simple argumento, dentro del plenario, en el escrito introductor y también en el interrogatorio de parte se deja ver que el demandante no se tiene mal informado por otro tipo de factor importante dentro de las particularidades de cada régimen sino que simplemente se encuentra en descontento por el valor de su mesada pensional y eso no se puede refutar como falta del deber de información porque tal y como lo dije anteriormente era imposible para la época del traslado conocer cuál iba ser el valor de su mesada pensional, en tal sentido es atemporal solicitar ese requisito 20 años después.*

De igual forma Colpensiones no debe responder por actos desplegados por terceros, Colpensiones es invitado o llamado a este tipo de procesos simplemente por administrar el RPM y estas declaratorias de nulidad está generando para el sistema público de pensiones una importante descapitalización del sistema, toda vez que el requisito de solidaridad es un requisito imprescindible para los afiliados al RPM y yendo así

virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 228, récord 41:01, acta folios 229 y 230).

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 MANUEL HERNANDO TOVAR RENGIFO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 101 a 104) las cuales encuentran fundamento en los hechos y omisiones expuestos en el acápite respectivo (folios 88 a 92), aspirando principalmente se declare la “nulidad e ineficacia” del traslado inicial del Régimen de Prima Media con Prestación definida que manejaba el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene de manera inmediata su retorno al RPM conservando los beneficios de dicha régimen y se condene a PORVENIR a trasladar todos los valores que hacen parte de su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados, disponiendo a COLPENSIONES el recibo de los mismos. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a COLFONDOS, como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación**

mediante el requisito de solidaridad dentro del debate argumentativo entro a otro de los ítem que por los cuales no me encuentro de acuerdo con la sentencia de primera instancia y es llamar como término prescriptivo al termino señalado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 como prohibición legal para los afiliados que quieren cambiarse de régimen pensional, precisamente este no es un término prescriptivo de ninguna manera debería entenderse así toda vez que este término no se creó caprichosamente por el legislador sino que tiene una proyección normativa-legislativa que va más allá de lo escrito en la norma, o más allá de ser una prohibición legal hoy entendemos que el RPM es un en régimen solidario y en ese sentido las cotizaciones que hacen las personas al día de hoy son las que cancelan o en su mayoría financian las pensiones de los pensionados de hoy, este requisito de solidaridad pues no cumplió el demandante por más de quince años no cotizo al RPM, no hizo parte de este régimen público de pensiones, no colaboro a la financiación del régimen público de pensiones, en ese sentido su traslado al RPM estaría generando una descapitalización al sistema pues como se ha demostrado ampliamente señores magistrados lo conocen ustedes de primera mano, más allá de que fallen a trasladar los valores correspondientes a rendimientos y gastos de administración al RPM estos no alcanzarán a financiar la pensión del interesado por máximo de siete años, pues del séptimo año en adelante será el estado quien deberá financiar esta pensión y pues esto quebrantaría directamente la dinámica financiera del RPM, en ese sentido y pues retrotrayendo todo al argumento inicial este término de diez años señalado en el artículo 13 de la ley 100 1993 pues de ninguna manera es un término prescriptivo por todas las razones anteriormente expuestas. De tal forma señores magistrados solicito que analice en este particular caso frente a los argumentos que acabo de exponer y así mismo dejo planteado el recurso de apelación, muchas gracias.”

definida, junto con los rendimientos financieros, sin lugar a descontar los gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 17 de junio de 1958 (folio 10), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de junio de 2018 (folios 13 a 15) y a COLFONDOS el 29 siguiente (folio 6 a 8), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 60 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 -30 de junio de 1995⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 510,29 semanas entre tiempos públicos y privados (Historia laboral Ministerio de Hacienda -folio 180 a 181-, y certificados de información laboral expedidos por CONVIDA EPS-S (folios 39 a 45), Hospital Hilario Lugo (folios 46 a 48) y el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Salud (folios 49 y 50)) equivalentes a 9.78 años,

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

⁴ Era trabajador del sector público, laboraba en la EPS CONVIDA (folios 39 a 44) cuya naturaleza corresponde a la de una Empresa Industrial y Comercial de Departamento, vinculada al Despacho del Gobernador.

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 **1 de marzo de 1996** (folio 203) específicamente conforme al reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, precisando, aunque al plenario se incorporaron algunos formularios de afiliación suscritos por el demandante a HORIZONTE (hoy PORVENIR) –entidad a la que se realizó el traslado inicial-, los mismos tienen como fecha el 31 de julio de 1996 (folio 33 y 202 vto.) y 14 de noviembre de 2000 (folio 201 vto.). En todo caso se anota en este punto que en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma demandada PORVENIR desde la contestación de la demanda refirió que el actor se trasladó mediante afiliación realizada en el año 1996 a HORIZONTE (al pronunciarse sobre el hecho sexto, folio 190 vto.) sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente, imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia conforme los argumentos expuestos en la alzada.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del

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

Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

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

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

No se enmarca el asunto entonces en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

Ahora, 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 demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor le garantizó una pensión en ese fondo, mejor a la que obtendría con el ISS.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 222 a 224, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes HORIZONTE) omitió en el momento del traslado de régimen (1 de marzo de 1996, folio 203), 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**

⁷ Audiencia virtual realizada el 21 de enero de 2021, récord 03:17, audio 2.

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

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folio 203). 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 2011⁸.

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.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folio 166), 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 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 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

⁸ “(...) 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 (...).”

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 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 a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo este concepto. Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como 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 prescripción⁹ (folio 138 y 198 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios 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 que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 14 de agosto de 2019 (folio 219)

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 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

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO
TRIVIÑO CUENCA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 22 2018 00682 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de Abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante y Colpensiones, 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 el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 25 de junio de 2020 (Cd. fl. 66, record 28:37, acta a folio 67), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas las pretensiones incoadas por Luis Eduardo Triviño Cuenca Identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 17.119.274, por las razones que se indicaron en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y la excepción de cobro de lo no debido.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante fíjense como agencias en derecho la suma de \$100 000.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte actora a quien le fue desfavorable la presente sentencia CONSULTESE ante el superior en los términos del artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y la Seguridad Social.”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante recurre la decisión señalando no estar de acuerdo con lo dispuesto por la *a quo*, manifestando el accionante aportó en la gobernación de Cundinamarca como en el ISS un total de 1030 semanas y en ese orden le puede ser aplicado el artículo séptimo de la Ley 71 de 1988, igualmente aduce cumplió el tiempo de 20 años de servicio o más de 1000 semanas de que trata el Decreto 758 de 1990, precisando esta normativa no habla de que sean exclusivas al sector privado, razón por la cual solicite se revoque el fallo y se condene al reconocimiento de la pensión con los intereses moratorios y/o indexación y las costas del proceso (Cd. fl. 66, record: 29:30)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 LUIS EDUARDO TRIVIÑO CUENCA las pretensiones visibles a folio 30, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 30 y 31, encaminadas a que se declare que es beneficiario del régimen de transición y en consecuencia tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma que le resulte más favorable, en consecuencia se condene al pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales dejadas de percibir desde la fecha de causación, esto es, 1° de diciembre del 2008, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, gastos procesales y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus

¹ “Muchas gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación de manera respetuosa en los siguientes términos: Como obra en expediente mi prohijado cotizo por el régimen de invalidez vejez y muerte tanto en la gobernación de Cundinamarca como en el ISS un total de 1030 semanas en el cual se debería haber aplicado el cumplimiento del artículo séptimo de la Ley 71 de 1988 y respecto el Consejo de estado en sentencia del 27 de julio del año 2017 con la Consejera ponente Sandra Lisbeth Ibarra manifestó *“El computo de semanas cotizadas es un aspecto que quedo consagrado en la ley 100 de 1993, precisamente para dar solución a la desarticulación de los diferentes regímenes que durante un tiempo y posible acumular tiempos de servicios con diferentes empleadores, reduciendo la posibilidad de que los trabajadores adquieran la pensión de vejez. Ahora bien de conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia para efectos de reconocimiento de la prestación se debe tener en cuenta los tiempos cotizados en el ISS en el cual no expresa que los tiempos sean debidamente cotizados nada más en el sector privado. La idea y espíritu de la norma fundamenta el mínimo vital de los ciudadanos en el cual se demostró y se acredita más de 1000 semanas o veinte años de servicio”* según lo anterior mi prohijado cumplió el tiempo de los veinte años de servicio o más de las 1000 semanas que el decreto 758 no habla de que sean exclusivas en el sector privado, en ese orden de ideas señora juez interpongo recurso de apelación y solicito al honorable tribunal de distrito judicial se sirva a revocar la presente sentencia condenando a la demandada al reconocimiento de la pensión reclamada con los intereses moratorios si hay lugar y/o indexación en las costas que haya derecho, muchas gracias señora juez.”

aspiraciones, pues se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que si bien el accionante es beneficiario del régimen de transición y lo conservó hasta diciembre del 2014, por contar 45 años de edad y más de 750 semanas al 1° de abril de 1994, no cumplió con los requisitos establecidos para acceder al derecho pensional así: Ley 71 de 1988 solo cuenta con 1020 semanas, Ley 33 de 1985 solo tiene 16 años de servicio público, Acuerdo 049 de 1990 cuenta tan solo con 180 semanas cotizadas al ISS sin que se puedan acumular tiempos públicos y privados y con la Ley 797 del 2003 requería 1050 semanas de las cuales solo tiene 1020 semanas.

Así las cosas, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005², tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 71) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 6 de marzo de 1945, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con **48** años de edad y **892 semanas** de servicio en la Secretaria de Obras Publicas del Departamento de Cundinamarca desde el 6 de marzo de 1979 al 9 de julio de 1996 (Ver fls. 72 y 72 vto) por tanto, resulta ser beneficiario del régimen de transición, conservando dicho beneficio hasta el 2014,

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

pues como se vio incluso para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005 tenía más de 750 semanas de cotización.

Ahora en cuanto a la norma sobre la cual solicita su aplicación, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, ha de precisarse éste en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor LUIS EDUARDO TRIVIÑO CUENCA alcanzó los 60 años el **6 de marzo del 2005** (fl. 70) y frente a las semanas exigidas 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 70918³**, señalando

³ “2. *Sumatoria de tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS en el marco del Acuerdo 049 de 1990*

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el párrafo 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 párrafo 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.

que para 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.

De tal manera, al ser procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados, en el presente asunto se encuentra acreditado que el demandante cuenta con **1019,42 semanas cotizadas en toda su vida laboral**, con lo cual se hace acreedor al derecho reclamado en virtud de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, así:

- Del 6 de marzo de 1979 al 30 de junio de 1995 con el Departamento de Cundinamarca (Caprecundi) = 5875 días o 839,28 semanas. (ver fl. 72 vto).
- Del 1° de julio de 1995 al 30 de noviembre del 2008 con el Instituto de Seguro Social = 180.14 semanas (ver fl. 84).

En efecto, el propósito de unicidad normativa y sistémica de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería de acuerdo al segmento en el que se prestaba. Nótese que si la persona laboraba durante 500 semanas en los 20 años anteriores a la misma edad mínima pensional fijada para los hombres en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, solo accedía al beneficio si las cotizaba en su integridad al ISS, restricción que fue eliminada.

No se trató entonces de un privilegio otorgado por el legislador a los beneficiarios del régimen de transición, sino de darle contenido y valor al hecho de trabajar (CSJ SL14215-2017).

Por otra parte, el legislador de 1993 no concibió la aplicación retroactiva del régimen de transición en los mismos términos en que fue expedida la norma que previamente regulaba la situación pensional concreta, sino que procuró que sus efectos jurídicos rigieran en mayores y mejores condiciones de igualdad en el nuevo marco legal y constitucional.

Por tanto, si la seguridad social se pensara bajo la óptica objeto de reflexión, no podrían existir avances legislativos dirigidos a conseguir una mayor cobertura en materia de pensiones, porque entonces se configurarían tratos desiguales frente a quienes sí pudieron tener protección del sistema en un estado de cosas que, para otros, no les significaba la misma salvaguarda, lo que sería un sinsentido.”

Precisándose si bien en la alzada solicita el reconocimiento en virtud de la Ley 71 de 1988, resulta que ésta normativa exige como requisitos para acceder a la prestación, acreditar veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, los cuales se traducen en el cumplimiento de 1029 semanas de aportes ($20 \times 360 = 7200 / 7 = 1029$) que no alcanza el actor, pues solo cuenta con 1019.42, por ende como en últimas lo pretendido es el reconocimiento de una pensión de vejez y en el libelo introductor el actor funda sus pretensiones bajo el manto del Acuerdo 049 de 1990 resulta viable examinar el derecho bajo esta normatividad, como se analizará.

De este modo, en relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”*, mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*.

Bajo la premisa anterior, 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 35605⁴, que deben examinarse las circunstancias

⁴ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, “para que pueda entrar a disfrutar de la misma”, o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera “previo retiro del asegurado o del régimen”.

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias

especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues, se advierte el actor cumplió los 60 años el 6 de marzo del 2005 y acreditó las 1000 semanas de cotización el 10 de junio del 2008 (fl. 84) –adquiriendo el status pensional en esa data-, apreciándose la última cotización efectuada por el señor LUIS EDUARDO TRIVIÑO lo fue para el 30 de noviembre del 2008 (fl. 84) y sería a partir de esa fecha que tendría derecho el actor al reconocimiento de la prestación pensional, no obstante lo anterior, debe en este momento entrar la Sala

derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBÁÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada”.

a estudiar la excepción de prescripción que fue oportunamente propuesta por la encartada a folio 54 vto⁵ del plenario.

Paro lo cual debe señalarse en éste punto, si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el demandante adquirió el status pensional el 10 de junio del 2008 (1000 semanas y 60 años), siendo exigible el derecho el **1° de diciembre del 2008** (día siguiente última cotización fl. 84), acudiendo a reclamar por vía administrativa la prestación pensional después de ser exigible solo hasta el **4 de octubre del 2013** (fl. 87), la cual fue negada mediante resolución GNR 249318 del 7 de octubre del 2013 (fls. 88 y 89), notificada el 7 de noviembre del 2013 (fl. 90) y frente a la cual interpuso el recurso de reposición el 21 de noviembre del 2013 (fl. 91), desatado por acto administrativo GNR 174142 del 16 de mayo del 2014 (fls. 92 y 93) notificado el **20 de mayo del 2014** (fl. 94) y acudiendo a la jurisdicción el **14 de septiembre del 2018** (fl. 21), por lo que entre la fecha se hizo exigible el derecho y su reclamo ante Colpensiones (01/12/2008 a 4/10/2013) transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción, igualmente desde que obtuvo respuesta negativa de la enjuiciada y la presentación de demanda⁶ pasaron más de 3 años (20/05/2014 a 14/09/2018) y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **14 de septiembre del 2015** (3 años anteriores a la presentación del libelo) se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo y en esa medida se ha de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al aquí accionante, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (10 años, 11 meses y 5 días), así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley

⁵ Por auto del 16 de junio del 2020 se tuvo por contestada la demanda (página web rama judicial).

⁶ Se admitió la demanda mediante auto del 28 de mayo del 2019, notificado a Colpensiones el 2 de septiembre del 2019 (fls. 47 y 48)

100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio no alcanzó el actor, pues en toda su vida laboral cotizó 1019,42 semanas.

Así las cosas, se procede a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes con apoyo del Grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, obteniendo como IBL al 2008 (año última cotización) la suma de \$1.004.568,44 que al aplicarle la tasa de remplazo del 75% dispuesta por el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 por las 1019,42 semanas cotizadas por el accionante, se obtiene una mesada de **\$753.426,33** para el 2008.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1989	360	6,566	92,87	14,145	\$ 84.848,44	\$ 1.200.204,00	\$ 14.402.447,97
1990	337	8,281	92,87	11,215	\$ 111.403,23	\$ 1.249.438,80	\$ 14.035.362,56
1991	365	10,961	92,87	8,473	\$ 137.187,06	\$ 1.162.380,50	\$ 14.142.296,06
1992	366	13,901	92,87	6,681	\$ 175.146,49	\$ 1.170.134,97	\$ 14.275.646,58
1993	365	17,395	92,87	5,339	\$ 219.837,35	\$ 1.173.711,54	\$ 14.280.157,08
1994	365	21,328	92,87	4,355	\$ 269.342,81	\$ 1.172.861,30	\$ 14.269.812,45
1995	360	26,147	92,87	3,552	\$ 319.375,92	\$ 1.134.403,88	\$ 13.612.846,55
1996	195	31,237	92,87	2,973	\$ 414.080,02	\$ 1.231.118,25	\$ 8.002.268,59
2003	30	71,395	92,87	1,301	\$ 400.000,00	\$ 520.328,35	\$ 520.328,35
2006	240	84,103	92,87	1,104	\$ 408.000,00	\$ 450.541,95	\$ 3.604.335,59
2007	327	87,869	92,87	1,057	\$ 431.342,20	\$ 455.903,10	\$ 4.969.343,77
2008	290	92,872	92,87	1,000	\$ 458.624,14	\$ 458.624,14	\$ 4.433.366,67
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2008	\$ 120.548.212,23
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.004.568,44
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 753.426,33
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2008	\$ 461.500,00

Procediendo la Sala a concretar el retroactivo adeudado teniendo en cuenta los efectos de la prescripción (14/09/2015) y hasta el 31 de marzo del 2021, sobre 14 mesadas al año al causarse el derecho antes del 31 de julio del 2011 y en suma inferior al 3 salarios mínimos, obteniendo como deuda por ese concepto la suma

de **\$86.476.505,27** la cual se seguirá ocasionando hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/12/08	31/12/08	5,69%	\$ 753.426,00	PRESCRITO	
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 811.214,00		
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 827.438,00		
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 853.668,00		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 885.510,00		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 907.116,00		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 924.714,00		
01/01/15	13/09/15	3,66%	\$ 958.559,00		
14/09/15	31/12/15	3,66%	\$ 958.559,00	4,57	\$ 4.380.615
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.023.453,00	14,00	\$ 14.328.342
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.082.302,00	14,00	\$ 15.152.228
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.126.568,15	14,00	\$ 15.771.954
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.162.393,02	14,00	\$ 16.273.502
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.206.563,95	14,00	\$ 16.891.895
1/01/2021	31/03/21	1,61%	\$ 1.225.989,63	3,00	\$ 3.677.969
Total retroactivo				\$ 86.476.505,27	

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de apelación por el demandante, se debe recordar que 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 o las causadas por vía de transición, del cual en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 hacen parte las prestaciones de invalidez, vejez y muerte reguladas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, entre ellas la contenida en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 26666 del 18 de abril de 2006, en la cual se enseña que el Acuerdo 049 de 1990 debe entenderse incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, circunstancia también apreciada en la SL

14005 Radicación No. 55006 del 14 de septiembre del 2016⁷, pues se causa por el simple hecho de la mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales

Sin embargo al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013⁸, en el presente asunto, se presentan circunstancias que pueden justificar la negativa de la accionada en el reconocimiento del derecho, en atención a que la decisión aquí tomada se dio por el cambio de criterio jurisprudencial (sumatoria tiempos públicos y privados) y en ese orden es claro que Colpensiones actuó apegado a la Ley, considerando la Sala razonable absolver del pago de intereses moratorios.

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

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se

⁷ “Sobre las mesadas causadas y no pagadas no se generarán los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por estar prevista la prestación reconocida en el artículo 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año al haberse causado el 3 de marzo de 1992 según ya se ha visto, no en la Ley 100 de 1993 o merced al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la misma normativa. Lo dicho, además, por no haber sido una materia expresa del recurso en la alzada, pero mayormente por constituir la presente providencia una rectificación de la jurisprudencia, tal cual ya se explicó al resolver el recurso extraordinario.”

⁸ “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”.

indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 14 de septiembre del 2015, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

Finalmente, vale apuntar se autoriza a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que 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"*.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada, se procede a la revocatoria de la sentencia para en su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES – a reconocer la pensión de vejez del actor, en los términos anteriormente expuestos.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **CONDENAR** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, a reconocer la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre del 2008 (fecha última cotización) en cuantía de \$753.426.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al **14 de septiembre del 2015**, conforme a lo motivado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor **LUIS EDUARDO TRIVIÑO CUENCA** las mesadas pensionales a partir del **14 de septiembre del 2015** en cuantía de **\$958.559**, precisando el retroactivo causado desde esa data y **hasta el 31 de marzo del 2021** asciende a la suma de **\$86.476.505,27**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la pensión aquí reconocida.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a la **INDEXACIÓN** del retroactivo adeudado hasta la fecha efectiva de pago.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante

SEXTO: ABSOLVER a la demandada del pago de los intereses moratorios.

SÉPTIMO: 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 DE CARMEN ELISA QUEBRAOLLA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO (RAD. 24 2019
00052 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (folio 221 y 222) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de diciembre de 2020 (Cd fl.215, record 49:53, acta folio 217) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VASQUEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.521.489 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor CARLOS EDUARDO VASQUEZ RODRIGUEZ con efectividad a partir del 18 de enero del 2016 en un 46% de la mesada pensional y a la señora MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO identificada con el número de cédula 41.454.673 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en ocasión al fallecimiento del señor VASQUEZ RODRIGUEZ en un porcentaje de un 54% a partir del 18 de enero del 2016 de conformidad con lo expuesto.*

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ identificada con la cedula de ciudadanía No. 39 521 489 la pensión de sobrevivientes a partir de la ejecutoria de la sentencia en el porcentaje referido en el numeral primero, autorizándola efectuar descuentos por aportes al sistema de seguridad social.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a seguir pagando la pensión de sobrevivientes a la señora MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO en un porcentaje de un 54% a partir de la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la señora MARIA ROMELIA SUAREZ a cancelar a la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ el retroactivo pensional causado desde el 18 de enero del 2016 al 16 de diciembre del 2020 que efectuadas las operaciones aritméticas del caso asciende a \$24.564.718 pesos y a pagar los valores que reciba con ocasión del reconocimiento de la pensión que viene disfrutando hasta la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por Colpensiones respecto a la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ y declararla parcialmente probada en relación con la señora MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO conforme se expuso en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuestas por COLPENSIONES respecto de las mesadas causadas a favor de la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ con anterioridad al 18 de enero del 2016.

SÉPTIMO: Sin COSTAS en la instancia.

OCTAVO: En el evento que Colpensiones no interponga recurso de apelación contra esta sentencia remítase el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.”

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 demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 2, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a folio 3, aspirando de manera principal condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del causante CARLOS

EDUARDO VÁSQUEZ RODRIGUEZ, a partir del 14 de agosto de 2008, junto con el retroactivo correspondiente, los reajustes e incrementos legales e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación. Adicionalmente, pide se condene a MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO a devolverle el retroactivo ya cancelado por COLPENSIONES en el porcentaje que se establezca. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró que CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del actor en calidad de cónyuge supérstite en un 46% de la mesada pensional y MARIA ROMELIA SUAREZ en un 54% y se condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión a partir de la ejecutoria de la sentencia y a MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO a pagar el retroactivo causado entre el 18 de enero de 2016 y el 16 de diciembre de 2020 y los valores que reciba con ocasión del reconocimiento que viene percibiendo, hasta la ejecutoria de la sentencia. Lo anterior, tras considerar, en primer lugar, que no había operado el fenómeno de la cosa juzgada por cuanto, en su sentir, en la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo no se resolvió de fondo frente a su derecho pensional, y en segundo, que se encontraba acreditada la calidad de cónyuge y la convivencia con el causante no inferior a 5 años en cualquier tiempo.

De esta manera, sea lo primero señalar no es objeto de debate en esta instancia, los siguientes supuestos fácticos:

- i) Que el señor CARLOS EDUARDO VASQUEZ RODRIGUEZ falleció el 13 de agosto de 2008, según se verifica del registro civil de defunción que milita a folio 11 de las diligencias, fecha para la cual se encontraba afiliado a COLPENSIONES y contaba con más de 50 semanas de cotización en los tres años anteriores, dejando causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.
- ii) Que mediante Resolución GNR1430 del 4 de enero de 2017 (folios 54 a 60) COLPENSIONES reconoció a MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO una pensión de sobrevivientes con efectividad a partir del 15 de noviembre de 2010, en calidad de “*cónyuge supérstite*” del señor CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ RODRIGUEZ en cuantía de 1

SMLMV, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de julio de 2016, que fuera confirmado por esta Corporación en sentencia del 17 de agosto de 2016.

- iii) Que CARMEN ELISA QUEBRAOLLA y CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ (Q.E.P.D) contrajeron matrimonio el 11 de diciembre de 1976, según se observa a folio 12, sin que se evidencie cesación de los efectos civiles de dicho vínculo, ni liquidación de la sociedad conyugal.

Atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la entidad demandada, procederá esta Sala inicialmente con el estudio de la excepción de cosa juzgada oportunamente propuesta por ese extremo procesal (folio 32)¹.

En ese orden, valga memorar, la cosa juzgada es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 32 del C.P.L., modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P.², el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere que el “nuevo” proceso, *“verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

Así pues, las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente será acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de inmutables.

¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante proveído del 10 de agosto de 2020 (folio 209).

Así mismo, es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. *"La cosa juzgada es el fin natural del proceso"* y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

Y de otra parte, la sentencia ejecutoriada vale, así sea injusta, y el beneficiario de ella podrá proponer en su favor la excepción de cosa juzgada y aún, puede pedir declaratoria de nulidad cuando el juez procede contra la providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos³.

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Art. 303 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación teniendo en el material probatorio vertido en el proceso.

El 13 de noviembre de 2013 (folio 105) la señora MARIA ROMELIA SUAREZ incoó demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES peticionando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente supérstite del afiliado CARLOS EDUARDO VASQUEZ RODRIGUEZ (folio 64 a 70), proceso que correspondió por reparto al Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá (folio 43), quien mediante providencia del 2 de diciembre de 2013 la admitió (folio 56), luego de que fuera subsanada incluyendo en la litis a CARMEN ELISA QUEBRAOLLA. Así, dicho proceso se admitió en los siguientes términos:

"En consecuencia, por reunir los requisitos de ley, se admite la anterior demanda ordinaria de primera instancia impetrada por MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO contra COLPENSIONES Y CONTRA CARMEN ELISA QUEBRAOLLA"
(folio 118)

² *"Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

³ De las excepciones previas y de mérito, Editorial Temis, J. Ramón Ortega R.

La anterior providencia se notificó personalmente a la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VASQUEZ el 14 de octubre de 2015 (folio 149); sin embargo, durante el término de traslado esta guardó silencio, razón por la cual se le tuvo por no contestada la demanda en auto del 30 de noviembre de 2015 (folio 156).

La litis fue desatada por ese Juzgado mediante sentencia del 27 de julio de 2016 (CD folio 185, acta folio 176). En las consideraciones de dicha providencia se estableció como problema jurídico a resolver el siguiente (récord 08:19):

“(...) lo que debe estudiar el Despacho es si la señora MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO como demandante, o la señora CARMEN ELISA QUIEBRAOLLA como demandada y esposa, cuál de ellas tiene derecho a la pensión de sobrevivientes del señor VÁSQUEZ”

En lo que al caso interesa, y particularmente frente al derecho de CARMEN ELISA QUIEBRAOLLA en la pensión de sobrevivientes que era objeto de la litis, el juzgado estimó (CD folio 185, récord 17:53):

“(...) Respecto al posible derecho que podría ostentar la esposa del cotizante fallecido, la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA el Despacho no puede concluir sino que debe y se impone negar las pretensiones o cualquier pretensión pensional a su favor en virtud de la conducta procesal que asumió. Se notificó del auto admisorio de la demanda personalmente y no contestó la demanda, no realizó ningún acto procesal dentro de la misma alegando un derecho sobre la pensión de sobrevivientes de su difunto esposo, por lo tanto el despacho solo abordará el tema de la señora MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO en calidad de compañera permanente del trabajador cotizante fallecido.”

Esa providencia fue confirmada integralmente por la Sala Laboral de este Tribunal, mediante sentencia del 17 de agosto de 2016 (CD folio 185, acta folio 187), luego de estudiar en grado jurisdiccional de consulta únicamente a favor de la entidad pensional.

Conforme las consideraciones de la sentencia transcrita, es claro que el juzgado negó el derecho pensional que pudiera tener la ahora demandante ante la ausencia de elementos que le permitieran verificar la condición que se indicaba frente al causante, dada la actitud pasiva que asumió durante el trámite del proceso al cual se le vinculó.

De lo anterior surge la existencia de identidad de partes, causa y objeto, por cuanto si bien el proceso primigenio fue instaurado por MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECHO procurando a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ, lo cierto es que al mismo se le vinculó a efectos de que ejerciera su derecho de defensa y contradicción precisamente por el interés que tenía en la prestación por sobrevivencia dada su posible calidad como beneficiaria, siendo resuelto negativamente el derecho a su favor por la conducta procesal que asumió, pese a notificársele personalmente del proceso.

No obstante, revisado con detenimiento el contenido de la decisión proferida por la Sala Quinta de esta Corporación el 17 de agosto de 2016 dentro del radicado 007 2013 00988 01 (CD folio 185), se observa, el fallo de primer grado se estudió en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y bajo ese norte, se limitó a analizar si MARIA ROMELIA SUAREZ PACHECO, a quien se concedió el derecho en primera instancia con exclusión de CARMEN ELISA QUEBRAOLLA, había acreditado las condiciones para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ RODRÍGUEZ; sin embargo, nada dijo con relación al derecho de la señora QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ, a pesar de que reclamó para sí, en sede administrativa el derecho demandado, fue llamada a integrar el contradictorio y la sentencia concedió la prestación en un 100% a quien invocaba la calidad de compañera permanente supérstite, es decir, le fue totalmente adversa, lo cual en los términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S. imponía, también, la obligación de surtirse la consulta a su favor y como ello no se hizo así, la sentencia de segundo grado carece de firmeza y ejecutoria.

Al punto, memórese, el artículo 69⁴ del C.P.T. y la S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, vigente para el 13 de noviembre de 2013⁵, fecha en

⁴ “Artículo 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta".

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En

que se presentó la demanda según se verifica del acta de reparto vista a folio 104, establece la obligación del juez de segundo grado de revisar la sentencia inicial, cuando: i) sea totalmente adversa al “trabajador, afiliado o beneficiario”, que no apela la decisión y/o, ii) sea condenatoria en cualquier medida, de La Nación, el Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que La Nación sea garante.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia pacíficamente, la consulta no es propiamente un medio de impugnación o recurso adicional, sino un mecanismo de control que impone la obligación al juez de segunda instancia de revisar cuidadosamente y en su integridad el fallo del juez, con el cual se expresan las garantías constitucionales de los artículos 29 y 31 superiores, pues se trata de un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores, afiliados o beneficiarios y las prerrogativas también Constitucionales de las entidades públicas⁶.

este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior”

⁵ Conviene precisar, en virtud del Acuerdo No. PSAA-8172 del 9 de junio del 2011 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se estableció que a partir del **1° de julio del 2011** en el Distrito Judicial de Bogotá, se dará aplicación a la Ley 1149 del 2007.

⁶ “El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por la Ley 1149 de 2007, estableció el grado jurisdiccional de consulta. En virtud de esta figura, las sentencias de primera instancia no apeladas deben ser revisadas por el superior, cuando sean totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario. Lo mismo ocurre con las sentencias de primer grado que fuesen adversas, total o parcialmente, a La Nación, el Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que La Nación sea garante.

La consulta, si bien no es un recurso, resulta una expresión material de los artículos 29 y 31 Superiores, es decir, tiene fuerte raigambre constitucional, en la medida en que ampara y protege los derechos fundamentales y garantías del trabajador y, por otra parte, para las entidades de derecho público, se manifiesta como una protección del interés público económico y una vigilancia del patrimonio público. No sobra recordar el análisis efectuado por la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la norma citada en el párrafo precedente:

Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de non reformatio in pejus, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo

[...]

Lo anterior, se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus. (CC C-024-2015).” (AL1541 de 2020).

En los términos analizados por la Corte, y como quiera que la decisión del juez debe observar a plenitud las formas propias de cada juicio, la omisión del trámite del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte que por mandato de la ley deba surtirse la misma, trae consigo la vulneración de los derechos de defensa, debido proceso y doble instancia y la configuración de dos consecuencias jurídicas a saber: por una parte, el advenimiento de la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 133 del C.G.P (antes 140 del C.P.C.), y de otra, impide la firmeza o ejecutoria de la providencia⁷.

De hecho, tales efectos de la pretermisión del trámite del grado jurisdiccional de consulta, fueron analizados por el órgano de cierre de esta jurisdicción en un asunto cuya situación fáctica expuesta guarda correspondencia con lo que aquí se estudia. Así, en proveído AL-1541 de 2020, esa Corporación consideró:

“(…)

Así las cosas, al examinar la sentencia recurrida, resulta palmario que cuando el Colegiado entró a definir el recurso, se ocupó exclusivamente de la alzada interpuesta por Colpensiones en calidad de demandada, pero omitió todo pronunciamiento en sede de consulta sobre la señora Graciela Medina Chaparro, quien también era parte en el proceso, simultáneamente como demandante y demandada, en la medida en que también concurrió ante Colpensiones a reclamar la pensión de sobreviviente del pensionado fallecido, respecto de quien la decisión fue totalmente adversa.

En efecto, obra en el plenario el acta n.º 35 de marzo 28 de 2017 (f.º 15 y 16, cuaderno 3), así como el documento denominado «ANTECEDENTES AUDIENCIA DE TRAMITE (sic) Y FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA» (f.º 18 a 22, cuaderno 3), además de que observado el video de la audiencia en la cual fue proferida la sentencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, advierte la Sala que, en definitiva, no se surtió el grado jurisdiccional de consulta en favor de Graciela Medina Chaparro, pues se concentró exclusivamente en el estudio de la apelación propuesta por Colpensiones, «[...] así como del grado jurisdiccional de consulta en razón a que la sentencia fuera adversa a la misma, sin limitarse este colegiado a los puntos que son objeto de alzada [...]» (f.º 18, cuaderno 3), pretermitiendo íntegramente la segunda instancia en lo relativo a la referida reclamante.

Se sigue de lo anterior, que en esas condiciones se configura una nulidad insubsanable de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 133 y el

⁷ Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las providencias con radiación 36145 de 28 de octubre de 2008, 43248 de 9 de febrero de 2010, 40201 de 1 de febrero de 2011, AL5140 de 2017, AL2706 de 2019, AL1541 de 2020, AL2613 de 2020

parágrafo único del artículo 136 del Código General del Proceso, aplicables en materia laboral por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que hace indispensable el uso del remedio procesal pertinente. Así lo ha sostenido en reiterada y pacífica doctrina la Corte, asentada en diversos pronunciamientos, entre otros el CSJ AL2832-2016, 04 may. 2016, rad. 48761:

“Observa la Sala que el juez de alzada no tramitó ni resolvió el grado de consulta que operó en favor de la señora Rina Gertrudis Tapias Orozco, dado que, como quedó dicho, el juez de primer grado dispuso «NEGAR la pensión de sobrevivientes a la señora Rina Gertudris Tapia (sic), en calidad de cónyuge supérstite». Lo anterior a la luz de lo estatuido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el 14 de la Ley 712 de 2007, habida cuenta que centró su estudio en el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada.”

(...)

En virtud de lo explicado, se configuró una pretermisión íntegra y objetiva de la segunda instancia, al pasar inadvertido al juzgador que debía surtir el grado de consulta en favor de la señora Rina Gertrudis Tapias Orozco, lo que genera una nulidad procesal, al tenor de lo dispuesto en la parte final del numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (parágrafo del artículo 136 del Código General del Proceso), igualmente aplicable a los juicios del trabajo por así permitirlo el 145 del estatuto adjetivo laboral y de la seguridad social. Pero como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no tiene competencia para declarar dicha nulidad suscitada en las instancias, habrá de declararse improcedente por anticipado el recurso de casación interpuesto por la demandada y ordenar que regresen las diligencias al Tribunal de origen para que, de ser necesario ex officio, adopte los correctivos procesales pertinentes que permitan surtir en debida forma la segunda instancia. Además, recuérdese que omitirse el grado jurisdiccional de consulta, impide la firmeza o ejecutoria de la sentencia. Sobre el tema puede consultarse, entre otras, la providencia CSJ SL 7 dic. 2006, rad. 31.003.

No sobra memorar que la solución adoptada “no afecta el principio de prevalencia del derecho sustancial reconocido en el artículo 228 de la Constitución, sino que, antes bien, permite realizarlo cabalmente, en la medida en que, por mandato de la propia Carta Política y con rango de derecho fundamental, toda persona tiene derecho a un debido proceso (art. 29), cuyo (sic) observancia resulta necesaria para legitimar el pronunciamiento judicial que dirima el litigio. En este sentido, con el pretexto -o argumento- de administrar cumplida justicia y de hacer efectivo un derecho, no pueden los Jueces hacer tabla rasa de las formas procesales, pues aunque el derecho se satisficiera, la solución judicial no tendría legitimidad, la que sólo puede predicarse si la decisión del Juez se ha adoptado "con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (auto CSJ SL del 1° de feb. 2011, rad. 40201).

La consecuencia que se deriva de tal situación, consiste en que la sentencia de segundo grado carece de firmeza y ejecutoria y de ello se deriva la inexistencia de competencia funcional de la Corte para conocer del recurso de casación propuesto por la demandante María Cecilia Joya de González, en tanto en verdad no existe una

sentencia provista de legalidad que sea destinataria de dicho recurso, por lo cual se ordenará la devolución del expediente al tribunal de origen, con el fin de que adopte los correctivos procesales pertinentes

*En ese orden de ideas, por pretermittirse la segunda instancia que le asistía en derecho a la reclamante Graciela Medina Chaparro, se le conculcaron sus derechos al debido proceso y a la apelación o consulta, consagrados en los artículos 29 y 31 de la Constitución Política respectivamente, y si bien la Corte, en principio, no tiene competencia para declarar una nulidad originada en las instancias, empero, considera viable declarar improcedente por anticipado, el recurso extraordinario de casación formulado por la demandante, **en tanto puede afirmarse que no existe una sentencia provista de legalidad** que sea destinataria de dicho recurso.”*

Del mismo modo, en un asunto de igual naturaleza, la Sala en la providencia AL1541-2020 al rememorar la AL2832-2016, señaló:

“1. Que incurre en la causal de nulidad del numeral 2° del artículo 132 CPC (sic), en relación con el párrafo del artículo 136 ibídem, el Tribunal que omite pronunciarse en el grado jurisdiccional de consulta en favor de una de las beneficiarias del afiliado de la seguridad social, cuando como en el caso, la sentencia de primera instancia no le fue favorable y no apeló.

2. Que, como la Corte en su condición de Juez extraordinario, no tienen facultades para declarar ese vicio, pues en condiciones como la descrita, carece de competencia funcional para analizar el asunto, en tanto que la segunda decisión, no podrá cobrar firmeza o ejecutoria, se imponen tomar los correctivos necesarios.

3. Que, en consecuencia, debe declararse la nulidad de lo actuado ante la Corporación y remitir el proceso al Tribunal, para que sea quien tome las decisiones de nulidad necesarias.

De lo que viene de exponerse, resulta claro para la Sala, en el proceso primigenio debió enviarse el expediente también en grado jurisdiccional de consulta al superior en favor de la señora CARMEN ELISA QUEBRAOLLA DE VÁSQUEZ, o en su defecto, haber sido examinado por el juez plural en ese grado, para que se estudiara y definiera el conflicto de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cual, por ministerio de la ley, también operaba a favor de quien ahora es demandante, por haber sido la sentencia completamente desfavorable a sus intereses, y no solo respecto de COLPENSIONES, y al no hacerlo, pretermitió la instancia. En esa medida, como se indicó en precedencia, debe entenderse que las decisiones proferidas en el trámite del proceso 07 2013 00988 01, no están ejecutoriada ni en firme, y siendo ello así, no puede predicarse la configuración de la institución de la cosa juzgada.

Al margen de tales disquisiciones, lo cierto es que la existencia de dicho litigio anterior al que ahora ocupa la atención de la Sala, si bien no tiene la entidad suficiente para abrir paso a la institución de la cosa juzgada ante la falta de firmeza de la decisión, si permite entender configurados los supuestos del pleito pendiente - identidad entre las pretensiones, los sujetos y la causa-, el cual, en rigor jurídico refiere a la existencia de por lo menos dos procesos idénticos, entre las mismas partes y con igualdad de controversias cuyo objeto jurídico perseguido en uno y otro no sea sustancialmente diferente, en el que se encuentre trabajada la relación jurídico-procesal, en otros términos, exista una controversia formalmente constituida, ello con el fin de mantener la seguridad jurídica, evitando la pluralidad de fallos sobre el mismo conflicto, que incluso pueden llegar a ser contradictorios y poner en duda la garantía de certeza que debe emanar de la función jurisdiccional.

Con relación a este asunto, es importante indicar, aunque dicha excepción no fue propuesta por la encartada, la misma puede ser declarada de oficio, por cuanto en los términos dispuestos en el artículo 282 del C.G.P⁸., solamente las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, requieren petición de parte para su procedencia, precisándose igualmente, al Juez como director del proceso (Art. 48 del C.P.L.), y en ejercicio del control de legalidad previsto en el artículo 132 del C.G.P., aplicable en virtud del art. 145 del C.P.L., le es permitido invocar oficiosamente las excepciones que estime en orden a salvaguardar el debido proceso o sanear los vicios a efectos de evitar futuras nulidades.

En definitiva, no es procedente en este trámite realizar un nuevo estudio y pronunciamiento sobre un aspecto que ya se encuentra siendo ventilado ante la jurisdicción, por lo que sin más consideraciones se revocará la decisión de primer grado.

Ahora, atendiendo las consideraciones vertidas frente a la omisión del grado jurisdiccional de consulta a favor de CARMEN ELISA QUEBRAOLLA, dentro del proceso que se adelantó en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y

dada la imposibilidad de esta Sala de declarar la nulidad que se suscite dentro de un trámite que no es de la órbita de su conocimiento y competencia, habrá de disponerse que por secretaría se oficie al mentado Despacho a efectos de que tenga conocimiento de las irregularidades advertidas en esta providencia respecto del proceso con radicación 2013 00988, para que de ser necesario, *ex officio*, adopte lo correctivos a que haya lugar. Para ese fin, habrá de entregarse una copia del contenido de la decisión que aquí se adopta.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a distintas conclusiones a las halladas por el *a quo*, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de pleito pendiente.

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 la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **DECLARAR PROBADA DE OFICIO** la excepción de PLEITO PENDIENTE, y en consecuencia, **DAR POR TERMINADO** el presente proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

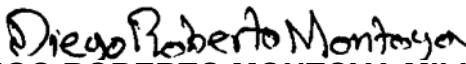
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

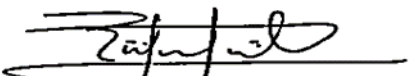
TERCERO: Por Secretaría **OFÍCIESE** al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá con el fin de poner en conocimiento las irregularidades advertidas por esta Corporación en el presente proveído, respecto del proceso con radicación 110001

⁸ “Art. 282. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda...”

31 05 007 2013 00988 00, para que, de ser necesario, *ex officio*, adopte lo correctivos a que haya lugar. Entréguese copia de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MANUEL ANTONIO MUÑOZ MUÑOZ CONTRA ALVARO GUTIERREZ PEÑALOZA (RAD. 25 2016 00365 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (fls. 146 y 147), 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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia proferida por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de marzo del 2021 (Cd. fl. 140, record: 32:17 acta a fl. 141) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER al demandado ALVARO GUTIERREZ PEÑALOSA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instaurada por el demandante MANUEL ANTONIO MUÑOZ MUÑOZ.

SEGUNDO: De no ser apelada la presente sentencia y por ser adversa la presente decisión a las pretensiones del trabajador, envíese en CONSULTA al Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por lo motivado.”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandado recurre la sentencia únicamente en lo atinente a la absolución de las costas procesales, por cuanto en su sentir se debió condenar a las mismas al tratarse de un proceso que

conllevo más de 4 años en su resolución y donde se han realizado por parte del demandado gastos procesales (Cd. fl. 140, record: 33:15)¹.

Por su parte el apoderado del demandante indica en su alzada que el testimonio de Darío Sierra da a conocer al despacho que conocía de viva voz del señor demandante Manuel Antonio Muñoz Muñoz, que laboraba para estas fincas de propiedad del actual demandado, recibía órdenes y unos pagos que constituyen salarios, igualmente aduce con el testimonio de las hijas del actor se puede determinar con veracidad lo que venía sucediendo con su padre y esto es que recibía órdenes del propietario de la finca tales como ordeñar, cercar, podar y demás inherentes a las situaciones relacionadas con una finca, por lo que el único cargo que se le puede dar es el de cuidandero.

Frente a la subordinación señala los testimonios fueron claros en que recibía órdenes por parte de su dueño para las labores de la finca, igualmente aduce está perfectamente probado que recibía un salario, incluso en especie por el solo hecho de vivir allí sin pagar nada, dando certeza del trabajo por más de 40 años, precisando fue la familia Gutiérrez quien le pidió al actor que no se ausentara de la finca para que continuara trabajando con ellos, según los testimonios rendidos, los cuales no se pueden desconocer, solicitando por ende acceder a las suplicas de la demanda como son los salarios dejados de percibir con intereses, cesantías y sus respectivos intereses, sanción moratoria, primas, vacaciones, indemnización por despido y a conceder la pensión sanción de conformidad con el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 (Cd. fl. 140, record: 34:57)²

¹ “Gracias su señoría yo solamente interpongo recurso de apelación de la sentencia solamente en el punto en donde dispone el juzgado no conceder costas en el proceso, ni agencias en derecho que no lo dice obviamente el despacho por sustracción de materia para que obviamente lo revise la alzada el Honorable tribunal ya que es un proceso de más de cuatro años su señoría donde se han realizado por parte del demandado gastos procesales y obviamente gastos con respecto al abogado que obviamente estuvo presente durante el proceso y obviamente sirvió como defensa judicial para que en entonces su señoría la alzada revise todos los elementos constitutivos que se pudieron hacer ver dentro del expediente con respecto también con ese desgaste judicial que tiene obviamente el aparato de nuestro País, la justicia con respecto a este proceso por lo demás su señoría estamos de acuerdo con el fallo del juzgado en toda la parte considerativa y la parte resolutive su señoría, muchas gracias”.

² “Si gracias su señoría en este estado de la diligencia presento y además sustento recurso de apelación para que la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, decida revocar la decisión que acabamos de escuchar, previo a las siguientes consideraciones.

Se finca el juzgado que si bien es cierto el artículo 167 del CGP le incumbe que las partes deben presentar todas las pruebas necesarias que sean conducentes, pertinentes para demostrar los hechos que hoy nos convocan en esta demanda y al vez manifiesta el despacho que conforme al artículo 23 del CST que manifiesta los tres elementos básicos para la configuración del contrato realidad, lo que es la prestación, lo

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

que es el salario, y la subordinación, no encontró probado a lo largo y ancho del proceso y mucho menos con los testimonios aquí recepcionados, pues bien su señoría de los testimonios relacionados o recepcionados en la presente demanda el testimonio de Darío Sierra da a conocer al despacho de que conocía de viva voz del señor demandante Manuel Antonio Muñoz Muñoz de que laboraba para estas fincas de propiedad del actual demandado y que recibía órdenes y no solamente recibía órdenes sino unos pagos que constituyen salarios, ahora bien si la discusión aquí es lo que niega el demandante diciendo que eso es falso, pero admite que vive en sus predios eso se llama un pago en especie; eso se llama un pago en especie que aún no lo considera el despacho.

Ahora bien siguiendo con el mismo artículo 23 frente a la prestación de ese servicio no solamente da cuenta ese testimonio de Darío Sierra sino el testimonio de sus hijas María Enilse Muñoz Rico y de Amanda Muñoz Rico ¿Qué más doctor? Que ellos puedan dar veracidad de lo que venía sucediendo con su padre, además porque nacieron en esa finca vieron cuando su padre recibía órdenes de su propietario, ahora si no estaba claro entonces su señoría como lo dice el despacho que no estaba claro el cargo, pues su señoría en una finca cuando se recibe órdenes para ordeñar, para cercar, para podar y demás situaciones que conciernen a una finca, el único cargo que se puede dar ahí es el de cuidandero que es el oficio por el cual contrataron al señor Manuel Antonio Muñoz Muñoz, no podía tener un cargo de recepcionista, ni de secretario, no podía tener un cargo distinto sino de las labores cotidianas que emana esa finca.

Ahora bien frente a la subordinación pues también los testimonios están claros de que recibía órdenes por parte de su dueño es decir está perfectamente probado doctores que recibía un salario, inclusive en especie porque el solo hecho de vivir allí sin pagar nada ello significa que recibe un salario en especie. Dos recibía órdenes para ordeño y las demás labores de la finca y Tres ellas les constaban, veían cuando de una u otra forma el dueño o propietario de la finca le pagaba, entonces estamos frente a los tres elementos del contrato realidad que hoy el despacho no lo admite.

Ahora frente a los tiempos temporales doctor del 28 de diciembre de 1976 al 30 de septiembre del 2016 pues cabe admitir que el mismo en los testimonios aquí recepcionados por el mismo demandante da claridad de que trabajo más de cuarenta años para la familia Gutiérrez en sus inicios para Arnulfo Gutiérrez padre del hoy demandado pero ¿por qué hoy demandado su señoría? Porque en los testimonios relacionados del señor demandante Manuel Antonio Muñoz Muñoz quedo claro que le pidieron que no se ausentara de la finca para que continuara trabajando con ellos, eso quedó claro en ese testimonio y hoy el despacho no pude pretender de desconocer de que les pidieron, además ellos eran los herederos nadie más le podían pedir a mi prohijado que continuara laborando en esa finca, fueron ellos como herederos que le solicitaron que continuara presentado sus labores de cuidandero en esa finca, por eso su señoría deprecó de su decisión frente a esta sentencia y por eso le solicito al juez de segunda instancia reconocer las suplicas de la demanda como son los salarios dejados de percibir, sus intereses corrientes a la tasa más alta fijada por la superfinanciera, el pago de las cesantías a que tiene derecho mi representado, incluyendo los intereses a las cesantías y la sanción moratoria como indemnización a la misma, las primas a las que tiene derecho, las vacaciones a que tiene derecho y la indemnización por despido sin justa causa.

Ahora no solamente es eso sino conceder la pensión sanción a que de conformidad tiene derecho según el artículo 133 de la ley 100 de 1993, en este sentido este articulo modifíco el artículo 267 del CST que dice que el trabajador no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador que sin justa causa sea despedido, después de haber laborado para el mismo empleador durante más de diez años o más o menos de quince años continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la ley 100 de 1993, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido si para entonces tiene cumplido 60 años de edad siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos: Contrato de trabajo, que está demostrado dentro de este proceso, la duración de la relación laboral durante más de 40 años que está demostrado dentro de este proceso y la no afiliación a la seguridad social que nunca se le afilio a la seguridad social. Ahora su señoría de acuerdo a la sentencia SL 19556 del 2017 con radicado 43740 del 21 de noviembre del 2017 magistrado ponente Rigoberto Echeverry Bueno ¿sí? Manifestó que “si en efecto que quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión” en este orden de ideas su señoría dejo sustentado el recurso de apelación para que proceda al Tribunal Superior, mil gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor MANUEL ANTONIO MUÑOZ MUÑOZ, las pretensiones relacionadas a folios 3 a 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 7 y 8, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 28 de diciembre de 1976 el cual a la fecha de presentación del libelo continua vigente, en consecuencia se condene al pago de salarios desde tal data, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social, pago del calculo actuarial por aportes a pensión y salud, costas procesales, agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable,** luego de considerar que el accionante no probó los extremos temporales alegados, ni el salario, ni el cargo desempeñado precisando de la documental aportada ni de las declaraciones de los testigos, se puede extraer ello.

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

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

Inicialmente debe precisar la Sala que por no haber sido aceptados los hechos de la demanda y, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación en favor del accionado, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma (*prestación personal del servicio*), pues el Juez *a quo* no hizo referencia a ello y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la

persona natural demandada, correspondiendo por tanto a éste último desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701³.

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual como prueba documental, tan solo se aportaron dos Certificados de Tradición de Matricula Inmobiliaria de los predios “SAN ANTONIO” y “SAN RAFAEL” donde se anota como último propietario al señor ALVARO GUTIERREZ PEÑALOZA (fls. 16 a 19).

Así mismo de los interrogatorios absueltos por las partes, se destacan las siguientes manifestaciones:

- El demandado indicó conocer al accionante desde hace 20 años cuando murió el papá del accionado, pues el demandante vivía en la finca de su progenitor como “*inquilino*”, señaló que luego de haberse hecho el proceso de sucesión el actor le indicó que no tenía para donde irse, por ende continuó pernoctando allí. Aclaró que el accionante pudo haber trabajado para su papá, lo cual desconoce, porque desde que él se encargó de la finca ya no tenía ganado y en esa medida la finca ha servido solo para arriendo de pasto y siembra, precisando no ha ocupado ni ocupa la finca (Cd. fl. 102 Audiencia 15 de noviembre del 2017, record: 9:17).
- El demandante manifestó que estuvo viviendo en la finca del demandado durante 40 años en una casa de bareque, señalando haberle ayudado “*al difunto Arnulfo*” padre del accionado, a ordeñar las vacas y a sacar la leche a la carretera, labor que continuo ejerciendo a favor del ahora accionado, manifestando que el demandado lo dejo quedar en la casa y a

³ “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

veces le dada \$200.000 (Cd. fl. 102 Audiencia 15 de noviembre del 2017, record: 29:04).

Por otro lado se recaudó prueba testimonial de la cual se realiza la siguiente sinopsis:

DARIO SIERRA SIERRA⁴ informó conocer al demandante hace 40 años porque fue su padre quien presentó al accionante al papá del aquí accionado y desde ese momento el actor ha vivido en una de las fincas del demandado (no sabe cuál), manifestando éste se ha encargado de ordeñar las vacas, arreglo y mantenimiento del inmueble, cree que recibe órdenes del dueño de la finca pues siempre ha visto al demandante en ese predio y realizando esas labores, no obstante aduce no le consta ni sabe quién le imparte ordenes o instrucciones, pues el testigo no permanece en tal finca, reiterando desconocer los compromisos labores del actor.

LUIS EDUARDO RODRIGUEZ PERALTA⁵ y YOMAR HERRERA RAMIREZ⁶ indicaron ser socios de la finca “SAN RAFAEL” y por ello conocer al señor ALVARO GUTIERREZ. Manifestaron que si bien conocen al actor por cuanto vivía en la finca, señalaron que este trabajaba en varios lados y que incluso cuando los deponentes sembraban en tal lugar ocasionalmente el accionante les ayudada por lo cual eran los testigos quienes le pagaban ese jornal, aseguraron no saber si el actor trabajó para el demandado pues nunca vieron que le impartiera órdenes, en tanto Álvaro Gutiérrez no tenía sembrados en la finca ya que todo era en sociedad.

Finalmente las señoras MARIA EMILSE MUÑOZ⁷, AMANDA MUÑOZ RICO⁸ y ANA CRISTINA MUÑOZ RICO⁹, hijas del demandante comentaron que desde que ellas eran muy pequeñas su padre trabajó y vivió en la finca de propiedad del accionado, la cual antes pertenecía al padre de éste, el señor Arnulfo, advirtiéndole el actor se encargada de ordeñar las vacas, entregar la leche y hacer el mantenimiento de la finca, precisando al unísono las deponentes que era don Álvaro quien le impartía las ordenes al accionante, señalando la testigo

⁴ Cd. fol. 104, audiencia 20 de febrero del 2018, record: 8:20

⁵ Cd. fol. 104, audiencia 20 de febrero del 2018, record: 40:19

⁶ Cd. fol. 109, audiencia 30 de mayo del 2019, record: 20:43

⁷ Cd. fol. 109, audiencia 30 de mayo del 2019, record: 4:08

⁸ Cd. fol. 111, audiencia 9 de septiembre del 2019, record: 3:31

⁹ Cd. fol. 111, audiencia 9 de septiembre del 2019, record: 13:14

María Emilse que el accionado le pagada \$150.000 o \$200.000 lo cual sabe porque pese a no vivir en esa finca desde que tenía 24 años visitaba a su progenitor todos los días.

Pues bien, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, de entrada debe señalar esta Sala, la inexistencia de los elementos de un contrato de trabajo respecto del accionado en los términos solicitados por el actor, pues ni siquiera se logra probar la prestación personal del servicio, a efectos de aplicar la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., dado que si bien de los medios probatorios reseñados, puede colegirse que efectivamente el actor prestó servicios en una finca de propiedad del accionado, no puede concluirse que dicha actividad se realizara en favor de éste, pues, las declaraciones de los testigos son precarias en este punto, por las siguientes razones que pasan a exponerse.

El señor Darío Sierra Sierra se trata de un testigo de oídas, pues su declaración se basa en supuestos de lo que él considera como se dio la labor del actor, nótese que incluso fue muy enfático en expresar no constarle de quien recibía órdenes ni cuales eran “*los compromisos laborales*” como en sus palabras lo indicó y en cuanto a las declaraciones de las hijas del accionante, por su lazo de familiaridad, se tiene que fueron parcializadas y con ánimo de favorecer al actor, pues sus manifestaciones se basaron en la reiteración de los hechos de la demanda, aunado a que tampoco expresaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus dichos, limitándose a expresar que su padre siempre recibió órdenes del demandado, sin referir situaciones que expliquen lo dicho y en todo caso para resolver las inconformidades del apelante, resulta que el mero dicho de éstas deponentes no es prueba suficiente para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor del demandado, pues no se aportó otro medio de convicción diferente que apoye la versión dada por las declarantes que generen para esta Corporación convicción y veracidad sobre lo relatado.

Por ende para esta Sala de decisión, la prueba testimonial practicada, no da certeza alguna a esta Sala de decisión sobre la prestación del servicio del señor MANUEL ANTONIO MUÑOZ MUÑOZ a favor de ALVARO GUTIERREZ

PEÑALIZA, luego ha de concluirse el actor pecó en cuanto a su deber de probar la prestación del servicio a favor del demandado a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor, establecida en el artículo 24 del C.S.T., antes mencionado.

Ahora y en cuanto a la documental aportada y ya citada, de la misma no se puede extraer la prestación personal alegada pues la información que esta contiene ninguna relación tiene que la vinculación laboral que el actor indica haber sostenido con el señor GUTIERREZ PEÑALOZA.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con el accionado, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiéndose, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra el demandado, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo. Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado....”.

Así las cosas, se itera el actor debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, ante la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor del demandado necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente al encartado, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio.

Así las cosas, en consideración de la Sala, no existe evidencia suficiente que permita inferir la configuración de un contrato de trabajo, entre el demandante MANUEL ANTONIO MUÑOZ MUÑOZ y el demandado ALVARO GUTIERREZ PEÑALOZA, en los términos aducidos en el libelo, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia apelada en este aspecto, **pero** por las razones aquí expuestas.

Finalmente, frente al punto de apelación del demandado 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 desfavorable la sentencia de primer grado al señor MANUEL ANTONIO MUÑOZ MUÑOZ, lo atinente a derecho es que sea condenado en costas, revocándose en este punto la sentencia de primera instancia.

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

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para en su lugar **CONDENAR** en **COSTAS** al demandante, conforme lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones aquí expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

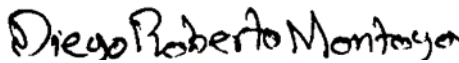
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE JORGE PORRAS
NIAMPIRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES– (RAD. 26 2019 00006 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 56 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones (fls. 55 y 56), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor del extremo demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero del 2021 (Cd. fl. 44, record 1:19:50, acta a folios 45 y 46), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSE JORGE PORRAS NIAMPIRA conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** de esta instancia a la parte demandante fijándose como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

***TERCERO:** En caso de que la sentencia no sea apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.”*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSE JORGE PORRAS NIAMPIRA, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 3 y 4, solicitando el incremento pensional del 14% por persona a cargo señora MARIA ELISA CORONADO PORRAS junto con el retroactivo desde el 1° de marzo del 2013, la indexación de las condenas, costas del proceso, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable**, por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se encontró acreditado el requisito de dependencia económica respecto de la señora CORONADO PORRAS.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, ha de señalarse, no es motivo de controversia la calidad de pensionado del actor tal como puede verificarse en Resolución GNR 025818 del 6 de marzo del 2013 (folios 17 a 19), por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez, la cual fue concedida por encontrar acreditados los requisitos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicado por ser beneficiario del régimen de transición, según se lee de las consideraciones de tal acto administrativo, a partir del 1° de marzo del 2013, en cuantía de un SMLMV (fl. 19).

Pues bien procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario 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 compañero(a) permanente o hijos a cargo, el cual es invocado por el actor 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 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 2007¹, 32381 del 24 de febrero de 2009², SL1975 de 9 de mayo de 2018, radicación 51706³ y SL2955 del 31 de julio de 2019, radicado 70041⁴ y que,

¹ *“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”.*

² *“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”*

³ *“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

hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁵, acogiéndose la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887⁶, 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 14% a favor del demandante, por la señora **MARIA ELISA CORONADO PORRAS**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, presupuestos que pasa la Sala a verificar conforme las pruebas vertidas en autos.

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.

⁴ “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).”

⁵ “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”.

⁶ “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”.

En ese orden, se tiene que al plenario se incorporó como prueba documental declaración extrajudicial rendida el 11 de octubre del 2018 ante la Notaría 7 del Círculo de Bogotá por el demandante y MARIA ELISA CORONADO PORRAS, en la que bajo la gravedad del juramento hacen constar (folio 20):

“(…) Que convivimos en Unión Marital de Hecho desde hace 36 años, conviviendo bajo un mismo techo, lecho y mesa, de manera permanente ininterrumpida, de nuestra unión han nacido tres (3) hijos de nombres LUBIA PORRAS CORONADO, ELVER ALSIDES PORRAS CORONADO y EULISES PORRAS CORONADO actualmente mayores de edad y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales. La presente declaración la rendimos con el fin de certificar nuestra convivencia”

Así mismo, obra a folio 26 certificación expedida por la NUEVA EPS S.A. en la que consta que MARIA ELISA CORONADO PORRAS, se encuentra afiliada a esa EPS desde el 1° de agosto del 2008 en calidad de beneficiaria, no obstante no refiere quien es el cotizante que la tiene afiliada.

Por otro lado, se recibieron los testimonios de LIDIA ESPERANZA GUARAMA SUAREZ⁷, RICARDO MORENO BOHORQUEZ⁸ y HUGO VIVAS⁹, quienes conocen al demandante por ser vecinos del mismo barrio donde habitan, los cuales si bien refirieron haber visto siempre a la señora CORONADO PORRAS en su casa desarrollando labores del hogar y afirmar ser la esposa del actor, ninguno de ellos conoce como se desarrolla esa relación ni muchos menos en el aspecto económico pues son desconocedores de situaciones personales de los mismos, en tanto sus dichos se centran en meras suposiciones relacionadas con el hecho de que la señora María Coronado nunca ha trabajado y por ende sufraga sus gastos de la pensión que ostenta el actor, pues los declarantes no narraron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den razón de sus afirmaciones, incluso el testigo Ricardo Moreno al ser interrogado sobre la situación económica de la compañera del promotor del litigio indicó que ello es una situación personal de la pareja que desconoce y por ejemplo el señor Hugo Vivas si bien refirió que del inmueble que habitan los compañeros reciben dinero por concepto de los arriendos de unos apartamentos, desconoce cómo se distribuye ese ingreso económico, como tampoco sabe si la señora María Coronado recibe subsidios del Estado o una

⁷ Cd. folio 44, record: 19:39

⁸ Cd. folio 44, record: 45:22

⁹ Cd. folio 44, record: 56:54

herencia, pues al inicio de su declaración indicó que su relación de amistad es más cercana con el señor PORRAS NIAMPIRA y no con su compañera.

De esta manera, analizada la prueba en conjunto, para la Sala no se encuentran acreditados los presupuestos exigidos por la disposición antes citada, pues los testigos aunque dijeron conocer a la pareja desde hace muchos años, no fueron precisos en anotar circunstancias particulares de la aludida convivencia de los compañeros, la regularidad con la que los visitaban u otras circunstancias que lleven a la Sala al convencimiento de sus aseveraciones, resultando insuficientes tales expresiones para evaluar su veracidad e idoneidad.

Por lo anterior las manifestaciones de las deponentes resultan insuficientes para generar convicción acerca de las circunstancias sobre las que versa la declaración, por lo que es claro que dicha prueba no da certeza alguna de la calidad de compañera permanente y la dependencia económica de la señora CORONADO PORRAS respecto de quien convoca la litis.

Además de lo anterior, aunque se considerara probada la calidad de compañera permanente, la testimonial recaudada en autos es insuficiente para acreditar el presupuesto de dependencia económica con el que se pudiera dar cumplimiento a lo previsto en la norma.

Tal carencia demostrativa en el caso de marras, impide acceder a lo pretendido en los términos solicitados por el actor.

Así las cosas, se trata pues del tema de las cargas, respecto del cual conviene recordar que no se trata de obligaciones que se deban exigir, sino que son actividades procesales, que deben llevar a cabo las partes para no verse perjudicadas a lo largo del proceso. La carga de la prueba es una de ellas, es decir, si no se cumple la actividad probatoria sobrevienen consecuencias desfavorables.

De este modo, conforme a los artículos 1757¹⁰ del C.C. y 167¹¹ del C. G del P. por regla general sobre cada parte pesa la carga de probar sus afirmaciones; ya sea que en ellas se funde su acción o su defensa, pues quien invoca la aplicación de una norma que lo favorece, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto persigue.

Correspondía entonces al demandante, en primer término aportar pruebas de sus afirmaciones, máxime si se trata del requisito esencial para la procedencia de sus anhelos ya que es la parte actora y no su contraparte quien tiene interés jurídico en que resulten probados los hechos de la demanda, quedando expuesto a lo que Carnelutti llama "*el riesgo de falta de la prueba*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*", en cuanto por ningún medio logra acreditar la dependencia económica de la señora MARIA ELISA CORONADO PORRAS.

Así las cosas, iterando que en el caso de marras no se encuentran acreditados la totalidad de los requisitos legales para la procedencia de los incrementos pensionales, se confirmará la decisión de primera instancia, por las razones anotadas por la Sala.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

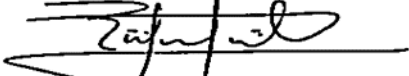
¹⁰ "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*"

¹¹ "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

SEGUNDA: 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 ROBERTO TRIVIÑO
SOTAQUIERA CONTRA TREVIGALANTE S.A. (RAD. 27 2018 00521 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada TREVIGALANTE S.A. (folios 78 a 85) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto el apoderado de la sociedad demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre de 2020 (Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 73, récord 18:22, acta a folio 74), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la Sociedad TREVIGALANTE S.A a pagar al trabajador ROBERTO TRIVIÑO SOTAQUIRA la suma de \$11.438.648 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad TREVIGALANTE S.A al pago de las COSTAS del proceso por la suma de \$1.500.000 por agencias en derecho.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de inexistencia de la obligación y despido por justa causa formulada por la demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo, el testigo Oscar López al momento de rendir su testimonio manifestó que los guardas de seguridad sí identificaron al actor *“a partir de un procedimiento rutinario que se hacía todos los días (...) de entrar a la obra dejar el carné que los identificaba”*.

Sostiene, es apenas lógico que un vigilante *“no puede aprenderse el nombre ni la identificación de todas las personas que trabajan en una obra de construcción”* como en la que laboraba el demandante, sin embargo, se tenía la certeza que solo estaban presentes empleados de TREVIGALANTE y que la persona que salió del lugar tenía el vestuario e identificación de esa empresa, siendo reconocida por el vigilante por la foto del carné de identificación dejado en la portería de la obra.

De otro lado, menciona, la comunicación del 25 de abril de 2018 suscrita por María Angélica Ocampo no fue debidamente valorada por el juzgado de primer grado, considerando, el cliente a favor de quien se estaban realizando las labores afirmó que se había reconocido a Roberto Triviño como una de las personas que participó en la tentativa de hurto, que aunque para la juez no fue lo suficientemente contundente, debía analizarse la situación en retrospectiva para entender las circunstancias como ocurrieron los hechos, anotando, fue un recorridor de la empresa de vigilancia quien se percató del intento de hurto por parte de unas personas que al notar su presencia salieron huyendo, siendo imposible para el guarda salir tras estas personas en persecución e identificarlos en ese mismo momento.

Estima, lo exigido en la sentencia es un *imposible*, por cuanto ni la gerencia del proyecto *EAN LEGACY* ni TREVIGALANTE tenían como identificar a la persona que sacó del casillero unos elementos, los puso debajo de la reja que dividía el proyecto de la calle e infieren, según el contexto, que ello solo fue posible porque se realizó por personas dentro de la obra.

Asegura, si se estudian de manera conjunta los indicios alrededor del suceso, se entendería por parte de esta Corporación que existían elementos suficientes para

considerar que se habían generado uno de los supuestos contenidos en el artículo 62 del C.S.T. y del numeral 20, artículo 62 del RIT.

Apunta, en este tipo de asuntos no se requiere de sentencia condenatoria, sino que basta con el conocimiento que tuvo como empleador al momento de tomar su determinación, la cual considera justa y razonable, pues existían, a su juicio, razones de sobra para considerar que Triviño Sotaquira participó en la tentativa de hurto, debiendo revocarse la sentencia frente a la indemnización por despido sin justa causa y las costas¹ (Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento realizado

¹ “Su señoría la parte demandada interpone respetuosamente recurso de apelación en contra de su decisión. Gracias señora juez respetuosamente la parte demandada solicita a la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá que revoque la decisión que en primera instancia profirió el Juzgado 27 Laboral del Circuito con base en las siguientes razones:

En primer lugar, en un respetable criterio jurídico la señora juez consideró que no había lugar a darle valoración probatoria a los testimonios que aquí se presentaron respecto de algunos de los hechos que a los testigos les constaron presencialmente. Muy específicamente es importante tener en cuenta el testimonio en primer lugar del ingeniero Oscar López quien al momento de rendir el testimonio manifestó lo siguiente en primer lugar: que los guardas de seguridad si identificaron al señor Triviño Sotaquira a partir de un procedimiento rutinario que se hacia todos los días ¿Cuál era? El de al entrar a la obra dejar el carnet que los identificaba en la portería de la misma y esto lo explico con absoluta claridad el ingeniero López en la medida en la que insisto se trataba de una práctica regular, Es de apenas del sentido común el hecho de entender que un vigilante o guardia de seguridad no puede aprenderse el nombre ni la identificación de todas las personas que trabajan en una obra de construcción como en la que laboraba el ex empleado Triviño Sotaquira, pero que efectivamente y esto con un segundo elemento, únicamente en la obra que estaba en la calle 78 con Cra. 11 identificada como EAN LEGACY trabajaban empleados de TREVIGALANTE y que los guardas de seguridad observaron a una persona que había salido del lugar de la obra con el vestuario que así mismo los identificaba y que en consecuencia esta persona si bien no habría podido ser identificada con su nombre e identificación al día siguiente si pudo ser reconocida en la foto del Carnet que el mismo señor Triviño Sotaquira dejo en la portería de dicha obra, así que si bien la parte demandada coincide con el respetable criterio de la señora juez en el sentido de que al ingeniero Oscar López no le consta como el señor Triviño pretendió hurtar parte de los elementos de la obra EAN LEGACY a él si le consta como había unos procedimientos rutinarios que permitieron su identificación, también le consta que solamente empleados de TREVIGALANTE eran los que se encontraban en dicha Obra EAN LEGACY el día de los hechos a la hora de los hechos.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la comunicación del 25 de abril de 2018 suscrita por la ingeniera María Angélica Ocampo tiene un valor probatorio que en criterio de la parte demandada no fue lo suficientemente ni lo adecuadamente valorada por parte del juzgado de primera instancia. Es que aquí el cliente a favor del cual se estaba realizando las labores por parte de la compañía TREVIGALANTE, afirmo en un documento que introdujo al trafico jurídico de manera idónea que habría sido reconocido el señor Roberto Triviño Sotaquira como una de las personas que había participado en la tentativa de hurto. Ahora bien es importante tener en cuenta lo siguiente: La señora juez de primera instancia considero respetablemente que hubiese sido lo suficientemente contundente el hecho de que el mismo día se hubiera dado con la identificación del señor Triviño Sotaquira pero como esta se dio hasta el día siguiente en consecuencia ya no es lo suficientemente contundente la prueba de su identificación, pues bien hay que hacer una prognosis posterior objetiva para entender cuál es la circunstancias de modo en las cuales se llevaron a cabo los hechos para entender el porque era imposible ante la ausencia de la intervención de la fuerza pública en este hecho lograr la identificación el mismo día y es que como bien lo dice el informe del 21 de abril del 2018 de la compañía AZIMUD que fue adjuntado al comunicado del 25 de abril del 2018 suscrito por la señora María Angélica Ocampo fue un recorridor de dicha compañía de vigilancia el que identificó que se estaba intentando perpetuar un hurto y que los delincuentes al percatarse de la presencia de dicho vigilante salieron huyendo, pues bien escapa a la competencia de un guardia de vigilancia de una propiedad privada, en este caso de un inmueble salir a perseguir ladrones él no tenía como lograr esa identificación. Lo que se exigió en la sentencia de primera instancia es un imposible y nadie está obligado a lo imposible TREVIGALANTE no tenía su propia compañía de vigilancia entre otras cosas porque no le

a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 73, récord 19:32, acta a folio 74).

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

CONSIDERACIONES

asistía el deber jurídico de hacerlo, en cambio sí al proyecto donde se estaba ejecutando dicha obra, y ese vigilante no tenía el deber jurídico de perseguir hasta dar con la captura del señor Triviño Sotaquira o de quien fuera la persona que participó en dicho intento de hurto. Así las cosas, la exigencia realizada en la sentencia respecto de que la identificación se tuvo que haber hecho el mismo día en que se llevaron a cabo esas conductas, se insiste por parte de la demandada es un imposible.

Ahora bien es importante tener en cuenta que la compañía de vigilancia, ni la gerencia del proyecto EAN LEGACY, ni TREVIGALANTE tenían como identificar a la persona que como lo dijo la ingeniera María Angélica Ocampo saco de un casillero unos elementos, los puso por debajo de la reja o de la poli sombra que dividía el proyecto de la calle, pero evidentemente esos elementos no llegaron ahí solos, estamos hablando de unos bienes muebles, estamos hablando de unas varillas de un cooper well y de otros elementos que fueron perfectamente identificados tanto en la comunicación del 21 de abril como del 25 de abril que aparecen obrantes en el proceso y ninguno de esos elementos son semovientes, ninguno de esos elementos pudieron auto disponerse en ese conveniente lugar cerca a la calle para posteriormente ser jalados desde el exterior, así que cuando la compañía evidentemente, suponemos está haciendo referencia en el contexto de dicho plexo a que evidentemente se trata de que contaron con la participación de personas desde adentro de la obra, es decir de funcionarios de TREVIGALANTE a lo cual debe sumarse un segundo indicio y es que en dicha obra únicamente trabajaban funcionarios de TREVIGALANTE, a lo cual debe sumarse un tercer elemento es que como lo dijo el ingeniero Oscar Lopez las personas de TREVIGALANTE que allí trabajaban estaban identificados con un vestuario a lo cual debe sumarse un cuarto elemento que es que justo a la hora en la que se perpetuaron los hechos era la hora de salida del señor Triviño Sotaquira, a lo cual debe sumarse un quinto elemento es que el vigilante identifico como miembro de TREVIGALANTE y trabajador de dicha obra a quien huyo de los hechos una vez fue descubierto, a lo cual debe sumarse un sexto elemento que al día siguiente en el proceso rutinario que fue debidamente expuesto por uno de los testigos bajo la gravedad de juramento el vigilante identifico que la persona que había visto el por sus propios medios halando los elementos desde fuera pero que se encontraban adentro de la obra y que posteriormente emprendió la huida se trataba del señor Roberto Triviño Sotaquira.

Cuando se estudia de manera conexa cada uno de estos seis elementos, entenderá la sala laboral del honorable tribunal superior que si existía los elementos de conocimiento suficientes para considerar que se habían generado los supuestos de hecho del numeral quinto del artículo 62 del CST y del numeral 20 del artículo 62 del reglamento interno del trabajo. En consecuencia la justa causa para estos efectos como bien se indicó en la sentencia citada en los alegatos de conclusión no requieren de una sentencia condenatoria en contra del señor Triviño Sotaquira, sino que con los elementos de conocimiento que tuvo el empleador al momento de tomar la determinación, dicha determinación haya sido de naturaleza justa y razonable es decir que no haya sido injusta ni caprichosa y aquí habían razones y siguen existiendo razones de sobra para que TREVIGALANTE siga considerando al señor Triviño Sotaquira como una de las personas que participo en esa tentativa de hurto y esa es la razón por la cual acude nuevamente a la administración de justicia a efectos de obtener dicha administración, por lo demás esta evidentemente de acuerdo la parte demandada en el sentido de la abstención de condenas que profirió la decisión de primera instancia, mas no en cuanto a la condena por los \$11.438.648 pesos en ocasión de la indemnización de despido por justa causa, ni tampoco por las agencias en derecho valoradas en \$1.500.000 pesos a las que en primera instancia fue condenada TREVIGALANTE y en consecuencia además en el sentido de la decisión también solicita respetuosamente la revocatoria de dichas dos condenas pecuniarias en contra de mi representada, en estos términos honorables magistrados de la sala laboral y así mismo señora juez veintisiete laboral del circuito quien a pesar de que profirió una decisión en contra de los intereses de TREVIGALANTE entendemos como siempre su señoría y ante su despacho hemos encontrado la totalidad de las garantías procesales y la elegancia que siempre la caracteriza su proceder judicial, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos del demandante ROBERTO TRIVIÑO SOTAQUIRA en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (folio 3 y 4), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 y 3), solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor las cesantías, vacaciones, prima de servicios e intereses a las cesantías durante el tiempo laborado sobre la base salarial de \$2.018.585, así como la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a la demandada a pagar a favor del actor la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T en cuantía de \$11.438.648, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar la *a quo*, en lo que al caso interesa, que la demandada no había logrado acreditar los supuestos de hecho atribuidos al demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, particularmente, ante la inexistencia de suficientes pruebas que conllevaran a concluir, sin lugar a dudas, que el actor participó en el intento de hurto de los materiales de la obra donde laboraba en tanto solo existía la versión dada por un guarda de seguridad quien asegura haberlo identificado a través de su carné de ingreso a la obra, el día siguiente a la ocurrencia del supuesto ilícito.

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

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes entre el 20 de mayo de 2010 y el 24 de mayo de 2018, el cual terminó por decisión unilateral de la empleadora, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio, fueron aceptadas por la encartada desde la contestación de la demanda (folios 25 y 26) y se constata de la documental visible a folios 8 y 9 a10.

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe a determinar si la terminación del contrato de trabajo del actor estuvo precedida de una justa causa.

Bajo tal orientación, 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 causa².

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 24 de mayo de 2018 (folios 9 y 10), la cual fue entregada en esa fecha al actor según se advierte de lo relatado en el hecho cuarto del libelo introductor (folio 2), en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:

“(...)”

Dando cumplimiento al debido proceso, Usted fue escuchado en descargos el día dos (02) de mayo de 2018 por medio de citación, en la cual se solicitó suministrara explicaciones por el presunto intento de hurto del material de cobre por debajo del

² 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...*”

cerramiento reportado por el cliente del Proyecto EAN LEGACY, donde usted manifestó:

Frente a la Pregunta:

1. ¿Manifieste cual (sic) fue la hora de ingreso y salida en la obra EAN, el día 20 de abril de 2018? Usted manifestó: "entrada 6:40 am y salida 5:40 pm"
2. ¿antes de terminar la jornada laboral usted ubico material de la obra como alambre, cobre, varilla cooper Well cerca a los cerramientos del proyecto o conocimiento de alguien que lo hubiera podido realizar? Usted manifestó: "no tengo la mayor idea"
3. ¿dentro de la investigación realizada por la empresa de Vigilancia AZIMUT LTDA los vigilantes de turno lo logran identificar como una de las personas implicadas en la pérdida de material evidenciada el día 20 de abril, que tiene que decir al respecto? Usted manifestó: "no porque yo ya iba en el bus camino a mi casa"

Con base en lo expuesto, no son de recibo sus explicaciones, ya que existe un informe enviado por el Cliente del Proyecto EAN LEGACY, donde solicitan su salida de manera

inmediata de la obra por la indiscutible identificación como persona implicada en el intento de hurto, presentado el día veinte (20) de abril del cursante. Por otro lado, no concuerda la hora de salida manifestada en la diligencia de descargos con la hora reportada por el proyecto como hora de Salida, constituyéndose de esta manera un indicio más por el presunto intento de hurto.

Estas conductas se consideran una falta grave según lo establece el Reglamento interno de trabajo en su Artículo 63 numerales "9. No informar oportunamente a LA EMPRESA sobre cualquier Circunstancia que pueda producirle graves perjuicios; "20. Toda falta, falla, incumplimiento, inobservancia de las instrucciones y procedimientos, daños a materiales, desperdicios de estos, maltrato de equipos, útiles.

herramientas, materias primas, discusiones, indisciplina y actos de mala fe." Y en concordancia con el código sustantivo de trabajo en su artículo 62 numeral 5". Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, o en el desempeño de sus labores", Y numeral 6 ".Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al bajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".

Por tanto, se le comunica que su contrato de trabajo será cancelado unilateralmente por la empresa por justa causa, de conformidad con lo estipulado en el artículo 62 numeral 3 del C.S.T., en concordancia con el numeral 9 y 20 del artículo 63 del reglamento interno de trabajo y con lo estipulado en su contrato de trabajo, y demás normas concordantes y aplicables, a partir de la terminación de la jornada laboral del día de hoy.

(...)"

En los términos anteriores, es claro, lo que motivó el despido del convocante fue, en términos generales, el haber presuntamente participado en un intento de hurto a los materiales que se encontraban en la obra donde TREVIGALANTE prestaba sus servicios a un tercero.

Frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, el 2 de mayo de 2018 se llevó a cabo diligencia de descargos (folios 57 a 59) por el presunto intento de hurto ocurrido el 20 de abril de 2018 dentro del proyecto EAN LEGACY. En esa oportunidad, al indagársele al actor sobre los motivos por los que fue citado, manifestó conocerlos y estar relacionados con la sospecha de hurto de cables de cobre, pero negó su participación en el presunto ilícito advirtiendo que para el momento de los hechos *“ya iba en el bus rumbo a mi casa”* luego de terminar sus actividades a las 5:30 p.m. y de retirarse de la obra a las 5:40 p.m. aproximadamente.

Adicionalmente, en el expediente reposa informe del 21 de abril de 2018 emitido por AZIMUT SEGURIDAD Y VIGILANCIA (folios 50 a 53) dirigido a MARIANNE KLIN CEBALLOS, MIGUEL ANGEL OREJUELA y CARLOS EFREN GARCÍA ZORRO, Coordinador, Director y profesional planta física y servicios logísticos, respectivamente, del proyecto EAN LEGACY, en el cual presentan los resultados de la investigación adelantada *“sobre los hechos informados el día 21 de abril de año (sic) 2018 en la parte externa de la obra EAN LEGACY”*, en los siguientes términos:

“HECHOS

El día viernes 21 de abril de 2018 siendo las 18:10, el guarda recorredor general JHONATAN ORTIZ, realizando sus rondas por el perímetro observa dos personas que tratan de retirar un elemento por la parte inferior del enceramiento de la obra LEGACY, en la esquina de la carrera 11 con calle 78.

El guarda informa de manera inmediata a la central para el apoyo del supervisor. Los sujetos al notar la salida del guarda sobre la esquina de la carrera 11 con calle 79, se dan a la fuga dejando el material en el piso.

(...)

DILIGENCIAS ADELANTADAS

- *Se recibe versión libre de los guardas asignados al servicio en los momentos de los hechos.*

DICTAMEN DE LA INSPECCIÓN AL LUGAR DE LOS HECHOS

Se observó que el espacio donde manifiesta que se presenta el intento de sustracción del material tiene una luz de separación entre el piso y lámina de 8 centímetros en una parte y otra de 3 cm aproximadamente.

(...)

PRUEBAS TESTIMONIALES

La versión del guarda recorredor ORTIZ JHONATAN y el guarda de la obra ROGER AIRMAN.

PRUEBAS DOCUMENTALES

Se realiza el acta de entrega del material.

CONCLUSIÓN

Se pudo (sic) observar que en esta ocasión el recorrido efectuado por nuestro personal dio fruto al llegar en el momento justo, pero no se puede garantizar siempre esta situación se trabaja para ello y es lineamiento de la empresa AZIMUT LTDA, el cuidado de los bienes muebles e inmuebles de la UNIVERSIDAD EAN.

En portería la persona asignada verifica el ingreso y la salida al proyecto LEGACY pero no le es posible cubrir la totalidad de las barreras perimetrales.

Como hipótesis de este caso se pudo observar que muy seguramente los elementos fueron pre-ubicados por alguien desde el interior quien luego solo espero (sic) el retiro del personal y trato (sic) de sustraer el material desde la parte externa.

Por lo expuesto en este informe la empresa AZIMUT LTDA informa como cumplimiento de lo pactado y efectúa el regreso de este material al personal de la obra.”

El informe de regreso de material recuperado al que se hace referencia, milita a folio 54. En el se indica:

“(...) se procede a realizar la devolución de material en cobre que fue recuperado por nuestro guarda recorredor JONATAN ORTIZ, quien al pasar la revista externa sobre las 18:00 y en la carrera 11 a la altura la esquina del semáforo de la 78. Observa dos sujetos que halan el material de la parte inferior del encerramiento de la obra. Los individuos se retiran sin que el guarda pudiera dar captura.

(...)”

Al plenario se incorporó también misiva del 25 de abril de 2018 dirigida a OSCAR LOPEZ de TREVIGALANTE, signada por MARIA ANGÉLICA OCAMPO C. (folio 55), con el asunto “*intento de hurto – abril 20 de 2018*”, en la que se señala lo siguiente:

“Apreciado Oscar:

Dados los hechos presentados el pasado viernes 20 de Abril de 2018, cuando el recorredor de la compañía de vigilancia encontró a dos personas por fuera del

proyecto sacando material de cobre por debajo del cerramiento, es importante que ustedes conozcan los detalles del hecho, así como el informe presentado por la compañía de Vigilancia, adjunto al presente:

- *El material de cobre lo había dejado nuestro contratista Redes y Proyectos dentro del tablero de la provisional, con llave.*
- *Las personas que planearon el hecho lo retiraron del tablero y dispusieron cerca al cerramiento para poder retirarlo.*
- *No todo el material encontrado pertenecía a este proyecto; se encontraron varillas cooper well que no eran de acá.*
- *A través de los carnets de obra se logró hacer la identificación de una de las personas implicadas en el hecho, el señor Roberto Triviño. (ver copia adjunta del documento).*

En consecuencia, solicitamos que de manera INMEDIATA se retire la persona involucrada, en los hechos y que se implemente un plan de acción que permita evitar que estos hechos se repitan”

En el decurso procesal se recibieron los testimonios de MARIA ANGELICA OCAMPO CIFUENTES³, directora de la gerencia de la interventoría del proyecto EAN LEGACY, OSCAR IVAN LÓPEZ RODRÍGUEZ,⁴ trabajador de TREVIGALANTE e ingeniero residente del proyecto y CLAUDIA LUCÍA ZARATE SANTADER⁵, directora de recursos humanos de TREVIGALANTE.

La primera, dijo no conocer personalmente al demandante, pero saber que laboró en el proyecto EAN LEGACY. Relata, conoció del intento de hurto que se presentó “*hace como dos años*”, relatando, estaban terminando la jornada laboral, eran más de las cinco y media, les informaron que habían encontrado a unas personas sacando unas cosas por debajo del cerramiento “*quiere decir que estaban pasándola de adentro de la obra hacia la calle*”, cuando el recorredor de la compañía de vigilancia llega y se acerca al sitio, las personas salen corriendo. Se recoge el material y se devuelve a la obra. Al siguiente día el gerente va con el recorredor a la obra, hacen una verificación con los carné de los trabajadores para identificar a las personas que el vigilante había visto. Me presentan un informe y le entregan copia de un carné del demandante y le dijeron que él era una de las personas que intentó el hurto. Sostiene, dicho conocimiento lo obtuvo por lo que consignó la Compañía de vigilancia en el informe.

³ Audiencia realizada el 13 de octubre de 2020, Cd folio 72, récord 34:06

⁴ Audiencia realizada el 13 de octubre de 2020, Cd folio 72, récord 58:20

⁵ Audiencia realizada el 13 de octubre de 2020, Cd folio 72, récord 1:17:43.

Por su parte OSCAR LÓPEZ, conoció al demandante como operario en TREVIGALANTE, empresa para la que laboraba, trabajando en múltiples proyectos con él. Asegura, el actor fue retirado de la compañía porque fue visto por un guarda de seguridad hurtando elementos del proyecto que estaban ejecutando, en abril de 2018, fecha para la cual el deponente fungía como ingeniero residente y responsable de la obra por parte de TREVIGALANTE. Relata, ese día estaba en el proyecto, antes de las 6 estaban saliendo, lo llaman de portería y le indican que el guarda exterior encontró personas de TREVIGALANTE tratando de extraer elementos de la obra por cerramiento, y al día siguiente la dirección del proyecto le trasfiere oficio con adjunto en el cual le pide el retiro del operador en el que la empresa de seguridad advierte que identificó al señor Roberto Triviño como uno de los que intentó extraer elementos del proyecto. Dice, la identificación la hizo el guarda de seguridad fuera de la obra y luego confirma el rostro con el carné del proyecto. Alude, el conocimiento que tiene de lo sucedido es por el informe que se le entregó y no indagó en el instante quiénes eran las personas que intentaban cometer el ilícito.

CLAUDIA LUCÍA ZÁRATE SANTANDER, comentó que recibieron por parte de OSCAR LÓPEZ un comunicado en el que solicitaban el retiro del trabajador porque según el documento él estaba involucrado en un presunto hurto. Ese comunicado llega el 25 de abril. Indica, el documento decía que vieron a 2 personas retirando insumos del proyecto e identificaron a Roberto como una de ellas, identificación que se hizo a través del carné. Advierte, el contrato es finalizado debido a que el demandante no aportó pruebas para su defensa.

Del anterior recuento fáctico y probatorio, coincide la Sala con lo advertido por la juzgadora de primer grado, al concluir que las circunstancias atribuidas al actor como determinantes para que la empresa decidiera poner fin al contrato de trabajo no se encuentran plenamente demostradas, como quiera que, en realidad, el finiquito del vínculo se sustentó en la comunicación que enviara a TREVIGALANTE, la señora MARIA ANGÉLICA OCAMPO (folio 55), único documento donde se asegura que el guarda de seguridad de la empresa de vigilancia contratada por el proyecto identificó al señor ROBERTO TRIVIÑO SOTÁQUIRA como partícipe del intento de hurto de algunos materiales de la obra,

pese a que esa situación ni siquiera fue consignada así en el informe que entregó AZIMUT a la UNIVERSIDAD EAN –dueña de la obra- (folios 50 a 53).

Sobre el punto, se resalta además, ninguno de los testigos presencié personalmente el hecho, por lo que el relato de lo que presuntamente ocurrió el 20 de abril de 2018, no es más que una réplica de lo que leyeron del informe efectuado por la empresa de vigilancia, en el cual, se insiste, no emana con nitidez la participación del actor en el supuesto ilícito. Ninguno de ellos, identificó por sus propios sentidos a ROBERTO TRIVIÑO como el autor del presunto delito que conllevó a su retiro de la empresa.

La única persona que aparentemente pudo identificar plenamente al demandante fue JHONATAN ORTIZ, vigilante que se asegura presencié lo sucedido, empero, se desconoce las condiciones de tiempo, modo y lugar en que pudo lograr, con tal grado de certeza, identificar al señor TRIVIÑO como partícipe del intento de hurto y las razones por las que está tan seguro de que él fue quien estuvo allí. Y es que llama la atención de la Sala que el presunto delito ocurrió sobre las 6:00 de la tarde y según lo relatado por la compañía de seguridad (folios 50 a 53), cuando los sujetos se percatan de la presencia del celador estos emprenden la huida. Siendo ello así ¿cómo hizo el guarda de seguridad para identificar tan plenamente al señor ROBERTO TRIVIÑO SOTÁQUIRA al día siguiente, sólo a partir de la foto del carné de identificación? El testimonio de JHONATAN ORTIZ que se relaciona como prueba en el reporte de la empresa de seguridad no fue entregado; además, esta persona tampoco fue traída a estrados o interrogada por TREVIGALANTE como empresa empleadora, para aclarar cómo pudo establecer, sin asomo de duda, a través de la foto de un carné, que ROBERTO TRIVIÑO fue una de las personas que intentó hurtar materiales de la obra.

A lo anterior se suma, la demandada no desplegó ninguna acción tendiente a lograr la identificación plena y certera del demandante en el intento de hurto acaecido el 20 de abril de 2018 en la obra en la que esa empresa era contratista, bastándole para poner fin al contrato, lo vertido en la comunicación remitida por la gerencia del proyecto EAN LEGACY que se soporta en el dicho de un tercero,

a pesar de que el trabajador tanto en los descargos como en el interrogatorio que absolvió⁶, desconoció su intervención en el ilícito.

Adicionalmente, para la Sala, no existe ningún elemento indiciario en el paginario que dé cuenta de los hechos atribuidos al demandante, como lo refiere el recurrente, pues en realidad, el que los materiales hayan sido aparentemente puestos cerca al lugar de donde se intentaron extraer por alguien dentro de la obra, no ubica necesariamente al señor TRIVIÑO SOTAQUIRA en ese escenario, y no deja de ser una suposición de la dueña de obra y la empresa de vigilancia, que no trascendió al plano probatorio. Tampoco puede tomarse como un indicio el presunto horario de salida del demandante de la obra, porque esa circunstancia de ninguna forma se acreditó.

De tal suerte, el extremo pasivo no cumplió con la carga probatoria de demostrar fehacientemente que el actor incurrió en la conducta que motivó la terminación del vínculo laboral, situación que torna en injusto el despido, y en esa medida, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

Como quiera que no se presentó inconformidad alguna en la alzada respecto del monto de la indemnización por despido sin justa causa liquidada en la sentencia, no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre ese particular.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

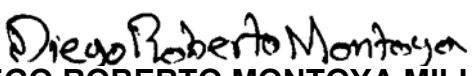
⁶ Audiencia del 13 de octubre de 2020, récord 23:15.

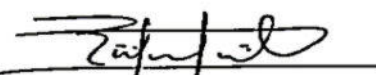
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

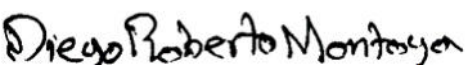

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

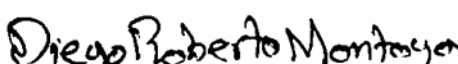
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PABLO EMILIO
HERNANDEZ FRANCO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 28 2019 00405 01).**

Bogotá D.C., Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 65 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por Colpensiones (fls. 64 y 65), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de marzo del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. fl. 51, récord 14:53), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y de cobro de lo no debido propuestos por la pasiva.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo del demandante y a favor de la demandada en suma de \$400 000.

CUARTO: De no ser apelada la presente decisión se deberá **CONSULTAR** con el superior en tanto le resulto totalmente adversa a los intereses del pensionado demandante.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a 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 **PABLO EMILIO HERNANDEZ FRANCO**, las pretensiones relacionadas a folio 27, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 26 y 27, peticionando principalmente el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% adicional por cónyuge o compañera permanente a cargo de manera indexada, junto con el retroactivo correspondiente, demás derechos en virtud de los principios *ultra* y *extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones** tras considerar la *a quo* que la prestación pensional fue reconocida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 y por esa razón no hay lugar a acceder a los incrementos pensionales del 14%, previstos para las pensiones reconocidas en virtud del Acuerdo 049 de 1990.

En este orden de ideas, previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración por vía del grado jurisdiccional de Consulta, ha de señalarse, clara resulta la calidad de pensionado del actor, tal como puede verificarse en Resolución SUB 162779 del 20 de julio del 2018 (fls. 58 a 61 impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 47), mediante la cual se reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1° de julio del 2018, precisándose, según se lee a folio 60,

en aplicación de la Ley 797 del 2003.

De tal manera, encuentra oportuno la Sala precisar respecto del 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, del 18 de abril de 1990 -, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por la compañera o hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que contrario a lo afirmado en primera instancia 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 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 2007¹, 32381 del 24 de febrero de 2009², SL1975 de 9 de mayo de 2018 radicación 51706³ y SL 2955 del 31 de julio del 2019 radicado

¹ “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”.

² “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”

³ “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

70041⁴, y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁵, acogiendo la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887⁶, 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.

En esa dirección, al revisar el acto administrativo por medio del cual se concedió al demandante la pensión de vejez, se corrobora que el reconocimiento de la prerrogativa pensional contrario a lo manifestado en el libelo introductor NO tuvo como fuente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, sino que éste se realizó con base en la Ley 797 del 2003 (fl. 60).

En la citada Resolución SUB 162779 del 2018 se consignó:

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.”

⁴ “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).”

⁵ “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”.

⁶ “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”.

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el (la) peticionario (a) cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad Ley 797 del 2003- Legal	8 de noviembre de 2017	1 de julio de 2018	2.996.290.00	1.976.718.00	1	78.58	2.354.485.00	SI

Esta pensión estará a cargo de:

ENTIDAD	DÍAS	VALOR CUOTA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES	14751	\$2.354.485.00

El disfrute de la presente pensión será a partir de 1 de julio de 2018

Son disposiciones aplicables: Ley 100/93 y CCA.

Del texto recién citado, tal como se anunció, surge evidente, el reconocimiento pensional no tuvo como fuente el Acuerdo 049 de 1990, resultando preciso tener en cuenta que en la demanda no se pretendió el reconocimiento pensional con fundamento en dicha preceptiva, y pese a que en el texto de libelo y más específicamente, en el hecho 3º (fl. 26) del respectivo acápite, se afirmó que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el acto administrativo reconocedor de la pensión del demandante da cuenta de una realidad diferente.

En consecuencia, como quiera que los incrementos reclamados solamente pueden ser reconocidos a quienes adquirieron su derecho pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y en consideración a que en el presente asunto el reconocimiento pensional se realizó conforme a las exigencias consagrados en la Ley 797 del 2003, al margen de la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez con base en el régimen de transición, pues como se dijo no se solicitó de ésta manera, no se hace posible acometer el examen de los requisitos previstos en el Decreto varias veces citado a efecto de determinar si al actor le asiste derecho a acceder al incremento del 14% sobre la pensión mínima legal solicitada, cuales son la calidad de cónyuge o compañera permanente de la señora CLARA INES CABRA RINCON respecto del demandante y su dependencia económica, así como la ausencia de derecho pensional en su favor, pues lo cierto es que tal disposición no le es aplicable.

Así las cosas, sin que sean necesarias más consideraciones, procede la absolución de la demandada, tal como así fue definido por la *a quo*, y en esa

medida habrá de confirmarse la decisión de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones que han quedado expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

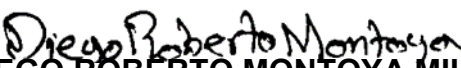
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

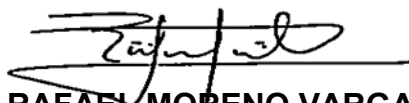
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GRACIELA
CUBILLOS LUQUE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 28 2020 00011 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folio 153).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y la demandante (fls. 148, 149, 151 y 152), 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.

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 demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de febrero de 2021 (Cd. fl. 140, record 26:25, acta a folios 141 y 142), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante la señora GRACIELA CUBILLOS BUSTOS todo conforme a las consideraciones dadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la pasiva conforme a lo argumentado en antelación.

TERCERO: Las COSTAS de esta instancia están a cargo de la parte actora se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000.

CUARTO: En caso de que la presente decisión no sea apelada se deberá CONSULTAR con el superior, en tanto le resulto totalmente adversa a la afiliada demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante recurre la decisión expresando que la demandante si contaba con el número de semanas cotizadas para conservar el régimen de transición, sí y solo sí Colpensiones se hubiese tomado la molestia de efectivamente actualizar la historia laboral, precisa que en ésta no se evidencia cual es la densidad de semanas efectivamente cotizadas por la actora y sobre todo en aquellos puntos de la demanda en donde se hizo un gran esfuerzo de especificar cuales eran esos periodos que presentaban inconsistencias y que la trabajadora en su momento aporó las pruebas, es decir, cuando hacía los aportes a nombre propio.

Razón por la cual asegura, la accionante cumple con los requisitos del Acuerdo 049, esto es, tener al menos la edad lo cual no está en discusión, precisando acreditar los requisitos para la pensión pues al 28 de diciembre del 2003 había cotizado más de 500 semanas exigidas para pensionarse por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, todo lo cual, reitera sería procedente si se hubiera actualizado la historia laboral¹. (Cd. fl. 140, record: 27:25).

¹ “Gracias señora juez en esta altura de la diligencia y conforme a la sentencia que acaba de proferir su despacho, me permito manifestar que sobre la misma interpongo el recurso de apelación para que sea analizado por el Honorable Tribunal de Distrito judicial de Bogotá, lo cual procedo hacer en los siguientes términos:

Si bien es cierto fue analizado por el despacho en obra de verificar que efectivamente mi representada si contaba con el número de semanas cotizadas para conservar el régimen de transición, si y solo si la administradora colombiana de Colpensiones se hubiese tomado la molestia de efectivamente actualizar la historia laboral, y es así que aun dentro de la misma demanda habiendo aportado las pruebas sumarias para hacerlo se ha llegado al día de hoy lo efectivamente la historia laboral que se aporta no está actualizada aun, cuando debieron ya haber tomado la demanda con sus correspondientes anexos, debieron haber presentado al menos una historia ya corregida y actualizada con las semanas de cotización; Hecho este que genera una inseguridad jurídica como quiera que la historia laboral no se evidencia efectivamente cual es la densidad de semanas efectivamente cotizadas por mi representada y sobre todo en aquellos puntos de la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GRACIELA CUBILLOS LUQUE, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 5 a 7; solicitando principalmente se declare que conserva el régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el parágrafo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 por lo que puede acceder al reconocimiento de la pensión de vejez por reunir los requisitos contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia pretende se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 16 de febrero del 2011, incluida la mesada 14, los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de los valores reconocidos, derechos *ultra y extra petita*, agencias y costas del proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada, tras considerar que la demandante perdió el régimen de transición al trasladarse de régimen pensional sin contar con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, razón por la cual no le es aplicable el acuerdo 049 de 1990 y en consecuencia señaló la improsperidad de las pretensiones de la demanda.

demanda en donde se hizo un gran esfuerzo de especificar específicamente cuales eran esos periodos que presentaban inconsistencias y que la trabajadora en su momento aporó las pruebas. Lo mismo sucedió cuando como trabajadora dependiente y como trabajadora independiente es decir cuando hacía los aportes a nombre propio.

Es así como consideramos que si se cumple efectivamente con los requisitos del acuerdo 049, como era el de tener al menos cotizada la edad lo cual no está en discusión, se debe tener en cuenta que mi representada si cumple los requisitos para la pensión pues al 28 de diciembre del 2003 había cotizado más de 500 semanas exigidas para pensionarse por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 concordado con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 el cual dispone “*que tendrá derecho a la pensión de vejez los asegurados que siendo mujeres cuenten con una edad de 55 años para la época y con un total de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida o con 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo*” y es por esta razón que si bien es cierto por la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005 se tenían que cumplir con una serie de requisitos para poder conservar el régimen de transición pues es lo que precisamente se intentó demostrar dentro de esta demanda y era que una vez actualizada la historia laboral, ella si cumplía con los requisitos para que se le pudiera reconocer a la luz de la ley señalada el derecho pensional por tal razón solicito al honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá se sirva a revocar la sentencia que en derecho se acaba de emitir por la señora juez y en su lugar ordene el reconocimiento y pago de la pensión tradicional de vejez, ordenándole previamente a Colpensiones que para el momento de audiencia allegue una historia laboral actualizada conforme a las pruebas que se allegaron dentro de la correspondiente demanda, muchas gracias señora juez.”

Establecido lo anterior, se tiene, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y si en ocasión de ello hay lugar a que el reconocimiento de su pensión se haga conforme lo establecido en el acuerdo 049 de 1990.

De tal manera, se debe precisar, en relación con el Régimen de Transición, de conformidad con el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, este no es aplicable cuando las personas beneficiarias del mismo, voluntariamente se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, y tampoco para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, no obstante, a través de sentencia C-789 de 2002², se determinó la posibilidad de conservar el régimen

² “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

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

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

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

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

de transición referido, para los hombres y mujeres que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habían acumulado por lo menos 15 años de servicios.

En la misma sentencia, fue clara la Corte en señalar dos condiciones a propósito de viabilizar el retorno al régimen de prima media con prestación definida, que con posterioridad fueron llevadas al ordenamiento legal, a través del Decreto 3800 de 2003, por medio del cual se reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en los literales a y b de su artículo 3º, la primera de ellas, que los afiliados trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, y la segunda, la equivalencia del ahorro, es decir, que dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En cuanto al último requisito citado -equivalencia del ahorro-, fue eliminado de nuestra normatividad, por virtud de la declaratoria de nulidad del literal b) del Decreto 3800 de 2003, a través de sentencia del Consejo de Estado proferida el 6 de abril de 2011, dentro de la Radicación 1095-07, lo que conlleva a determinar, como requisitos *sine qua non* para mantener el beneficio transicional, cuando ha existido traslado de régimen, el haber prestado 15 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el traslado de todo el ahorro que el accionante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que pasará la Sala a verificar, a renglón seguido, si la demandante los acredita o no.

En esta dirección, como quiera que el apoderado de la parte actora insiste en la procedencia del reconocimiento pensional en virtud del régimen de transición,

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.”

procede la Sala a verificar si la actora cumple con las condiciones reseñadas, advirtiéndole, conforme la copia del documento de identidad la demandante nació el 16 de febrero de 1956 (fl. 12), por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 38 años cumplidos, quedando en consecuencia inicialmente amparada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, conforme lo señala la accionada en la Resolución VPB 11746 del 9 de marzo del 2016, la actora realizó un traslado de régimen pensional pasando del régimen de prima media al RAIS (fl. 69), situación que también se narra en los hechos 12 y 13 del libelo (fl. 6) los cuales fueron aceptados por Colpensiones en su contestación (fl. 130), siendo en consecuencia procedente para establecer si puede recuperar el beneficio del régimen de transición, verificar si cuenta con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y de entrada debe indicar esta sala, que dicho presupuesto no se acredita, dado que conforme la historia laboral de la actora expedida por Colpensiones y actualizada al 17 de febrero del 2020 (fls. 157 a 160)³, se encuentra que para dicha calenda la actora tan solo alcanzaba **279.85 semanas** de cotización equivalentes a **5 años, 5 meses y 9 días** de servicios prestados.

Ahora, señala la accionante existen errores en la contabilización de las semanas, en tanto COLPENSIONES no tuvo en cuenta los siguientes periodos (hecho No. 22 fl. 7):

- Con el empleador HEINZ DIENES del 1° al 30 de diciembre de 1978, del 1° al 30 de enero de 1979 y del 1° de febrero de 1979 al 30 de mayo de 1982.

Frente a este aspecto obra a folio 80 una respuesta de la empresa HEINZ DIENES S.A.S. a un derecho de petición presentado por la accionante, a través de la cual aporta diversos comprobantes de pago a pensión realizados al ISS (folios 82 a 123), como también el formulario de afiliación de la demandante con No. Patronal 01003901381 (fl. 81), advirtiéndole esta Corporación muchos de los

³ Impresa para mayor claridad del expediente administrativo obrante en medio magnético fl. 136).

recibos anexados no contienen prueba del pago efectivo del aporte, por lo que esta Sala de decisión solo tendrá en cuenta aquellos que tienen el sello respectivo de la entidad financiera o del ISS como señal de recibo efectivo de pago de la cotización. En este orden de ideas, se encuentran los siguientes:

- 1978: diciembre (fl. 91)
- 1979: febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y diciembre (fls. 92, 93, 94, 97)
- 1981: julio, agosto, noviembre (fls. 118, 119)
- 1982: enero, febrero, marzo (fls. 121, 122)

Los cuales totalizan 14 ciclos equivalentes que harían faltan en la historia laboral de la accionante, sin embargo también se aportó por dicha sociedad formato denominado “RELACION DE NOVEDADES” radicado ante el ISS el 21 de mayo de 1982 en el que reporta **la novedad de retiro** de la actora para **8 de enero de 1979** (fl. 124), por ende de los anteriores periodos solo se puede tener en cuenta el mes de diciembre de 1978 (30 días), pues de los 8 días de enero de 1979 no obra comprobante de pago con sello de recibido por la entidad de pensiones (ver fl. 91), razón por la cual solo haría falta en la historia laboral de la promotora del litigio **4.29 semanas**.

Precisando, en punto a la novedad de retiro presentada por la empresa HEINZ DIENES LTDA., la sociedad accionada en respuesta a la solicitud presentada por la accionada, le informó el 16 de junio del 2014 lo siguiente (fl. 73):

*“Verificadas nuestras bases de datos se logró establecer, que el empleador HEINZ DIENES LTDA, en el ciclo 1982/5, reportó una novedad de retiro, con efectos retroactivos, asentada para el día 09/01/1979. Por lo tanto, no es procedente efectuar corrección alguna en la historia laboral, toda vez que se trata de una **novedad de retiro con efectos retroactivos realizada en virtud de lo establecido en el Art. 37 del Decreto 3063 de 1989**⁴ y en*

⁴ Artículo 37. DESAFILIACION RETROACTIVA. Cuando un patrono no reporte oportunamente al ISS la desvinculación laboral de un trabajador, deberá, para la desafiliación retroactiva correspondiente, demostrar a satisfacción del Instituto, la fecha de la respectiva desvinculación laboral. Se aceptarán como pruebas, entre otras, el escrito de la aceptación de la renuncia, la liquidación final de prestaciones o el recibo de pago definitivo de las mismas, o el título de su consignación.

Producida la desafiliación, el Instituto efectuará los ajustes correspondientes a la cuenta de aportes así como la devolución de los aportes cubiertos, previa cancelación por parte del patrono, del valor de las sanciones que se le impongan por el no reporte oportuno de la novedad de retiro.

observancia que la historia laboral de cada afiliado está construida con base en las novedades laborales que reportaba cada empleador, para que el ISS, hoy Colpensiones, de manera precisa e inequívoca realice las actuaciones administrativas correspondientes y registre las novedades tal como le fueron y son reportadas.”

Misma situación que es reafirmada en la resolución VPB 11746 del 9 de marzo del 2016 (fl. 69).

Conforme lo anterior, la demandante para el 1° de abril de 1994 contaba con **284.14 semanas** de cotización (4,29 + 279,85) equivalentes a 5 años, 6 meses y 9 días, en consecuencia resulta el incumplimiento del requisito para recuperar el régimen de transición, consistente en 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal y como se señaló por la falladora de primera instancia.

Advirtiéndose solo en gracia de la discusión de no aceptarse como válida dicha desafiliación retroactiva de la demandante a la empresa HEINZ DIENES LTDA, resulta que tampoco acredita los 15 años de servicios, pues de sumarse los 14 ciclos que obran como prueba de pago de las cotizaciones (anteriormente citadas), correspondientes a 60 semanas, tan solo alcanzaría 339,85 semanas cotizadas, esto es, 6 años 7 meses y 9 días.

Precisándose el simple traslado de regímenes pensionales no conlleva a la aplicación del régimen de transición, dado que como quedo visto, independiente de que la demandante fuera beneficiaria del régimen de transición por edad, al trasladarse de régimen pensional sin el cumplimiento de 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, perdió el beneficio transicional, en otras palabras, no se desconoce ni discute que la accionante hubiese gozado de la transición, pues lo acaecido es que no conservó dicho beneficio por su traslado de régimen, independiente de su retorno a Colpensiones.

El pago de aportes con posterioridad a la desvinculación laboral no generará en ningún caso derechos ni obligaciones.

Parágrafo. La desafiliación retroactiva producirá la anulación de las semanas cotizadas durante el período de afiliación indebida.”

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4723 del 2 de diciembre del 2020 indicó:

“En cuanto a la conservación del régimen de transición, se impone recordar, que en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se establecieron dos formas de acceder a este consagrado en esa disposición, quienes a la entrada en vigencia del referido sistema, tuvieran 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, y 40 o más años de edad en el caso de los hombres; o, 15 o más años de servicios cotizados podrían acceder la prestación de vejez o de jubilación con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto del régimen que se les venía aplicando con anterioridad a esa fecha.

En los incisos 4° y 5° de la mencionada norma, se estableció que el régimen de transición se perdía por el traslado al régimen de ahorro individual, caso en el cual dichas personas quedarían sujetas a las condiciones previstas para ese régimen, salvo para quienes acrediten el cumplimiento del requisito de los 15 años de servicios o cotizaciones al 1° de abril de 1994, como se dispuso en la sentencia CC C-789 de 2002.

Lo anterior, se acompasa con lo establecido por esta Corporación en sentencia CSJ SL696-2019, en la que se dijo:

Ahora bien, con relación a los reproches jurídicos que se hacen en los cargos primero y segundo, importa recordar que esta sala de la Corte ha adocinado, con reiteración, que quienes se trasladan al RAIS y retornan al RPM, solo recuperan el régimen de transición si para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tenían 15 o más años de servicios cotizados.

En efecto, la discusión puesta a consideración de la Corte ya ha sido estudiada en varias ocasiones, por lo que, para dar respuesta a los cargos encaminados por la vía de puro derecho, basta con rememorar lo asentado por la Sala en sentencia CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33287, reiterada en las CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 42289, y CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 42555, donde al estudiar un caso con similares supuestos fácticos a los del presente, dijo:

Afianzado en esta disposición, el juez de segunda instancia estimó que la demandante, al tener, el 1° de abril de 1994, más de treinta y cinco (35) años de edad, era, en principio, beneficiaria de ese régimen de transición pensional. Tal conclusión queda fuera de toda discusión, dado el sendero directo elegido para atacar el fallo.

Ahora bien; los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya inteligencia equivocada se atribuye al Tribunal, son del siguiente tenor literal:

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable a quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.”

Contemplan estos dos textos legales, la pérdida del régimen de transición para quienes, siendo sus beneficiarios, se trasladasen al régimen ahorro individual con solidaridad, así decidan cambiarse luego al de prima media con prestación definida.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C - 789 de 24 de septiembre de 2002, declaró ajustados a los mandatos de la Carta Política estas dos disposiciones legales. Empero, condicionó su constitucionalidad a que se entienda que no se aplican a las personas que tenían quince (15) o más años de servicios cotizados, en el momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones.

Sin duda, la demandante, Blanco Soto de Hincapié, que, en principio, era beneficiaria del régimen de transición, por tener más de treinta y cinco (35) años de edad el 1º de abril de 1994, perdió el beneficio de la transición, al trasladarse voluntariamente, el 8 de octubre de 1998, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que no recuperó, así hubiese retornado, el 1º de enero de 2002, al régimen solidario de prima media con prestación definida.

Como la actora no contaba, a 1º de abril de 1994, con quince (15) o más años de servicios cotizados, no se actualiza frente a ella la consecuencia jurídica de la modulación de la constitucionalidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de la conservación del régimen de transición en cabeza de las personas que, a la fecha en que cobró aliento jurídico el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, llevasen quince (15) o más años de servicios cotizados, no obstante haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

La anterior conclusión se corresponde con lo que sobre ese específico asunto explicó esta Sala de la Corte en la sentencia proferida el 21 de enero de 2007 [...].

Así las cosas, iterando resulta acertada la conclusión arribada por la falladora de primera instancia, en cuanto a que la señora CUBILLOS LUQUE perdió el beneficio del régimen de transición al trasladarse de régimen pensional, es clara la improcedencia de las pretensiones, dado que las mismas derivaban directamente de la aplicación del acuerdo 049 de 1990, que solo le es aplicable por vía transicional.

Finalmente, como lo solicitado por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiéndose que no es beneficiaria del régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que en toda su vida laboral, únicamente cuenta con 868.14 semanas de cotizaciones (ver fl. 158 historia laboral), habiendo efectuado la última el 31 de diciembre del 2011 cuando contaba con 55 años de edad (nació el 16 de febrero de 1956 fl. 12) anualidad para la cual se exigían 1200 semanas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición, las cuales se incrementaron hasta llegar

a 1300 en el año 2015, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

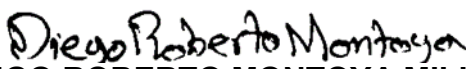
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

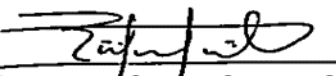
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 28 laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentes.

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

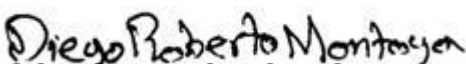
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 JOSE RICARDO CURE
HAKIM CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 30 2018 00715 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folios 150 vto. y 151 a 160).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 162 a 166), PORVENIR (folios 138 a 144), COLPENSIONES (folios 145 a 150), 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 la parte actora y la demanda PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES,

contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de febrero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 134, récord 1:44:39, acta folios 131 a 133), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante JOSÉ RICARDO CURE del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR que se hizo mediante el formulario de solicitud de vinculación de fecha de 27 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 01 de enero de 1999 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculado el demandante señor JOSÉ RICARDO CURE al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de acuerdo a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos, gastos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir desde el 01 de enero del año 1999 hasta el momento que haga efectivo su traslado estos últimos deben ser cubiertos por los recursos propios del patrimonio de la administradora y deben ser debidamente indexados conforme con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingrese los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor JOSE RICARDO CURE actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: ABSUÉLVASE a la a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto

SÉPTIMO: CONDÉNESE en **COSTAS** de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a favor del demandante, por secretaria practíquese la liquidación de costas, teniendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.740 pesos

OCTAVO: Sin COSTAS ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

NOVENO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante y la demandada PORVENIR, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, la parte actora se refiere a la negativa de reconocerle el régimen de transición, pues considera ser beneficiario del mismo por contar con más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 134, récord 1:47:21, acta folios 131 a 133)

A su turno, PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, aduciendo, la línea jurisprudencial invocada por el juzgador para declarar la ineficacia del traslado del demandante no resulta aplicable al caso del actor, en razón a que, para la fecha en que este realizó su traslado de régimen, no contaba con una expectativa legítima y en esa medida, dice, no existió una afectación a su situación pensional por cuanto el derecho a la pensión se dio a lo largo de su permanencia en el RAIS.

Así, considera, debe aplicarse el criterio legal que para la época requería de la expresión de la voluntad por escrito, protocolizada a través de la suscripción del formulario de afiliación, que no fue desconocido ni tachado, sin que sea dable exigir medios de prueba adicionales con los que no cuenta la administradora.

Precisa, el que la mesada pensional no sea igual a la otorgada en el régimen de prima media, no es no es un criterio para considerar la ineficacia del tránsito entre regímenes pensionales, coexistentes y con características disímiles.

Por otra parte, indica, en efecto el demandante sólo podía conservar el régimen de transición si contaba con 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, insistiendo entonces que no se le ocasionó ningún perjuicio al momento de trasladarse.

Con relación a los gastos de administración advierte evidente el perjuicio al patrimonio económico de la entidad, no solo porque la misma ejerció una gestión que generó rendimientos positivos en la cuenta de ahorro individual, sino que se aseguró frente a las contingencias de invalidez y sobrevivencia a través del pago de seguros. Alude, ordenar dicha devolución constituye un desconocimiento de la *“naturaleza misma del contrato de aseguramiento”* por lo que la ineficacia no

¹ *“Su señoría con el debido respeto interpongo el recurso de apelación únicamente con la negativa de reconocerle a mi cliente el régimen de transición, toda vez que la ley 100 indica en su artículo 36 que será beneficiario por edad o por semanas y pues como consta en el plenario el demandante al haber nacido en el año de 1953 tenía más de 40 años en la entrada en vigencia de la ley 100 y pues en este sentido le solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que se permita revisar el fallo en lo concerniente únicamente a esta negativa, muchas gracias.”*

conllevaría únicamente a dejar sin efectos el acto inicial sino posteriores actos jurídicos accesorios como el pago de primas.

Por último, pide se estudie la excepción de prescripción propuesta frente a los gastos de administración pues estos tienen un enfoque diferente y no se soporta en los mismos criterios argumentativos que maneja la Corte Constitucional²

² “Gracias su señoría teniendo en cuenta la decisión emitida de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión frente al numeral primero que concierne a la declaración de ineficacia de traslado de régimen el fallador de primera instancia se acoge plenamente a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sobre a criterios del deber de información que le asistía a mi representada al momento del traslado de régimen, atendiendo la situación en particular que concierne al demandante al momento del traslado de régimen conforme a la historia laboral emitida por mi representada el demandante contaba con un poco más de 400 semanas al momento del traslado esto nos coloca en un contexto respecto a la situación pensional del demandante para esa época en la cual claramente se puede concluir que no estaba bajo ninguna expectativa legítima frente a su situación pensional, siendo esto así no existió propiamente ninguna afectación a la misma, teniendo en cuenta que la consolidación de su derecho pensional se dio a lo largo del tiempo dentro del RAIS, en ese sentido véase que el aspecto fáctico de la jurisprudencia traía a colación no encaja en el presente caso respecto a esa situación, personas que al momento del traslado contaban incluso ya con el número de semanas exigidos por la ley para pensionarse dentro del RPM es una situación importante porque frente al traslado de régimen se le generó claramente un perjuicio al afiliado al momento que se efectuó, para el caso el demandante esta situación no ocurrió y la consolidación pues ya lo repetí de su derecho pensional se dio dentro de los años que ha venido aportando con Porvenir, siendo esto así adoptar una línea jurisprudencial no solamente es frente a criterios de pretensión nulidad o ineficacia de traslado es importante tener de presente que los aspectos fácticos encajen al caso en comento y en esa situación no es loable hacer una aplicación frente a esa línea jurisprudencial, entonces en ese sentido remitiéndonos al criterio legal vamos a considerar que para el momento del traslado de régimen la ley 100 de 1993 es clara y concreta al indicar que únicamente la voluntad por escrito del afiliado es requisito para su traslado de régimen y la voluntad por escrito quedó protocolizada en el formulario de afiliación, no se puede exigir o si en su defecto se está haciendo en las consideraciones del fallo allegar medios de prueba adicionales porque la administradora de pensiones no cuenta con esta situación ya en oportunidades en este tipo de procesos conoce el Tribunal cómo se va a poder exigir medios probatorios o pruebas adicionales frente a criterios que al momento del traslado lo único que exigía tanto la ley como los decretos reglamentarios era la voluntad por escrito es un formulario de afiliación que la parte demandante no desconoció, no tachó de falso es decir que corrobora su intención de trasladarse de régimen y frente a la firma es más que evidente el consentimiento que da para vincularse al RAIS, aceptar las condiciones del RAIS y que frente a criterios de que el monto de su mesada pensional no cumpla o no sea igual a la otorgada en el RPM no es ningún criterio para considerar la ineficacia del traslado, evidentemente porque el RAIS actualmente sigue vigente y la misma Corte Constitucional declaró su exequibilidad considerando características entre uno u otro régimen pensional.

Si bien el despacho al considerar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición como acertadamente ocurrió, pues la misma Corte Constitucional he referido que las personas son beneficiarias del régimen de transición o conservan el mismo régimen de transición cuando al 01 de abril de 1994 tienen quince años de servicios cotizados y lo referente a 750 semanas y como desde ya se sabe desde un aspecto factico la parte demandante no concierne tal situación, por ende los supuestos facticos nos atienden a determinar que el demandante al no ser siquiera beneficiario del régimen de transición se acoge más aun aspectos donde ningún perjuicio se le ocasionó al momento de trasladarse de régimen pensional, situación diferente hubiese sido si fuera beneficiario del régimen de transición; en ese sentido cumplió mi representada con el deber de información respecto a lo que le concernía por ley en el momento de la primera etapa de ese deber de información

Por otro lado la condena a mi representada frente a los gastos de administración es un evidente perjuicio al patrimonio económico porque no solamente concierne la gestión realizada por la administradora que se realizó de buena, pues véase que se generó rendimientos positivos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, se aseguró frente a contingencias de invalidez y sobrevivencia con el pago de primas de seguros durante todo el lapso de afiliación del demandante y en ese sentido la devolución de esos gastos de administración conllevar y desconocen la naturaleza del contrato de aseguramiento porque ningún asegurado frente a lo generación o causación del siniestro está facultado para que se le devuelva el valor de las primas de seguro pagadas porque esa no es la naturaleza misma del contrato de aseguramiento, tampoco propiamente respecto de la buena fe criterios de devolución de rendimientos financieros y es en este sentido que se quiere hacer o poner en discusión la situación de declarar la ineficacia de un traslado de régimen

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 JOSE RICARDO CURE HAKIM en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 40 y 41) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 41 a 44), aspirando principalmente se declare la ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a PORVENIR S.A., por no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a esa administradora, incumpliendo con su deber de buen consejo. Así mismo, se declare que PORVENIR incurrió en omisión del deber de información que le incumbía acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; que debe estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida y que tiene derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes realizados al RAIS y a COLPENSIONES a recibirlo sin solución de continuidad desde el 1 de septiembre de 1976 y a reconocerle la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra**

porque no es simplemente un acto inicial sino son posteriores actos accesorios jurídicos como la situación del pago de primas de seguros, generación de unos rendimientos financieros que conllevaron claramente a la voluntad del afiliado al seguir perteneciendo al RAIS por más de veinte años la misma Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero del año 2020 ha sido clara que al momento de declarar la ineficacia de traslado no es posible generar la devolución de estos gastos de administración por la naturaleza que explique anteriormente, tiene una gestión diferente a los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Si esto no es suficiente para el Tribunal si solicito se estudie la excepción de prescripción en lo referente a los gastos de administración porque el argumento desarrollado por el fallador de primera instancia atiende a criterios de que es una situación de imprescriptibilidad frente al soporte constitucional que frente a pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia ha realizado la Corte Constitucional frente a esta situación, pero véase que la destinación a los gastos de administración tiene un enfoque diferente frente a la gestión realizada por parte de la AFP es decir hacer una destinación diferente no soporta los mismos criterios argumentativos que maneja la Corte Constitucional en este aspecto por tal razón de confirmarse tal situación frente a los gastos de administración si es procedente declarar la prescripción de los mismos conforme a lo anteriormente mencionado, en este sentido su señoría solicito se conceda el recurso de apelación y le solicito a la Sala del tribunal Superior de Bogotá se sirva a revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar se sirva a absolver a mi representada de las condenas de las que fue incurso, muchas gracias."

vinculado el demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos financieros, sin lugar a descontar los gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado. Con relación a la pensión consideró que la misma debía ser solicitada ante COLPENSIONES una vez esa entidad recibiera los dineros correspondientes al traslado y actualizara la información de la historia laboral del actor, esto es, una vez cuente con los elementos suficientes para verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para hacerse beneficiario de la prestación.

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.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 5), el actor nació el 17 de diciembre de 1953, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994⁴, contaba con 40 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por el demandante el 27 de noviembre de 1998 (folio 18) y que para el 1 de abril de 1994 contaba con 78,43 semanas (folios 19 a 21) equivalentes a 1,5 años de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes la entrada en

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

⁴ Era trabajador del sector privado.

vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, 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 **27 de noviembre de 1998** (folios 18, 116 y 114) específicamente conforme al formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con

solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos

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

fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

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

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

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que a su lugar de trabajo acudieron asesores de PORVENIR quienes le manifestaron que el seguro social se acabaría y las semanas allí cotizadas podrían perderse su pensión sería muy alta y podría

⁸ Cd folio 134, récord 23:58.

pensionarse a cualquier edad, empero, dijo, nunca le indicaron que requería de un capital para pensionarse, cómo se financiaba la pensión, entre otros, que solo vino a conocer cuando indagó sobre su pensión.

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 18 y 116), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que no se avizoran dentro de las diligencias.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 127 y 128, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (27 de noviembre de 1998, folio 116), 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, 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.

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 106), 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 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 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 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, 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 prescripción⁹ (folio 76 y 104 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectados por la prescripción.

Por último, con relación a la apelación propuesta por la parte actora, es importante indicar que el Juzgador de primer grado no determinó que el demandante no fuera beneficiario del régimen de transición, por el contrario, en sus consideraciones discurrió, como lo hizo esta Sala, que aunque inicialmente podía estimarse que era beneficiario del régimen de transición por edad, el mismo se había perdido por efectos del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, puntualizando no ser posible su retorno en cualquier tiempo al RPM por no contar con más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Sin embargo,

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 5 de agosto de 2019 (folio 129)

como quiera que en las condiciones actuales y dada la ineficacia del tránsito entre regímenes el mismo se entiende inexistente, podría estimarse, en principio, que conservó su régimen de transición, pero será COLPENSIONES, al momento de estudiar el reconocimiento pensional la que determine si el demandante cumplió con los presupuestos previstos en la norma para conservar el régimen de transición más allá del año 2010, conforme la información que llegue a consolidar y si cumplió con los requisitos antes del año 2014.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA STELLA RUIZ RUIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 31 2019 00726 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de febrero de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 57:12, Cd folio 90, acta de audiencia folio 91), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de todas las pretensiones incoadas por la demandante GLORIA STELLA RUIZ RUIZ a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES teniendo a la demandante como válidamente afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante GLORIA STELLA RUIZ RUIZ al pago de COSTAS y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente como quiera que el resultado de la presente sentencia resultó adverso a los intereses de la demandante.

TERCERO: Se CONCEDE el grado jurisdiccional de CONSULTA en el evento de que la sentencia no sea apelada.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo, en síntesis, contrario a lo advertido por la juez de primer grado, la demandante no confesó haber recibido una explicación completa de las características propias del régimen de ahorro individual, pues nunca hizo referencia a que le indicaron las condiciones o requisitos para acceder a los beneficios que le ofrecía la administradora y que le estaban dando a conocer, advirtiendo, el deber de información existe desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Destaca, aunque en el interrogatorio de parte la convocante afirmó que le indicaron que podía pensionarse a cualquier edad, seguidamente dijo ello era posible sin ningún tipo de restricción o limitación, además, nada se le ilustró frente a la posibilidad de trasladarse al RPM, aportes voluntarios u otras situaciones del RAIS.

Por otra parte, refiere, la demandante no efectuó aportes voluntarios y enfatiza, el deber de información debió analizarse al momento en que se produjo el traslado, y no existe elemento de prueba dentro del plenario del que se pueda determinar su cumplimiento.

Pide se aplique el derecho a la igualdad respecto de aquellas personas quienes lograron la nulidad o ineficacia del traslado¹ (Audiencia virtual de trámite y

¹ “Muchas gracias sustento mi apelación de la siguiente manera: Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral solicito por favor que despache desfavorablemente el fallo de primera instancia en base de los siguientes argumentos: La señora juez cuando hace las consideraciones del despacho y cuando está en el tema de los postulados normativos propios que rigen este tipo de procesos hace una excelente relación frente a los postulados expuestos por el órgano de cierre de esta jurisdicción para que este tipos de procesos puedan en esta caso proceder y se pueda decretar la nulidad o declarar la nulidad o ineficacia de un determinado traslado, sin embargo a juicio de este extremo procesal y lo digo de la siguiente manera estamos frente a una situación que transite el tema desde el punto de vista laboral esto pasa a ser un tema incluso sobre cuáles son las pruebas, cuáles son el tipo de pruebas con el que cuenta nuestro sistema judicial independientemente si es materia civil, materia laboral o cualquier tipo de característica propia. Entonces estamos que tenemos pruebas de tipo documental, testimonial y pericial a juicio de la señora juez existe una confesión de parte de mi poderdante en el sentido de que en su consideración manifiesta que si le explicaron todas y cada una de las características propias para que este tipo de proceso o para que prosiguiera el traslado, situación que este extremo procesal se aparta de ello como quiera que lo expuesto y lo manifestado por mi poderdante en su interrogatorio fue que si le hablaron de características por supuesto porque firmo un formulario de afiliación pero jamás le dijeron cuáles eran las condiciones, cuáles eran las formas, cuáles eran los requisitos que tenía ella que tener para acceder a esos beneficios, simplemente le hicieron una relación de ciertos beneficios y no le explicaron ninguna situación más, lo que va en claro de que efectivamente si le dieron una información de ciertas características pero no lo explicaron cómo era en este caso o como podía ella acceder a tales beneficios, su señoría en este caso estamos frente a una situación donde es claro de que el derecho no lo podemos tratar como un derecho de supuestos o podemos, el derecho es certeza porque si no genera honorables magistrados inseguridad jurídica, acá y en este caso independiente de la autonomía que tiene un juez para emitir un fallo, estamos frente a una situación que

donde no distingue el legislador y no le ha dado al interprete , y no conozco ninguna sentencia donde manifieste como lo dice también la señora procuradora que para que este tipo de procesos puedan proceder la persona tiene que tener cierta escolaridad, tiene que ser analfabeta, tiene que ser lego, no puede tener una profesión o no puede ser una persona inmersa en una sociedad, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido muy claro en manifestar que el juez debe verificar que la persona tenía conocimientos específicos en el tema de seguridad social, lo que aquí en este caso no se pudo demostrar, no existe ninguna prueba documental y mucho menos en su testimonio en un interrogatorio que incluso efectuó bajo gravedad de juramento y si en contrario sensu mi poderdante está faltando bajo gravedad de juramento pues entonces también tendrían que hacerle compulsas de copias porque en este caso es muy claro que ella manifiesta que se le manifiesta las características propias pero no le hicieron ninguna ilustración, yo tampoco estoy hablando de un cuadro comparativo como tal, como lo dice la señora juez desde la misma ley 100 de 1993 existía el deber de información situación que en este caso no se expresó y reitero y perdón honorables magistrados porque debo ser muy claro en esto, en este caso si bien es cierto el juez tiene autonomía en la toma de sus decisiones siempre deben estar apegados sus decisiones además del respeto de los postulados normativos a que la valoración de los criterios se deriven en situaciones que se puedan predicar en objetivas y que tengan una prueba porque acá lo único que podría en lo peor de los casos entenderse es que posiblemente le informaron, posiblemente conocía pero no se pudo demostrar, no existe ninguna certeza y ruego escuchen al tenor literal utilizando el método de interpretación de la exégesis el testimonio o el interrogatorio rendido por mi poderdante y no es cierto que existan tales confesiones.

Por otra parte un juez cuando adquiere tiene competencia para conocer de determinado asunto y esa es una limitante para que en tipo de procesos solo se pueda decidir sobre ciertos asuntos es claro la señora juez de primera instancia esta en todo su derecho de compulsar copias ni más faltaba forma parte de su competencia, pero jamás bajo ninguna premisa podemos entender que una situación o un hecho aparentemente que se pudo deslumbrar en medio de un proceso pueda entenderse que eso le genere algún tipo de consecuencia frente al proceso por lo que me preocupa la posición del ministerio público cuando manifiesta que efectivamente mi poderdante por dicha situación es un elemento en el cual se le debe determinar en este caso que efectivamente tenía conocimiento o que eso podía tener como lo expreso en sus argumentos para dar su concepto a la señora juez de que efectivamente fuera así.

Ahora pregunto una cosa porque es que veo que estamos teniendo una confusión sobre este asunto ¿Qué es un aporte voluntario? ¿Cuáles son las características de un aporte voluntario? Aquí lo único que está claro y que Porvenir Jamás manifiesta que mi poderdante efectuó un aporte voluntario es que efectivamente mi poderdante y está en todo su derecho además de trabajar de socia en una empresa y ha tenido distintos tipos de ingresos que han fluctuado entre valores más alto cotización, valores menos altos de cotización pero bajo ninguna certeza, no podemos inferir que ella efectivamente en este caso efectuó algún tipo de aportes voluntarios porque así no fue y no se efectuó, aparte de eso su señoría en este caso no podemos hablar y en este caso y me preocupa porque en el hecho décimo octavo la señora juez manifiesta que pase por alto el tema de la proyección y que dijeron de la mesada y en el hecho décimo octavo el suscrito manifestó de que efectivamente ese era el valor y que esa fue una petición que nosotros hicimos con nuestra poderdante en la pedimos una proyección pensional pero en el año 2019 y es muy claro que la jurisprudencia dice para este tipo de casos que el deber de información o las consecuencias que se adquieren no se sanean con el tiempo y en este caso lo único que se debió haber analizado fue en el momento del traslado si efectivamente se le brindó a mi cliente una información clara, precisa, concisa, pertinente, si le manifestó cuales eran los requisitos, cuáles eran las condiciones, como podía acceder a dichos beneficios, como se dio una relación sucinta entre Colpensiones y Porvenir lo cual brilló por su ausencia porque no existe como lo manifestó ni una sola prueba documental y mucho menos testimonial a través del interrogatorio surtido por mi poderdante que pueda determinar esto.

Ahora un punto que también me preocupa mucho es cuando la señora juez habla de la expectativa si fuere este el caso del 90% de las personas y predico derecho de igualdad que se han trasladado y que en estos momentos lograron las nulidades o la ineficacia pues en el momento en que se trasladaron tenían 25 años, 27, 30, 32 a lo sumo y por supuesto no tenían un numero de semanas cotizadas importantes y por supuesto el ingreso base se le fue incrementando con el tiempo porque y es muy claro el concepto del órgano de cierre de esta jurisdicción que la expectativa, el solo hecho de estar afiliado y estar haciendo aportes al sistema de la seguridad social deja claro y denota que esa persona tiene una expectativa de pensionarse y que no se puede discriminar en este tipo de asuntos, acá quedo claro que le manifestaron que el ISS iba a ser liquidado y que el único afán y lo único que la motivaba en este caso es una mesada pensional más alta cuando no es así porque tal y como ella lo manifestó y que esto es un elemento diferenciador Honorables Magistrados cuando dice que me puedo pensionar a cualquier edad eso se lo dijeron pero viene una coma que siempre dijo mi poderdante sin ningún tipo de restricción o limitación, que podía retirar mis aportes en cualquier momento sin ningún tipo de restricción y limitación y así está grabado y así ruego que lo escuchen, jamás manifestó y me aparto con todo respeto de que si a mí me informaron y me dijeron y manifestar de que porque ella es ingeniera debe tener conocimiento de la seguridad social, Honorables magistrados vean los videos no hay solo una sola prueba ni ninguna confesión ni nada que lleve a inferir de que efectivamente ella tenía conocimiento entonces es claro y predico una vez más derecho de igualdad, jueces, laboralistas, contadores públicos, administradores de empresas demás personas en estos momentos lograron y el suscrito bajo esa

juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 58:04, Cd folio 90, acta de audiencia folio 91).

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

CONSIDERACIONES

premisa a trasladado también esas personas conexas y son personas con cierto tipo de escolaridad y jamás se ha dicho que porque es ingeniero o porque es abogado, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido muy claro que para que este tipo de proceso procedan lo que se debe verificar es que en su momento de su traslado se cumplió con el deber de información que si se le suministro una información clara, precisa, concisa y suficiente que va derivado del deber del buen consejo o que el formulario como así mismo lo dice el órgano de cierre y como lo manifestó correctamente la señora juez a lo sumo predica un consentimiento pero bajo ninguna premisa un consentimiento informado entonces la situación de que le compulsen copias a la fiscalía, procuraduría, perdón, a la UGPP o donde corresponde está bien eso es algo que esta la señora juez y la recomendación es que el ministerio público en todas sus facultades pero esa situación no podía ser a pasar un elemento sine qua non dentro del proceso porque aquí es claro que efectivamente Porvenir en el interrogatorio de parte que manifestó que la única prueba que tenía era el formulario de afiliación, que se le debió brindar la información a mi poderdante pero no aportó ninguna prueba que así lo determinara de hecho el apoderado y el representante legal de Porvenir por la edad que tiene para la fecha de pronto era menor o por supuesto no le consta porque no estaba en el momento de la asesoría, y lo manifestado por mi poderdante en torno de que le hablaron de unos beneficios no le dijeron como accedieron a ellos es suficiente para que a través del derecho de la igualdad se determine que efectivamente en el caso en concreto provenir no cumplió con su deber se la carga de la prueba y que no existió y es porque el derecho probatorio y las pruebas son claras y las pruebas jamás se pueden basar para supuestos, de hecho los indicios que constituyen una prueba existe una norma legal y jurisprudencial que determina de cómo debe ser la todos los requisitos que debe encaminar una cadena de indicios para que se pueda determinar una prueba y este orden de ideas porque es ingeniera, porque manifestó que le dijeron ciertas condiciones, claro es que claro no puede venir a decir mi poderdante yo firme un formulario de afiliación porque si, por supuesto que algo tuvieron que haberle dicho y es de conocimiento público el afán de los fondos privados en adquirir afiliados y todas y cada una de las condiciones propias eso está expuesto en las mismas sentencias que hace alusión la señora juez la SL 1452, la SL 1358 y que desde el año 2008 han sido reiterativas frente a este postulado de lo anterior es claro que efectivamente mi poderdante cumplió a estricta cabalidad todas y cada una de las situaciones fácticas propias para que dichos postulados y presupuestos fueran ser aplicados a su favor, entonces honorables magistrados ruego revisen a cabalidad el proceso y que efectivamente deben de tenerse efectivamente en la declaración de mi poderdante porque siempre esta punto y como cuando dice sin ningún tipo de restricción y limitación porque creo que mi poderdante o cualquier persona así sea alego si le dicen pero es que tu si en este caso si te trasladas en Colpensiones tienes tales beneficios o para que tú puedas acceder a una mesada pensional anterior tienes que cumplir estas características, tienes que hacer esto. No se le hablo de aportes voluntarios no le hablaron que hasta en 10 años se podía trasladar, no le manifestaron ninguna de esas situaciones, por supuesto que si a ella le dicen algo ella inmediatamente se da cuenta y no se traslada y no lo hace porque obviamente no iban a tener un afiliado menos, entonces el transcurrir del tiempo no es tal que las obligaciones del consumidor como lo manifiestan algunos fondos en sus alegaciones del consumidor financiero, acá estamos frente a una persona que estuvo convencida de una información que le da una entidad reconocida y que actualmente sigue existiendo y solamente cuando fue a averiguar sobre su situación el mismo asesor y así está en el audio fue el que le manifestó que le convenía estar en Colpensiones y que debía estar entonces no es solamente el valor de la mesada pensional es el engaño porque esas manifestaciones que dice mi poderdante punto y coma sin restricción a limitación cuando fue el asesor le dice para pensionarse anticipadamente tienes que tener esto, para poder retirar tus aportes tienes que tener estos, entonces el elemento cuantitativo y cualitativo se generó en este presenta asunto, por lo anterior honorables magistrados y teniendo en cuenta que efectivamente los argumentos por los que no se accede a las pretensiones están enmarcados bajo el criterio de este extremo procesal sobre situaciones de supuestos, sobre situaciones que no están probadas con certeza, no cumplen ningún lineamiento de prueba ruego y predicando el derecho a la igualdad, ruego que accedan a nuestras pretensiones y que ha contrario sensu permita que mi poderdante pueda retornar al RPM, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA STELLA RUIZ RUIZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 6 y 7) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 6), aspirando se declare la nulidad de la afiliación realizada a PORVENIR S.A. el 26 de mayo de 2000, por la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otona INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante y a PORVENIR, a liberarla de las bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses conforme el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones,** por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la parte actora. Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado que la demandada cumplió con su carga de demostrar el cumplimiento del deber de información, particularmente, por cuanto la demandante confesó que recibió información respecto de las características principales del RAIS como la pensión anticipada y la devolución de aportes, precisando, para la fecha de traslado, no existía la obligación de hacer comparaciones de pensiones por lo que las falencias advertidas en la demanda no eran exigibles para la época, además de considerar que la verdadera motivación de la demanda era netamente económica.

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

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

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 30 de octubre de 1967 (folio 28), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de junio de 2018, según se advierte del expediente administrativo que milita a folio 78, y a PORVENIR el 18 de julio de 2019 (folios 35 y 36), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 50 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 con 44,14 semanas cotizadas (reporte de semanas cotizadas en pensión emitido por COLPENSIONES, expediente administrativo folio 78 e historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público), que corresponden a 0,85 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 26 de mayo de 2000 (folios 38 y CD folio 90 páginas 25 y 52 contestación de porvenir⁴) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en 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

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 trabajadora del sector privado según la historia laboral.

⁴ Archivo “006. 2019-726 Contestación.pdf”

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio

que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos

pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en 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, contrario a lo concluido por la Juez de primer grado, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para esta Corporación 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 parte⁷ la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, ello sería sin ninguna restricción, además, pese a que le indicaron que podían devolverle lo aportado, ello podría ser en cualquier momento. Por otra parte, pese a que aseveró, le habían dicho que su pensión sería más alta, no comentó como podría ser ello posible dentro del régimen pensional al que se estaba afiliando. Sobre la asesoría que recibió, ninguna otra ilustración hizo, además de las reseñadas, solo indicó que duró entre 10 y 15 minutos.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, 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, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente o la posibilidad de devolverle los saldos de la cuenta, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora, específicamente dada que su motivación para trasladarse fue siempre mejorar el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo

⁷ Cd folio 90, audiencia celebrada el 22 de octubre de 2020, récord 10:49.

mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 38), 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 en páginas 55 a 57 de la contestación aportada por PORVENIR y que reposa en el CD de folio 90, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de mayo de 2000, folio 38), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se

trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

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, 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 79 y página 22 contestación PORVENIR, CD folio 90), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 23 de enero de 2020 (folio 80) y de PORVENIR por proveído del 14 de agosto de 2020 (CD folio 91).

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 PORVENIR.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 31 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 GLORIA STELLA RUIZ RUIZ el 26 de mayo de 2000 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.

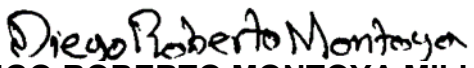
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

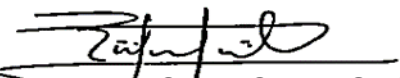
TERCERO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDILBERTO RAMIREZ BALLESTA CONTRA COMPAÑÍA CARBONES DEL CERREJON LIMITED (RAD. 31 2020 00233 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos oportunamente únicamente por la demandada mediante correo electrónico del 16 de abril de los corrientes, como quiera que los del demandante resultaron extemporáneos dada su radicación el 26 de abril, 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 parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 36:01, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de pretensiones incoadas por el demandante EDILBERTO RAMIREZ BALLESTA a la demandada CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED- CERREJÓN.

SEGUNDO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho al demandante en la suma de 10 SMLMV.

TERCERO: Como quiera que el resultado de la sentencia es adverso a los intereses del trabajador se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante en caso de que no sea apelada la sentencia”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante expresa, la juez malentendió las afirmaciones hechas en el libelo introductorio, en lo concerniente al

tiempo en el que realizó su traslado de régimen de cesantías, aclarando, este se dio en el 2003 y no en 1990 como se interpretó.

De otro lado, precisa, no pidió la nulidad sino la ineficacia del tránsito de cesantías, advirtiendo, es “*posible probar*” que existió presión por parte del empleador ejercida a través de la comunicación enviada en octubre de 2003 en la cual se hace el reconocimiento de una bonificación al trabajador que conllevó a que en agosto de 2004 aprobara el cambio de régimen de cesantías, indicando, ya ha tenido oportunidad la Corte de referir que tales prebendas dadas al empleado no pueden ser consideradas para dar validez a dicho acto.

Con relación a las pretensiones subsidiarias, alega, el monto conciliado por las partes no debía incidir en las motivaciones de la sentencia apelada, anotando, con ello se dejó de estudiar la liquidación efectuada por la demandada y la presentada con el libelo genitor de los cuales se puede establecer que existió un pago de cesantías deficitario.

Por último, se opone a la condena en costas y exige que las mismas sean tasadas conforme al decreto que las reglamenta (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, 11 de marzo de 2021, récord: 37:06, expediente digital)¹.

¹ “Voy a interponer recurso de apelación. Paso a sustentar el recurso de apelación en todos y cada uno de los puntos negados por la juez de instancia. En el entendido que se hace extraño la forma en que la juez de instancia dicta dicho fallo porque en lo que respecta existen varios errores de forma y de derecho, No es posible que la juez diga o tilde de mentiroso al demandante pues si fueran mentiras no se estuviera demandando, en el entendido de que no es posible que la juez confunda el contrato de trabajo que se presentó en 1989 con que la ley 50 del 1990 se expidió o empezó a regir el primero de enero de 1990 señora juez, el paso de fondo de cesantías, de régimen de cesantías se presentó en octubre 8 del 2003 por eso se indica que el señor Edilberto llevaba mucho tiempo que llevaba mucho en la empresa, yo no estoy informando que las el traslado de régimen de cesantías se presentó en 1990, no, la ley 50 salió en 1990, cosa totalmente diferente.

Ahora no es lógico que se indique que nosotros, que se esté pidiendo nulidad, se está diciendo ineficacia y/o o la una o la otra es ineficaz porque se puede probar y existe prueba dentro del plenario que tanto la carta que hubo en octubre del 2003 fue presión para el empleado, fue una forma de presión, fue una forma de cierta manera de obligar al empleado de que se dé el traslado de régimen de cesantías del régimen, dicha carta de agosto del 2004 se dio como una aprobación de la carta presentada en el 2003 para poderse pasar al régimen, para poder legalizar el traslado del régimen de cesantías presentado por la misma empresa en el documento RGGNR19 del 2003, existe ineficacia de la nulidad del traslado de régimen de cesantías la corte también lo ha indicado en múltiples sentencias que una bonificación dada al empleado no puede tenerse en cuenta para que la empresa se dé o se beneficie en el traslado del régimen de cesantías.

Ahora respecto de las pretensiones subsidiarias la jueza avala el acta de conciliación por el simple hecho que fueron \$282 000 000 de pesos fue una cifra exorbitante, no señora juez hay que hacer un análisis juicioso y liquidación de lo que se presenta dentro de la demanda, se presentaron las liquidaciones que están dentro del plenario a folios 41 y 42 en donde se evidencia que hubo un pago de cesantías deficitario, hay que realizar los análisis, hay que realizar los cuadros, se presentó toda la información tal cual no es posible que vengan a decir que no hay prueba donde si la hay, si hay prueba que hubo un aporte que hicieron aportes a las cesantías de manera deficitaria es por eso que interpongo el recurso de apelación ante el Honorable tribunal Superior de Cundinamarca en su sala laboral, que se analice todos y cada uno de los puntos objetos de la presente demanda.

Ahora aparte de ello unas costas exorbitantes 10 salarios mínimos ajustémonos al decreto que dice el Consejo Superior de la Judicatura para este tema, no es más señora 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 del demandante **EDILBERTO RAMIREZ BALLESTA**, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (páginas 4 y 5, archivo digital “002 escrito de la demanda. Pdf”), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 3 *ibídem*, aspirando principalmente se declare la “nulidad y/o ineficacia” del traslado realizado al régimen de cesantías consagrado por la ley 50 de 1990 “*en atención a la falta de información brindada*”, y en ese sentido, se declare que continúa afiliado sin solución de continuidad, al régimen de cesantías consagrado en el artículo 249 del C.S.T. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las diferencias causadas entre las cesantías reconocidas en virtud de la Ley 50 de 1990 y las retroactivas preceptuadas en el artículo 249 del C.S.T., junto con los intereses a las cesantías y la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., todo debidamente indexado. En subsidio de lo anterior, pide se declare que la demandada pagó de manera deficitaria sus cesantías e intereses a las mismas y en ese orden, se le condene a reconocer y pagar a su favor las diferencias causadas entre lo consignado al fondo de cesantías y lo realmente devengado en función de su labor, junto con los intereses a las cesantías, así como las sanciones del artículo 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990, todo debidamente indexado. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas y cada una de las peticiones incoadas en su contra, tras considerar la juez de primer grado, conforme los lineamientos jurisprudenciales vertidos por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y atendiendo el caudal probatorio arrimado al proceso, era claro que el demandante expresó su consentimiento de manera libre y voluntaria de acogerse al nuevo régimen de cesantías, lo cual hizo consignar por escrito, precisando, no se acreditó en manera alguna que se le hubiese constreñido o presionado para efectuar dicho tránsito, a pesar de haber recibido por parte del empleador una bonificación por haber hecho el cambio, pues tales ofrecimientos, adujo, son válidos en vigencia del contrato de trabajo. Bajo tales consideraciones, concluyó el acto jurídico de traslado de régimen de cesantías no estuvo afectado de nulidad alguna.

Frente a las pretensiones subsidiarias, dijo, no se allegó prueba alguna de la cual se

pudiera determinar la existencia de errores en el cálculo de las cesantías por parte de la demandada resaltando que, en todo caso, no podía perderse de vista que la diferencia pretendida estaba sobre los seis millones de pesos y las partes suscribieron una conciliación superior a los doscientos ochenta millones de pesos, por lo que de existir alguna diferencia la misma ya había sido solventada por la demandada a través de la conciliación a la cual le otorgó validez.

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

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes del 31 de julio de 1989 al 5 de julio de 2017 circunstancia que además de haber sido excluida del debate probatorio, fue aceptada por la encartada desde la contestación de la demanda (página 8, archivo “010. Contestación 2020-233.pdf”, expediente digital) y se constata con la copia del contrato de trabajo y la liquidación final de prestaciones (págs. 49 a 51 y 67 a 69, archivo “010. Contestación 2020-233.pdf”, expediente digital).

Ahora bien, con fundamento en la ausencia del suministro de información, la desatención de la solemnidad que exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 para que el acto sea válido y la presión ejercida por el empleador para adoptar su decisión, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Cesantías Retroactivas, la declaratoria de ineficacia y/o nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Cesantías anualizadas previsto en la Ley 50 de 1990, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **1 de agosto de 2004** (página 55, archivo “010. Contestación 2020-233.pdf”, expediente digital) específicamente conforme a la comunicación suscrita por el demandante y dirigida a CARBONES DEL CERREJON.

Preliminarmente, parte la Sala por precisar, bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la

inoponibilidad². En ese sentido podría decirse, la ineficacia es el género y la nulidad la especie.

La inexistencia de un acto jurídico se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad (*ad substantiam actus*) previsto en el ordenamiento para la existencia del mismo. Por su parte, la nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la causa y del objeto.

El Código Civil regula las reglas específicas respecto de la nulidad, estableciendo una distinción entre nulidad absoluta y relativa. La primera, se configura en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o contraría una norma imperativa -a menos que la ley disponga otra cosa (art. 1741 C.C.); la segunda por su parte, se presenta en aquellos casos en los cuales el acto se celebra por una persona relativamente incapaz o se presenta alguno de los vicios del consentimiento a saber: el error, la fuerza o el dolo (art. 1741 C.C.).

Así pues, cuando se pretenda la declaratoria de ineficacia o nulidad de un acto jurídico le corresponderá a quien alega dichas circunstancias acreditar, bien la falta de cumplimiento de requisitos para su nacimiento a la vida jurídica -inexistencia- o, la presencia de situaciones que afectan su validez -nulidad-.

Aclarado lo anterior, para resolver la controversia valga memorar, la Ley 50 de 1990 modificó sustancialmente el régimen de cesantías a que tienen derechos los trabajadores del sector privado. Conforme a dicha disposición legal, las cesantías quedaron sometidas a tres (3) sistemas de liquidación diferentes y excluyentes entre sí.

El primero de ellos es el sistema tradicional de cesantías o cesantías retroactivas, contemplado en el artículo 249 del C.S.T., el cual se aplica a los trabajadores que se encuentren o encontraban vinculados por contrato de trabajo antes del 1 de enero

² Corte constitucional Sentencia C-345 de 2017.

de 1991. Se caracteriza porque la liquidación de esta prestación se efectúa al finalizar el vínculo contractual, es decir, se acumula por el empleador el pago de las cesantías durante la vigencia de la relación laboral y se pagan directamente al trabajador al fenecer el contrato. Su cálculo se realiza con base en el último salario devengado³.

El segundo es el sistema de liquidación definitiva anual, el cual es manejado a través de los llamados fondos de cesantías, creado por la Ley 50 de 1990 y aplicable a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1 de enero de 1991 y a aquellos que, habiendo iniciado su relación laboral antes de esa fecha, se adhieran al nuevo sistema. Bajo este régimen, el empleador está obligado a liquidar a 31 de diciembre de cada año las cesantías del empleado y consignarlas a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente, en la cuenta individual existente a nombre del trabajador en el fondo de cesantías de su elección.

Por regla general todo patrono está obligado a cancelar a sus trabajadores, por concepto de cesantías, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año, con independencia de que sea beneficiario del régimen tradicional o anualizado de cesantías⁴.

El tercero es el sistema de salario integral contenido en el artículo 132 del C.S.T., figura por la cual, de antemano, se entienden compensadas las prestaciones sociales del trabajador, entre ellas las cesantías.

En ese contexto el anterior régimen de cesantías -tradicional o retroactivo- se mantiene vigente para aquellos contratos de trabajo suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 1990 -día anterior a la entrada en vigencia de la ley 50 de 1990- siempre que tales trabajadores no se acojan de manera libre y voluntaria al nuevo régimen.

Ahora, en los términos del párrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990⁵ para hacer

³ **ARTICULO 253 C.S.T. SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACION DE LA CESANTIA.** <Artículo modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> 1. Para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. 2. Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esta fecha.

⁴ Artículo 249 del C.S.T.

⁵ “**ARTÍCULO 98.-** El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte

el tránsito al régimen regulado por esta disposición, es suficiente la comunicación escrita señalando la fecha de su escogencia.

Por su parte, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 prevé:

“ARTÍCULO 114. REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. *Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.*

Este mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de Diciembre de 1990 y que decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1.990, para lo cual se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea rendida ante notario público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar.”

Sobre este requisito, ha discurrido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el mandato contenido en el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, no contiene la exigencia de una prueba *ad substantiam actus* para acreditar la voluntad de trasladado de régimen de cesantías, pues existe libertad probatoria para demostrar que el trabajador decidió acogerse al nuevo régimen y, en ese sentido, para la eficacia del cambio en el régimen de cesantía no se requiere la formalidad de la manifestación por escrito ante notario público a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 antes transcrita. Puntualmente, frente a los requisitos de validez y solemnidades del cambio de régimen de cesantías, en sentencia SL 10217 de 2016, esa Corporación, reiterando la sentencia con radicación 11909 de 6 de septiembre de 1999, sostuvo

“(…)

*En lo concerniente a que la Sala sentenciadora no advirtió que de acuerdo al artículo 114 de la Ley 100 de 1993 el trabajador debió manifestar por escrito ante notario público su decisión de trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y esa prueba brilla por su ausencia, esta **Corporación ha explicado que la eficacia del cambio en el régimen de cesantía no precisa del cumplimiento de esa formalidad.***

primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

2. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

PARÁGRAFO.- Reglamentado parcialmente por el Decreto 1176 de 1991. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.”

Por ejemplo, en sentencia CSJ SL del 6 de sep. 1999, radicación 11909, la Corte explicó:

“El artículo 114 de la ley 100 de 1993, cuya interpretación por parte del Tribunal se critica es del siguiente tenor:

“Requisito para el traslado de régimen. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

“Este mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990 y que decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la ley 50 de 1990, para lo cual se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea rendida ante Notario Público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar”.

De conformidad con esta disposición los trabajadores sometidos al sistema tradicional de cesantía que quieran trasladarse al de la Ley 50 de 1990, deberán presentar a la administradora del fondo de cesantía seleccionado, un escrito, rendido ante notario o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, en el cual declaren que su voluntad de cambiar de régimen fue “...Libre, espontánea y sin presiones...”.

Esta comunicación es diversa a la expresión contemplada por el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, en cuanto dice:

“..Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge...”

En efecto, no se remite a duda que la carta a que se refiere este último texto tiene como destinatario al empleador, quien una vez la reciba quedará enterado del sometimiento al régimen de la Ley 50 de 1990 en materia de cesantía y deberá proceder en la forma como lo señala el Decreto Reglamentario 1176 de 1991, artículos 2 y 3, de manera que efectuará la liquidación definitiva del auxilio de cesantía hasta la fecha señalada por el trabajador y el valor así liquidado se consignará en el fondo de cesantía que este elija, antes del 15 de febrero del año siguiente.

En otros términos, el cambio de régimen de cesantía únicamente supone la expresión escrita de la voluntad del trabajador recibida por el patrono y este acto, conforme a las reglas propias de las declaraciones de voluntad (C.C, artículo 1502), solo podría ser invalidado judicialmente si se demuestra que no reunió los supuestos generales relativos a la capacidad, al consentimiento libre de vicios y al objeto y la causa lícitos.

De consiguiente, la prescripción del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 resulta complementaria de lo anterior en cuanto consagra un supuesto para el trámite de la consignación en el fondo, ya que éste deberá exigir la comunicación rendida ante notario para efectos de la inscripción del trabajador. No se trata entonces de un requisito para la validez del cambio de régimen pues así no lo dice el texto ni hay lugar a desprenderlo por la naturaleza de la exigencia.

Su incumplimiento podría conducir a la paralización del procedimiento previsto para la apertura de la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantía y a la imposibilidad práctica de realizar la modificación de régimen. Pero en un caso como el que se examina en que el traslado produjo todos los efectos y permaneció por espacio de dos años hasta la finalización del nexo laboral, sin objeción del interesado, mal podría predicarse su nulidad, en cuanto además no aparece que haya generado perjuicio alguno al trabajador, sino al contrario el pago de una bonificación

adicional”.

Entonces, itérese, el escrito presentado ante notario no se trata de un requisito para la validez del cambio de régimen, toda vez que ello no lo dice el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, ni hay lugar a desprenderlo por la naturaleza de la exigencia y, en ese contexto, tampoco la ley sustantiva o adjetiva precisa determinado elemento de juicio para la acreditación del traslado de régimen de cesantía. Dicho en breve, hay libertad probatoria para demostrar el traslado del régimen de cesantía. De manera que a esa conclusión puede arribarse a través de los indicios, como al parecer fue lo que sucedió con el juzgador de segundo grado, y siendo ello así, no olvidemos que esta probanza no es una prueba calificada en casación, según lo estatuye la ley adjetiva del trabajo.

A tono con dicha interpretación jurisprudencial, claro resulta que el traslado de régimen de cesantías producirá efectos si se constata la existencia de comunicación escrita al empleador, por parte del trabajador, informando su decisión de acogerse libre y voluntariamente al régimen de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, por lo que para invalidarse dicho acto jurídico deberá acreditarse que la misma no reúne los requisitos de validez (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitas).

En ese orden, y descendiendo al caso de marras se encuentra en el expediente copia de la comunicación del 9 de agosto de 2004, dirigida a CARBONES DEL CERREJON suscrita por EDILBERTO RAMIREZ BALLESTA (pág. 55, archivo “010. Contestación 2020-233.pdf” y pág. 17 archivo “003. Anexos de Demanda”, expediente digital), en la cual este le indica:

“Apreciados señores:

Por medio del presente documento manifiesto que en forma libre y espontánea he decidido acogerme, a partir del primero (1º) de Agosto de 2004, al régimen especial del auxilio de cesantía creado en el numeral 2º del artículo 98 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Esta comunicación se presenta de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990 y el D.R. 1176 de 1991.

En virtud de la anterior decisión, me permito solicitar que los saldos por concepto del auxilio de cesantía que existan a mi favor, sean girados y puestos a disposición del Fondo de Cesantías Porvenir.”

El recibido de dicha misiva por parte de la demandada fue reconocido implícitamente al contestar el libelo introductorio al señalar, en el hecho tercero de la defensa (página 9, archivo “010. Contestación 2020-233.pdf” expediente digital) que “el demandante firmó la propuesta en “señal de aceptación y autorización para proceder” y en otro documento, manifiesta que “en forma libre y espontánea” decide acogerse al régimen de cesantías de los artículos 98 y 99 de la ley 50 y, posteriormente notifica que escogió

el Fondo Porvenir. Debe observarse que esto ocurrió un aproximadamente un año después de la oferta -8 de octubre de 2003-, de donde infiere que tuvo mucho tiempo para pensarlo, meditarlo y consultarlo. Finalmente, después de todos los trámites legales correspondientes, el demandante recibe la suma de bonificación prometida.”, así como en el hecho quinto al indicar la pasiva (pág. 9 ibid.) “(...) No solo afirma que le ofreció y se le dijo que era de manera libre y espontánea, sino que suscribe la manifestación de acogimiento, el paz y salvo por la liquidación de cesantías en agosto de 2004 y además, concurrió a recibir el bono de traslado por valor de \$14.627.000 en agosto de 2004 y autoriza su depósito en un fondo de pensiones voluntarias, es decir cerca de un año después de la oferta. Todo lo que se acaba de examinar lleva a la conclusión de que hubo un acuerdo mutuo que cumplió los pasos jurídicos para su perfección.”

Con lo anterior y habiéndose dejado claro que, contrario a lo advertido por el actor en su demanda, no se requería que dicho escrito fuere rendido ante notario o la primera autoridad política del lugar, a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, claro resulta que el traslado cumplió con el requisito de existencia.

Ahora, pese a lo anterior, no puede perderse de vista que el demandante alega haberse sentido constreñido o presionado para efectuar el cambio de régimen de cesantías, en virtud del ofrecimiento que para dicho fin efectuó la empresa demandada y por la cual le reconoció una bonificación como consecuencia de acogerse a la Ley 50 de 1990. Por ello, resulta también menester verificar si en el momento del traslado de régimen de cesantías, el demandante manifestó su voluntad de manera libre y sin presiones.

Así, en el expediente milita oficio No. RG-GER-019-03 del 8 de octubre de 2003 signado por EDGARDO DEVIVO CERON, en calidad de GERENTE RECURSOS HUMANOS de CARBONES DEL CERREJON LLC, dirigido a los trabajadores de esa compañía, en la cual se indica lo siguiente (pág. 52 archivo “10. Contestación 2020-233.pdf”, expediente digital):

“La Ley 50 de 1990 estableció un nuevo régimen para la liquidación y pago del auxilio de cesantía, consistente en que éste se liquide cada año con carácter definitivo y su valor se consigne en el Fondo de Cesantías que el empleado elija o que, en su defecto, determine la empresa, con lo cual quedó eliminada la retroactividad en la forma de calcular esta prestación, para todos los contratos celebrados a partir del 1º de enero de 1991.

Esta Ley también dispuso que podrá aplicarse a los empleadores vinculados con

anterioridad al 1° de Enero de 1991 que voluntariamente se acojan al nuevo régimen.

Después de evaluar los atractivos que éste régimen ofrece a los empleados y ala Compañía, estimamos conveniente rfacilitar a los Empleados rol PTC que libre y espontáneamente lo deseen, acogerse al sistema de Fondos de Cesantías, previsto en los artículos 98 y siguientes de la Ley 50 de 1990, sin que ello signifique interrupción o terminación de sus contratos de trabajo, ni érdida de los drechos adquiridos relacionados con su antigüedad.

Para su consideración, la Compañía ha diseñado la siguiente propuesta, en las condiciones que a continuación se indican en forma genérica y cuya cuantificación se icnluye en el Confidencial Anexo el cual hace parte de esta comunicación

RÉGIMEN CESANTÍA LEY 50 DE 1990:

Si usted resolviera acogerse al nuevo sistema de liquidación de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990, las siguientes condiciones le serán aplicables:

1. Carácter de la propuesta:

Los beneficios ofrecidos en esta propuesta no son susceptibles de negociación o cambio, y por tratarse de una oferta de carácter general, usted es plenamente libre de aceptarla o rechazarla, a su conveniencia.

2. Bonificación por paso al nuevo régimen:

A su aceptación del nuevo régimen de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990, la Compañía le otorgará una bonificación individual por una sola vez, bonificación ésta no constitutiva de salario. Esta bonificación es gravable, por lo tanto tiene efecto en la deducción de retención en la fuente en el mes que reciba el Bono, como en el cálculo del porcentaje de retención de algunos periodos siguientes de acuerdo a la relamentación (sic) legal; deducciones éstas que serán asumidas por usted.

3. Liquidación y Pago de Cesantías:

Si usted acepta el régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, la Compañía le liquidará definitivamente esta prestación causada, al día treinta (30) del mes anterior al de su traslado, y procederá a consignarla en el Fondo de Cesantías que usted elija, o en su defecto, el Fondo que la Compañía determine si usted no lo hiciere, y le entregará directamente a usted el valor de los intereses liquidados a la misma fecha.

4. Estabilidad y antigüedad:

El paso a la Ley 50 de 1990 sólo tiene efecto en lo relativo a la forma de liquidación y pago del auxilio de cesantía, sin afectar para nada su antigüedad en la Compañía.

Por lo tanto, su fecha de ingreso a la Empresa se conservará para todos los demás derechos consagrados en la ley, tales como los relacionados con la indemnización por despido sin justa cusa, acción de reintegro, liquidación de prestaciones sociales diferentes a cesantía y sus intereses, tiempo de servicio para beneficios voluntarios, etc.

5. Préstamo de Vivienda:

Para los empleados con créditos de vivienda vigentes, se mantendrá el valor de la cuota mensual y la tasa de interés del préstamo, para esto se descontará del Bono un valor como PAAV-Aporte Especial para ser abonado al saldo del préstamo.

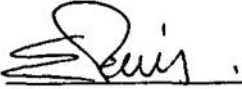
La liquidación final de sus cesantías al día 30 del mes anterior a su traslado y las posteriores liquidaciones del auxilio de cesantía que se efectúen, bajo el régimen de la Ley 50 de 1990, se abonarán al saldo de la deuda que usted adquirió con Fiducafé S.A., hasta saldar la deuda contraída y sin perjuicio de las limitaciones establecidas por la ley.”

El actor, suscribe dicha comunicación en la parte final en señal de aceptación, y precedido de su firma está su nombre y número de identificación, como aquí se ve:

Cordialmente,


EDGARDO DEVIVO CERON
GERENTE RECURSOS HUMANOS
CARBONES DEL CERREJON LLC

En señal de aceptación y autorización para proceder:


Firma
Nombre: Edilberto Ramirez
Cédula No.: 15020719

Valga mencionar dicho documento no fue desconocido ni tachado.

En efecto, como el demandante se acogió al nuevo régimen de cesantías, la demandada le reconoció y pagó un “Bono Traslado Régimen Cesantías Ley 50” en cuantía de \$14.627.000 (pág. 61 ibídem) en agosto de 2004, respecto del cual el demandante autorizó le fuera girada la suma de \$13.061.750 al fondo voluntario de pensiones Porvenir (pág. 55, ibíd.).

No obstante acreditarse dicha circunstancia, esto es, el reconocimiento del bono a su favor por realizar el traslado de régimen de cesantías, este solo hecho, para la Sala, no implica necesariamente que se haya ejercido fuerza alguna por parte del empleador para realizar dicho acto jurídico de tránsito normativo, como quiera que en la misiva descrita se le dejaron claramente explicadas las consecuencias de acogerse al nuevo régimen y qué pasaría a partir de la aceptación, además se trató de una propuesta condicionada a la aceptación libre y voluntaria del trabajador, lo cual implica que bien hubiera podido, a su juicio y luego de analizar los alcances de esa determinación, de considerarla perjudicial, haberla declinado o no aceptado.

De hecho, pese a que el ofrecimiento de la empresa ocurrió en octubre de 2003, esta solo fue aceptada hasta agosto de 2004, esto es, casi un año después, lapso que se estima suficiente y razonable para analizar los pormenores de su determinación

En un asunto de similares contornos fácticos, en el que se realizó una bonificación a los trabajadores que se acogieron al nuevo régimen de cesantías, el órgano de cierre de esta jurisdicción, consideró en sentencia SL 4829 de 2019, que

“(…)

Es tema pacífico para la jurisprudencia de esta Corporación, conforme lo asentó en la sentencia CSJ SL, 5469-2014, reiterada por esta Sala en CSJ SL3873-2019, que las convenciones colectivas, los acuerdos y pactos a que lleguen los trabajadores y los empleadores, en observancia de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de aquellos, son válidos, y deben ser honrados por las partes.

Ello conlleva no solo la obligación de cumplir lo pactado (pacta sunt servanda), sino también su ejecución de buena fe (artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el 1603 del Código Civil), es decir, su desarrollo acorde a la seriedad, colaboración y lealtad que debe regir en cualquier disciplina social y jurídica, como lo es la laboral.

La precisión anterior resulta necesaria, por cuanto en el caso bajo estudio los trabajadores llegaron a un acuerdo con la convocada a juicio, en el sentido de acogerse al régimen de liquidación anual de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, a cambio de una bonificación, que fue pagada de buena fe, de suerte que no puede ser reversada como consecuencia de una nueva decisión que, por contera, comporta la readquisición del derecho a la liquidación retroactiva del auxilio de cesantías.

La determinación del cambio de régimen de cesantías, como ya viene adoctrinado por esta Corporación, debe ser respetada por los demandantes como parte activa de la relación laboral. Un actuar contrario, no solo estaría en contravía de lo previsto por el artículo 5 del Decreto 1176 de 1991, en cuanto torna tal decisión como irrevocable, sino que además, riñe de manera flagrante con la buena fe que debe imperar en toda interacción que se estructure entre las partes.

Para la Corte, no resulta ajustado ni a la lógica, ni a la buena fe, que un trabajador, sindicalizado o no, beneficiario o no de pacto colectivo, renuncie al sistema de liquidación retroactiva de cesantías, para acogerse al régimen anualizado contemplado por la Ley 50 de 1990 y, luego, por virtud de su pertenencia al sindicato, pretenda reclamar la aplicación del régimen inicial al que manifestó no querer pertenecer.

Lo anterior encuentra respaldo en que dicho cambio de régimen fue el resultado de una propuesta legítima por parte de su empleador, respecto de la que, además de haber reportado un beneficio económico a consecuencia de la bonificación recibida, no se aprecia en forma alguna que haya mediado vicio del consentimiento que permita invalidar la manifestación de voluntad expresada por los demandantes.

La Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la misma sentencia traída a colación, CSJ SL5469-2014, en el sentido de que uno de los matices de la buena fe que debe regir en los contratos laborales, es el respeto por los actos propios, lo que implica que tanto el trabajador como el empleador, deben observar en sus relaciones jurídicas un comportamiento consecuente y coherente; lo anterior, permite el surgimiento de expectativas razonables recíprocas, que en manera alguna pueden ser frustradas por cambios intempestivos e incompatibles en la conducta de los sujetos de la relación.”

Bajo tal entendido, si el actor aceptó el plan propuesto por la accionada y se benefició por ello de una prestación económica, se supone que dicha decisión obedeció a un análisis serio y juicioso de las ventajas y desventajas de acogerse a dicha fórmula, por manera que, mal haría ahora en desconocer los términos del acuerdo y sus consecuencias jurídicas, en contravía de sus propios actos, para solicitar consecuencias jurídicas adversas.

Debe destacarse, el demandante no solo expreso su voluntad al momento de realizar el traslado sino que también, conforme a las documentales aportadas al dossier, ratificó la misma al permanecer alrededor de 13 años afiliado al sistema de cesantías descrito en la ley 50 de 1990 sin que manifestara inconformidad alguna sobre la gestión realizada por el fondo, a lo que se suma que este se hizo partícipe a través de los retiros parciales que frecuentemente efectuó (páginas 28 y 29, archivo “003. Anexos Demanda.pdf”, expediente digital).

Además de lo anotado en precedencia, ningún elemento de juicio se aportó a los autos tendiente a acreditar la presencia de irregularidades que conlleven a nulitar el acto jurídico de traslado de régimen de cesantías efectuado por el actor, razón por la cual la pretensión principal está llamada al fracaso, y en consecuencia, no resulta procedente el reconocimiento y pago del retroactivo de las cesantías del régimen tradicional debiendo confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

En lo que toca a la pretensión subsidiaria, sostiene el demandante en el hecho noveno de la demanda que *“al confrontar el reporte anual de cesantías (...) con el ingreso base de cotización IBC reportados al sistema general de pensiones, se encuentra que dichas cesantías son de mayor valor que aquellas consignadas al fondo de cesantías por parte de **CARBONES DEL CERREJON**, año a año”* (pág. 2 archivo “Escrito demanda.pdf”, expediente digital), para lo cual aporta el reporte expedido por PORVENIR en el que se evidencia el histórico de valores consignados por cesantías a su favor por parte de la compañía demandada (páginas 11 y 12, archivo “003. Anexos de Demanda.pdf”, expediente digital) así como el reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por COLPENSIONES (folio 19 a 26, ibídem).

Sin embargo a más de exhibir dichos historiales para efectos comparativos, el demandante no refiere argumento alguno por el cual las cesantías consignadas por la demandada están indebidamente calculadas, particularmente si se tiene en

cuenta, según los pagos efectuados anualmente por la empleadora, que además del salario ordinario, recargos y horas extras, legamente considerados como salariales (artículo 127 del C.S.T), el actor percibía otros conceptos como prima de navidad, prima especial convencional, prima de vacaciones, prima de servicio extralegal, bonos de productividad, bonos por firma de convención, entre otros (págs. 72 a 79, archivo “10. Contestación 2020-233.pdf”, expediente digital), de los cuales se desconoce su incidencia salarial para efectos de calcular las prestaciones sociales que eran canceladas a su favor, especialmente las cesantías, insistiéndose, dicha discusión no fue propuesta por la parte actora.

Al respecto es de señalar, el reporte de semanas cotizados en pensiones no es prueba propiamente del salario devengado por el trabajador, para concluir que a partir de allí deba disponerse la reliquidación de las cesantías, y aunque el convocante alude no valorados los cuadros que anexó con la demanda (págs. 29 y 30, “003. Anexos de Demanda.pdf”, expediente digital), no puede olvidarse que es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba, por ello, quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo. De hecho, CARBONES DEL CERREJON al contestar la demanda, precisó que ante la duda sobre el carácter salarial de algunos conceptos, estos fueron tenidos únicamente en cuenta a efectos de efectuar la cotización al sistema de pensiones.

En todo caso, debe anotarse igualmente, entre el demandante y la demandada se suscribió una conciliación ante el Ministerio de Trabajo por la cual la última entregó al primero la suma de \$282.634.992, en el que las partes acordaron:

“Que con ocasión de la mencionada terminación del contrato de trabajo y ante las eventuales discrepancias que puedan surgir en relación con algunos pagos diferentes al salario, tales como gastos de viajes, beneficios extralegales y otros reconocimientos, factor salarial, factor prestacional e incrementos salariales; y dado que la Empresa ha obrado en todo momento de acuerdo con la ley, por tratarse de unos posibles derechos inciertos y discutibles en el sentido de que pudieran ser o no factor constitutivo de salario, y para precaver de antemano cualquier eventual diferencia que pudiera resultar del vínculo laboral que mantuvieron y de su terminación y así evitar en el futuro cualquier situación litigiosa derivada del mencionado vínculo, las Partes manifiestan que, tal como se indica en el siguiente punto II (ACUERDO CONCILIATORIO) que sigue a continuación, ponemos fin a cualquier controversia o reclamación que pudiere existir entre ellos como consecuencia de la celebración, desarrollo y terminación de la relación laboral que los unió, conciliando para el efecto todos los derechos y prestaciones eventuales que le asistieren al Trabajador tales como, pero sin limitarse a reajuste de salarios, horas extras, recargos nocturnos, trabajo y

*descansos en dominicales y feriados, descansos compensatorios, bonificaciones, devolución de sumas descontadas de sus salarios o **prestaciones sociales**, beneficios y auxilios extralegales o convencionales en dinero o en especie, tales como alimentación y alojamiento, indemnizaciones, primas, indemnización por terminación sin justa causa, indemnización moratoria, vacaciones, diferencia de valores reales de especies suministradas, y en general cualquier otro derecho incierto o beneficio incierto que pudiese corresponderle al Trabajador como consecuencia directa o indirecta de la ejecución del contrato de trabajo que los ató, así no se hubiere mencionado expresamente en la presente diligencia, las Partes han decidido suscribir la presente Acta de Conciliación para dejar constancia del arreglo definitivo al que llegaron (...)*”
(Negrilla de la Sala)

En ese contexto, cualquier discusión sobre la incidencia salarial de lo recibido por el trabajador en vigencia del contrato y la consecuente reliquidación de las prestaciones a su favor, fue objeto de conciliación y por ende existe cosa juzgada sobre ese asunto.

Bajo tales consideraciones, no hay lugar a acceder a las peticiones subsidiarias, como bien lo concluyó la juzgadora de primera instancia.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la parte actora, 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 al actor, lo atinente a derecho es que sea condenado en costas, como así ocurrió. Con relación a la cuantía ordenada, se advierte que la discusión sobre el valor de este concepto se debe hacer en la etapa procesal correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P, no siendo éste el momento para pronunciarse sobre este particular.

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

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALBERTO CORREA
MAESTRE CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA (RAD. 33 2019 00294 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, 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, precisándose si bien en principio se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, lo cierto es que al final de su intervención (Audiencia virtual, record: 22:05¹) este desistió del mismo, por lo que el asunto se conocerá en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de marzo de 2021 (Audiencia virtual, record 21:03), en la que se resolvió:

¹ “Gracias su señoría con la mayor reverencia me permito manifestar que presento recurso de apelación contra el fallo de primera instancia con fundamentos en las normas que se mencionan en la presente demanda, por cuanto considero que el actor tiene derecho a que se le reconozcan los años prestados al estado como lo dijo el tribunal de distrito judicial de Bogotá, por lo tanto esta sustentación la hare también de manera escrita por cuanto vuelvo y reitero las normas se encuentran vigentes que le conceden ese derecho a las personas por haber trabajado menos de quince años y más de diez, muchas gracias su señoría.

Gracias su señoría con el mayor respeto me permito manifestar que desisto del recurso de apelación y en lugar le pido a su señoría se me conceda la consulta para que la demanda sea estudiada en su integridad ante la Sala del tribunal de Bogotá, muchas gracias.

JUEZ (24:35): Dada la posición de la parte demandante por secretaría remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para lo de su competencia.”

“PRIMERO: ABSOLVER al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas por ALBERTO CORREA MAESTRE conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. DECLARAR probadas las de Falta de legitimación y causa para demandar, así como la de cobro de lo no debido acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de la parte demandante, como agencias en derecho el despacho señala \$350.000.

CUARTO: Si esta providencia no fuere apelada al ser desfavorable a la parte demandante se deberá surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA conforme al artículo 69 del estatuto procesal laboral.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **ALBERTO CORREA MAESTRE** en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 16 y 17 del expediente digitalizado (Archivo 1), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folios 14 y 15 del mismo archivo, aspirando se le reconozca y pague la pensión plena de jubilación a partir del 30 de septiembre del año 2016 (fecha cumplimiento 50 años) con el tiempo de servicio laborado en la Personería Distrital de Santa Marta (3 años, 9 meses, 15 días), Alcaldía Distrital de Santa Marta (9 meses, 12 días) y en Ferrocarriles Nacionales (8 años, 1 mes y 26 días), junto con los intereses legales y la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta los anteriores tiempos de servicio, con fundamento en la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorables a sus pretensiones**, pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas tras considerar que la pensión contemplada en la Ley 171 de 1961 solo es aplicable a empleados oficiales y privados excluyendo a los públicos, por ende como el actor laboró para la Personería y Alcaldía de Santa Marta tuvo la condición de empleado público no siendo dable sumar dicho tiempo, aunado a ello precisó que el Art. 74 del Decreto 1848 de 1969 en el aparte que permitía tener en cuenta el servicio a distintos

empleadores o a varias entidades para la pensión en caso de despido injusto fue declarado nulo por el Consejo de Estado y por ello no se le podía aplicar dicha normativa, y en cuanto a la reliquidación de la indemnización por despido indicó que esta se originó por la supresión del cargo en los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y en ese orden no podía tenerse en cuenta tiempos de servicios de diferentes entidades.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa, es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación obrante a folio 46 del expediente digitalizado (archivo 1) expedida por el Secretario General de la entidad demandada, el accionante se vinculó para los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia el 5 de diciembre de 1983 y se desvinculó el 29 de enero de 1992 como OPERARIO DIESEL, teniendo como causa del retiro la SUPRESIÓN DEL CARGO (Ver contenido Resolución No. 1538 del 5 de septiembre del 2018 (página 29 pdf archivo 1).

Igualmente se aportaron al plenario certificados de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales de donde se extrae que el actor prestó igualmente sus servicios al Sector Público Departamental así:

- Personería Distrital Santa Marta– Auxiliar del 15 de diciembre de 1976 al 30 de septiembre de 1980 (pág. 36 pdf archivo 1).
- Alcaldía Distrital Santa Marta – Secretario Auxiliar del 18 de diciembre de 1981 al 30 de septiembre de 1982 (pág. 40 pdf archivo 1).

De tal manera y para resolver el presente asunto, ha de recordarse el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 consagra una pensión para los trabajadores que fuesen despedidos sin justa causa con diez o más años de servicio y menos de quince, o quienes después de quince se retiraran voluntariamente. Al respecto, la norma establece:

ARTÍCULO 8º._ *El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha*

de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

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

Advirtiéndose la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, tuvo como una de sus finalidades sancionar al empleador que impedía al trabajador, mediante la cancelación injustificada de su contrato, completar el tiempo de servicios para acceder a la pensión plena de jubilación, motivo por el cual no procedía cuando aquél había laborado el tiempo necesario para adquirir ese derecho.

Ahora, bien y en punto a la discusión puesta consideración de esta Corporación ha de señalarse dicha norma consagró la pensión proporcional de jubilación para trabajadores oficiales y particulares que hubieran laborado para la misma empresa o para sus sucursales o subsidiarias, razones por las cuales tratándose de este tipo de pensiones es necesario en primer lugar que la relación jurídica se dé mediante contrato de trabajo y que además sea para la misma empresa.

Sobre este aspecto ya tuvo la oportunidad de pronunciarse la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, indicando en la sentencia SL 51929 del 4 de septiembre del 2018 lo siguiente:

*“ En relación con el tiempo de servicio, la norma exige 15 años, y en el inciso 1 señala «del servicio de una empresa ... después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias», se entiende con ello, que **el requisito debe cumplirse para la misma empresa**, en este caso al Instituto de Fomento Industrial – Concesión Salinas, y el señor Celedón Mejía, tan sólo cumplió 3 años, 8 meses y 8 días al servicio de la misma, pues laboró desde el 25 de abril de 1991 hasta el 31 de enero de 1993.*

Igualmente denunció, el Decreto 1848 de 1969, el cual en su Artículo 74°, señaló «Pensión en caso de despido injusto ... 3. Si el trabajador oficial se retirare

voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.[...]»; al igual en su inciso 1 estableció «en una "o varias entidades", establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación», la expresión "... o varias entidades..." fue declarada nula por el Consejo de Estado, en fallo del 12 de noviembre de 1981; por lo cual, en el presente caso, no es dable tener una interpretación diferente como lo considera la parte recurrente, pues no es factible sumar el tiempo de servicio en varias entidades públicas.

La Corte así lo estableció en sentencia CSJ SL1494-2014, expresó:

La Corte ha explicado, específicamente en torno al requisito de tiempo de servicios que contemplan las mencionadas normas, que la labor debe haber estado mediada por un contrato de trabajo y debe haber sido cumplida en una misma entidad administrativa, de manera tal que no es posible acumular tiempos de servicios de diferentes entidades, como se propone en la demanda y en el recurso de apelación. En la sentencia CSJ SL, 5 dic. 1995, rad. 7663, se clarificó el tema de la siguiente forma:

No resulta desacertado el entendimiento que el Tribunal dio al art. 8 de la Ley 171 de 1961, pues según lo tiene establecido esta Corporación, el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación supone que los servicios sean prestados por el trabajador oficial a una misma entidad administrativa.

Así lo precisó la Corte en sentencia del 25 de agosto de 1980 de la Sala Plena Laboral, rad. 6020:

"..La Ley 171 de 1.961 en su artículo 8 para la pensión proporcional, en sus especies de pensión-sanción y pensión por retiro voluntario, presupone el servicio a "una" entidad y no a "varias" entidades; y exige además, que ese servicio se haya prestado, no en una relación reglamentaria de servicio público, sino bajo la modalidad de un contrato de trabajo..."

"...Entonces es claro que la antigüedad que debe tenerse en cuenta frente al artículo 8 de la Ley 171, para el trabajador oficial es la de sus servicios en la misma entidad o agencia del Estado que llegue a despedirlo injustamente, después de diez años de labores cumplidos en ella, exclusivamente, para que en esta forma esa entidad quede obligada a pagarle la pensión especial de jubilación derivada del despido injusto. La antigüedad que se tiene en cuenta, para los efectos del dicho artículo 8, es la del despido en la entidad que prescinde injustamente de sus servicios y no otra.

Se trata pues de una antigüedad relativa y no de la antigüedad absoluta frente a los entes oficiales.

Los servicios prestados a entidades distintas a la que despide no son acumulables al tiempo laborado en ésta para efecto de la pensión especial por dos razones: La primera, porque la entidad que despide no tiene fuentes ni bases para conocer que el despido ha trabajado en agencias estatales distintas, y sólo tiene entonces posibilidad de conocer con certeza el tiempo laborado en ella misma por el trabajador. La segunda, porque si todos aquellos servicios fueren acumulables, las distintas entidades beneficiarias de ellos estarían legalmente obligadas a compartir el pago de la pensión; o sea, que entidades inocentes de la ocurrencia del despido injusto compartirían las consecuencias de la culpa de entidad distinta de ellas, tesis que no se compadece con el principio de la individualidad en la asunción de las consecuencias del dolo o la culpa."

De otra parte, conviene agregar que el Consejo de Estado en sentencia del 12 de diciembre de 1.981 anuló la expresión "o varias entidades" contenida en el art. 74 del Dec. 1848 de 1969, al reglamentar la pensión en caso de despido injusto de los empleados oficiales vinculados mediante contrato de trabajo. En consecuencia, no existe la menor duda que el citado art. 81 de la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto Reglamentario mencionado prevén que para el reconocimiento de la llamada pensión sanción sólo cuenta el tiempo trabajado para la entidad administrativa que de manera injusta termina el convenio laboral.

Luego, carece de fundamento el argumento del recurrente de ser acumulables los servicios que el demandante prestó a la Policía Nacional y a la demandada Edis, resultando impróspero el ataque." (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Conforme a la anterior cita jurisprudencial, en el caso bajo estudio resulta que los tiempos respecto de los cuales solicita se acumulen (Personería y Alcaldía de Santa Marta) son en entidades diferentes a los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y tampoco se trata de sus sucursales o subsidiarias, por ende no se acreditan los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961 para el reconocimiento pensional aquí solicitado, máxime cuando quien tomó la decisión de finalizar el vínculo laboral fue la aquí accionada y no las citadas entidades, por tal motivo y en razón a la naturaleza jurídica de la pensión que se demanda, que tiene carácter sancionatorio exclusivo para el empleador que despide al trabajador sin justa causa, no se ajusta a derecho la sumatoria de tiempos pretendida.

En este orden de ideas, como el señor CORREA MAESTRE sólo alcanzó a reunir 8 años, 1 mes y 26 días de labores para los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (menos de 10 años) y no es posible contabilizar el tiempo en el que prestó el servicio a otras entidades, se itera no reúne los requisitos previstos en la Ley 171 de 1961, conforme lo puso de presente el a quo.

Igualmente, y como lo estableció el Juez de primer grado el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969² respecto del cual pide su aplicación por establecer la

² **ARTÍCULO 74.-** *Pensión en caso de despido injusto.*

1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una "o varias entidades", establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. (Declarada nula la frase que dice: "... o varias entidades..." entre comillas. Consejo de Estado, fallo del 12 de noviembre de 1981).

“*Pensión en caso de despido injusto*”, fue declarado nulo en su aparte “varias entidades” razón por la cual bajo esta normativa no podría accederse al derecho, sumando todos los tiempos de servicio prestados por el actor a entidades de sector público.

Finalmente, y en relación de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa otorgada por la pasiva teniendo en cuenta los tiempos de servicio atrás citados, baste con señalar este tipo de indemnización solo procede a cargo del empleador que despide al trabajador sin justa causa, sin que se le pueda imputar sanción alguna a quien no tomó la decisión de despedir, en este caso, la Personería y la Alcaldía de Santa Marta, resultando improcedente la reliquidación solicitada.

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, razones por las cuales de acuerdo a 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,

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

3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

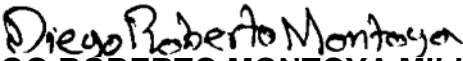
5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 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 MARTHA ISABEL
ROJAS PEÑA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y la AFP PORVENIR (RAD. 34 2019 00169 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y Porvenir, 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 la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero del 2021 (Audiencia virtual, Record: 1:45:22), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante MARTHA ISABEL ROJAS PEÑA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 6 de diciembre de 1999, a través de la afiliación a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA ISABEL ROJAS PEÑA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA ISABEL ROJAS PEÑA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

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

QUINTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones propuestas en la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A., y se fija como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión Envíese ante el superior en 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 expresando que para el año 1999 cuando la demandante efectuó el traslado no era exigible a los fondos brindar la información detallada para el momento del traslado pues para aquella época solo se requería el consentimiento de la persona y que suscribiera el formulario de afiliación razón por la cual aduce en el presente asunto no se puede alegar falta de información por parte de los asesores.

Señala que a la demandante no se le está negando el derecho de acceder a una pensión de vejez pues de cumplir con los requisitos establecidos en la ley puede serle reconocida en el RAIS, señalando que este tipo de decisiones pueden afectar la estabilidad financiera de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues al concederse el traslado de la demandante al RPM faltándole menos de diez años para que le sea reconocida la pensión de vejez se descapitaliza el fondo común del régimen solidario del RPM, advirtiendo que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contraria no solo al concepto constitucional de equidad sino en contra del 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 de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (Audiencia virtual, Record: 1:47:22)¹

¹ “Presento recurso de apelación ante la Honorable Sala Laboral del Honorable tribunal superior de Distrito Judicial de Bogotá para que revoque en su totalidad la sentencia proferida por el Ad quo en los siguientes argumentos: En lo que respecta a la falta de información al momento de efectuar el traslado alegada por la parte demandante nuevamente indico que dicho requisito fue creado por la ley 1468 del año 2014 que modificó el artículo 928 del año 2009, por tanto en el año de 1999 año en el cual la demandante efectuó el traslado no era exigible a los fondos brindar la información detallada para el momento del traslado pues para aquella época solo se requería el consentimiento de la persona y que suscribiera el formulario de afiliación razón por la cual el presente asunto no se puede alegar falta de información por parte de los asesores.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARTHA ISABEL ROJAS PEÑA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 44 del expediente digital, las cuales encuentra fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 42 a 44, aspirando de manera principal se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, en consecuencia se condene a Porvenir a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, con los rendimientos financieros y el valor del bono de pensiones a Colpensiones, ordenando a esta entidad a recibir todos los aportes, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. 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 Porvenir 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

Así mismo debo advertir que en virtud de que la demandante no se le está negando el derecho de acceder a una pensión de vejez pues de cumplir con los requisitos establecidos en la ley puede serle reconocida en el RAIS sino que su inconformidad únicamente versa sobre el monto de la pensión de vejez que estaba aquí se debe considerar al momento de resolver el caso de estudio el impacto que este tipo de decisiones pueden generar en la estabilidad financiera de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues el concederse el traslado de la demandante al RPM faltándole menos de diez años para que le sea reconocida la pensión de vejez se descapitaliza el fondo común del régimen solidario del RPM en este sentido la corte constitucional en la sentencia C 062 del año 2010 señaló lo siguiente *“El objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico ya que esta contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía de derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”* Dicho lo anterior se debe agregar que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contraria no solo al concepto constitucional de equidad sino en contra del principio de eficiencia pensional cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponible para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social, bajo estos argumentos dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

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 21 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la accionante el 2 de mayo de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría ese mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante la demandada COLPENSIONES el 28 de febrero del 2019 (fl. 22, 25 y 29), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 53 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 234,57 semanas de cotización (fl. 160) equivalentes a 4 años, 6 meses y 22 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 6 de diciembre de 1999 (fls. 5, 129 y 132), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Porvenir 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

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”.

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

En ese orden de ideas, la obligación de 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 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 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,

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

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.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre 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 PORVENIR 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 plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 129 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

⁴ Audiencia virtual, Record: 18:35

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 173 a 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.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (6 de diciembre de 1999, fl. 129), 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, 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 233 y 234)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.

⁵ Por auto del 23 de noviembre del 2020 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones.

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

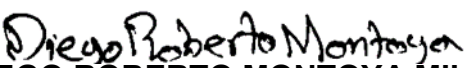
RESUELVE

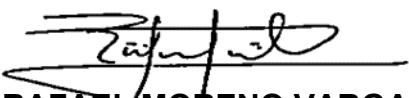
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: 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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MELBA DE JOSE
OCAMPO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP – (RAD. 35 2019 00726 02).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

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

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 ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero de 2021 (Audiencia virtual, record 32:00), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- a reconocer a la señora MELBA DE JOSE OCAMPO la pensión restringida de jubilación a partir del 04 de octubre del 2015 en cuantía inicial de \$886.861,53, como consecuencia de ello se ordena cancelar la suma de \$63.457.017,74 por retroactivo pensional causado del 04 de octubre del 2015 al 31 de julio del 2020 el cual incluye las mesadas adicionales y reajustes anuales y deberá ser debidamente indexado.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- a pagar a la señora MELBA DE JOSE OCAMPO a partir del 01 de agosto del 2020 la mesada debidamente ajustada con sus

respectivos reajustes legales y mesadas adicionales de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia hasta cuando le sea reconocida la pensión de vejez. Subsistiendo a cargo de la demandada el mayor valor o la diferencia que eventualmente se presentare entre las dos pensiones.

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- al pago de las COSTAS incluyendo la suma fijada como agencias en derecho que correspondió a \$ 1.000.000.

CUARTO: Se **CONSULTARÁ** con el Superior en caso de no ser apelada.”

Contra lo así decidido, la apoderada del demandante recurre la decisión únicamente en el tema relacionado con el número de mesadas reconocidas, solicitando se condene igualmente al pago de la mesada 14 pues esta se causa con el derecho a la pensión restringida de jubilación antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 del 2005 (Audiencia virtual, record: 35:27)¹

Por su parte, el extremo demandado interpuso recurso solicitando se sirva analizar la forma de terminación del contrato de la demandante con la extinta caja agraria y la pérdida de la vigencia del artículo octavo de la ley 171 de 1961, advirtiendo la relación terminó por mutuo consentimiento mediante acta de conciliación suscrita entre las partes, por lo que la terminación laboral no fue por retiro voluntario sino por mutuo acuerdo y en ese orden de ideas aduce no le asiste derecho a la pensión de jubilación restringida y más cuando el artículo octavo de la ley 171 de 1961 perdió su vigencia toda vez que para el 01 de abril de 1994 entro a regir la ley 100 de 1993.

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial sala laboral para que modifique la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos:

En lo que se refiere al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación en trece mesadas ruego honorables magistrados suscribir la mesada catorce es decir la mesada adicional de junio, pues bien se ha estudiado por la CSJ sala de casación laboral ya en una línea jurisprudencial ya bastante amplia que la mesada catorce o mesada adicional de junio se causa el día en el que causa el derecho a la pensión restringida de jubilación y esta es la interpretación que pues se le han dado a ley 71 de 1961 especialmente a su artículo octavo, esto es que mi mandante la señora Melba de José Ocampo causo su derecho al momento de retiro de la entidad por lo tanto deberá reconocerse la mesada 14 o mesada adicional de junio pues así se ha interpretado en otras sentencias; en la sentencia con radicación 60193 del 21 de mayo del 2014 siendo poniente la doctora Calderón en la cual se explica que pues debe tenerse en cuenta pues el momento en que se causa el derecho a la pensión restringida de jubilación y por lo tanto no deberá tenerse en cuenta la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005, bajo estos argumentos ruego de la manera más respetuosa se modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho y desde luego sea estudiada la mesada catorce o mesada adicional de junio, muchas gracias.”

En cuanto a la condena en costas, solicita se tenga en cuenta los artículos 361 y 366 del C.G.P. que regulan específicamente la condena en costas y en su numeral octavo señala que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron, por lo que en su sentir la decisión de las costas no es una decisión automática dentro de un proceso pues para imponerlas el juez debe analizar la conducta asumida por las partes y revisar si se probaron y causaron, considerando en el presente asunto la accionada actuó de buena fe y si no reconoció la pensión solicitada por la parte actora era porque no tenía derecho a la misma (Audiencia virtual, record: 37:19)²

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 MELBA DE JOSE OCAMPO en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6 del expediente digital (Archivo 5), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folios 3 y 4 (expediente digital Archivo 5), aspirando principalmente se declare estuvo vinculada a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero mediante contrato de trabajo escrito de duración indefinida desde el 4 de febrero de 1975 al 15 de noviembre de 1991; que en audiencia especial de

² “Gracias señor juez también me permito interponer recurso de apelación el cual me permito sustentar de la siguiente manera me permito solicitar al honorable magistrado de distrito judicial sala laboral que conozca el presente recurso de apelación, se sirva a revisar la decisión a la que llego el señor juez porque aunque se tuvo por no contestada la demanda se sirva analizar de nuevo la forma de terminación del contrato con la demandante con la extinta caja agraria y la perdida de la vigencia del artículo octavo de la ley 171 de 1961. En cuanto a la forma de terminación del contrato es de indicar que la señora Melba de José Ocampo ingreso a laboral en la extinta caja agraria relación que termino por mutuo consentimiento mediante acta de conciliación suscrita entre las partes, entonces la terminación laboral no fue por retiro voluntario sino por mutuo acuerdo, entonces a la demandante en ese orden de ideas no le asiste derecho a la pensión de jubilación restringida de conformidad con lo señalado también al inicio de mi intervención en el entendido que el artículo octavo de la ley 171 de 1961 a perdido su vigencia toda vez que para el 01 de abril de 1994 entro a regir la ley 100 de 1993 y en el entendido de que la demandante no cumplió con los requisitos que se necesitaban para acceder a la pensión restringida de jubilación, entonces por tanto se sirva a analizar lo que anteriormente señale y revocar la decisión anterior a la que llego el juzgado y en cuanto a la condena en costas que hace referencia el numeral tercero de esta sentencia me permito solicitar se tengan en cuenta los artículos 361 y 366 del CGP que regulan específicamente la condena en costas y en su numeral octavo señala que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en su medida de comprobación y en ese sentido la decisión de las costas no es una decisión automática dentro de un proceso pues para imponerlas el juez debe analizar la conducta asumida por las partes y revisar si se probaron y causaron y en el presente asunto mi representada actuó de buena fe y si no reconocido la pensión solicitada por la parte actora pues es porque la parte actora no tenía derecho a la misma, en ese sentido dejo sustentado mi recurso para que sea revocada la decisión apelada, muchas gracias.”

conciliación, dieron por terminado el contrato de trabajo a término indefinido por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991, por ende tiene derecho a la pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961; en consecuencia solicita se condene a la demandada a reconocer y ordenar el pago de la pensión legal proporcional a partir del 4 de octubre del 2015, fecha en que cumplió los 60 años de edad, incluyendo las mesadas de junio y diciembre, actualizando el último salario promedio mensual devengado con el IPC desde la fecha de desvinculación hasta el día en que cumplió los 60 años; se ordene el pago de las mesadas causadas a futuro, con los respectivos aumentos legales y la indexación hasta que se efectúe el pago, costas, agencias en derecho y los derechos *ultra* y *extra petita*; **obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, en donde se accedió al reconocimiento pensional a partir del día 4 de octubre del 2015, en cuantía inicial de \$886.861,53, con un retroactivo al 31 de julio del 2020 de \$63.457.017,53 y disponiendo que la UGPP solo debía cancelar el mayor valor a su cargo en el evento de ser reconocida una pensión de vejez a favor de la actora, tras considerar que la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley para adquirir el derecho a la pensión restringida de jubilación.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa, es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (obrante en las páginas 20 y 21 del expediente digital), la demandante se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. el 4 de febrero de 1975 y se desvinculó el 15 de noviembre de 1991; año en que la accionante y la Caja Agraria resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, a partir del 16 de noviembre de 1991 en audiencia especial de conciliación, llevada a cabo el 13 de noviembre de 1991, ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué (páginas 22 a 25 expediente digital archivo 5).

De tal manera, inicialmente habrá de recordarse, el contenido del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en lo que aquí interesa:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la

vigencia de esa ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad". (Subrayado y negrilla de la Sala).

Así pues, conforme se puede verificar con las copias del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía (páginas 18 y 19 archivo 5), la accionante nació el 4 de octubre de 1955 por lo que cumplió la edad de 60 años el **4 de octubre de 2015**, así como, de conformidad con la certificación atrás referida obrante a folios 20 y 21, se puede corroborar que ésta prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, desde el 04/02/1975 hasta el 15/11/1991, es decir, por espacio de 16 años, 9 meses y 11 días.

Así las cosas, su vinculación terminó después de 15 años de servicios, de mutuo acuerdo, conforme al acta de conciliación citada de manera precedente, lo cual contrario a lo referido en la apelación por la UGPP equivale al retiro voluntario del trabajador, conforme así se ha dejado explicado con claridad por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al respecto puede consultarse la Sentencia SL4578 del 9 de abril de 2014³ y la SL 3443 del 21 de agosto del 2019⁴, por lo que sin lugar a dudas, la señora MELBA DE JOSE OCAMPO reúne

³ “En lo que atañe al argumento de la defensa presentado en la contestación con el fin de oponerse al reconocimiento de la pensión solicitada por el demandante, consistente en que el contrato de trabajo que ligó a las partes terminó por «mutuo acuerdo», en tanto que, en su criterio, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 tiene previsto este tipo de pensión «...cuando se trata de un retiro voluntario del trabajador o lo que es lo mismo cuando el trabajador renuncia», y, en su entender, «es claro que el mutuo consentimiento y la renuncia no son causales de terminación iguales y por ende no pueden asimilarse» para efectos de la aplicación del precitado artículo 8°, corresponde decir que tal argumento es a todas luces infundado, puesto que el supuesto de hecho que el citado precepto prevé es “el retiro voluntario”, el cual está relacionado con la finalización del vínculo por el querer del trabajador, en contraposición de la otra hipótesis también contenida en la misma norma, cual es el caso del despido sin justa causa que equivale a la decisión unilateral de la empresa, en contra de la voluntad del trabajador; por tanto, estima la Sala que la supuesta diferencia aludida por la empresa entre la «renuncia» y «el mutuo acuerdo» es vana, y no es más que una excusa de último momento para eludir el cumplimiento de su obligación una vez esta se hizo exigible, pues no pasa por alto esta Sala que, desde un principio, la empresa tuvo claro que el contrato de trabajo finalizó por voluntad del trabajador, y que junto con el requisito de tener más de 15 años de servicio, solo le quedaba a este esperar a cumplir los 60 años de edad para exigir la pensión, (...)”

⁴ “Del mismo modo esta Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 16 jul. 2001, rad. 15555, **precisó que el mutuo acuerdo plasmado en una conciliación con la cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de**

los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado, a partir del cumplimiento de la edad de 60 años, esto es, 4 de octubre del 2015, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con la vigencia del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir de la entrada en vigor del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, aspecto también apelado por la pasiva, debe precisar la Sala, la Corte Suprema de Justicia ha determinado de manera clara en reiterada jurisprudencia, que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causa con el retiro voluntario del trabajador después de 15 años de servicios, siendo la edad de 60 años solo un requisito para su exigibilidad, por lo que ese derecho adquirido no se pierde por la aparición de nuevas disposiciones en materia de seguridad social, como sería para el caso, la Ley 100 de 1993.

En el *sub examine*, para la fecha en que se produjo el retiro voluntario de la accionante, 15 de noviembre de 1991 (páginas 22 a 25 archivo 5), la citada preceptiva no se encontraba derogada, como quiera que para dicha data la Ley 100 de 1993 no existía en el ordenamiento jurídico, por lo que al regularse el derecho pretendido por la norma vigente al momento de su causación, la Ley 100 de 1993 no es aplicable al caso de autos. Así fue definido por la Corte Suprema de Justicia en un caso similar, tramitado bajo el radicado No. 38885 de 2010⁵ y en la SL 5031 del 9 de diciembre del 2020⁶

voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico laboral, criterio que ha sido reiterado entre otras, en las sentencias CSJ SL, 6 sep. 2011, rad. 45545 y CSJ SL859-2013, 4 dic. 2013, rad. 43701”

⁵ “Siendo ello así, al tratarse de un derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no puede decirse que dicha prestación fue derogada por el artículo 133 de la misma, pues tal normatividad no estaba vigente para el 15 de noviembre de 1991, cuando terminó la relación laboral entre las partes, ni que la pensión reclamada pueda desconocerse por el hecho de que el demandante hubiese estado afiliado al I.S.S., dado que el precepto legal que contiene los supuestos fácticos de la misma, no consagra como uno de los requisitos para su concesión la omisión de la afiliación a la seguridad social; ni tampoco por la circunstancia de que eventualmente pueda tener derecho a la pensión de vejez contenida en la citada ley”.

⁶ “De otro lado, respecto al segundo problema jurídico a resolver por la Corte, es pertinente poner de presente que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario con más de 15 años de servicios, que es la solicitada por el aquí demandante, no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por el hecho de que el empleador afilió a su trabajador en el año 1969, puesto que las pensiones reconocidas por el ISS no desplazaron, sustituyeron ni mucho menos derogaron aquellas que corrían a cargo exclusivo de los empleadores, al punto que las reguladas en la Ley 171 de 1961 conservaron plena validez, bien hasta la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 para el caso de los trabajadores particulares, ora hasta la entrada en vigor del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para los trabajadores oficiales.

En la misma dirección, y a efecto de zanjar cualquier duda, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la Sentencia SL4578 del 9 de abril de 2014, ya citada, reiteró que las pensiones restringidas de jubilación, “...no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta”⁷, sin que tampoco en autos se advierta algún tipo de acuerdo conciliatorio frente a los aspectos debatidos en este ordinario.

Y en cuanto al cumplimiento de la edad como requisito para acceder a la pensión de que se trata en el presente asunto, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en señalar que acreditados el tiempo de servicios y el retiro voluntario del trabajador, el cumplimiento de la edad

De esta manera lo ha adoctrinado esta corporación, en razón a que dicha prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez, sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para castigar al empleador que despedía a sus trabajadores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se impedía el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.”

⁷ “Ciertamente este tema no ha sido pacífico, según se puede apreciar en la motivación de la sentencia el tribunal objeto el presente recurso que se fundó en un precedente de esta Sala, pero se tiene que, a partir de la sentencia CSJ SL818-2013, mediante la cual se resolvió un recurso de casación interpuesto por un empleador que había sido condenado en instancia a reconocer una pensión restringida de jubilación, similar a la que se debate en el presente asunto, esta Sala decidió reiterar el criterio de que las pensiones previstas en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas, de forma inmediata, por la pensión de vejez que el ISS asumió conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada mediante el D. 3041 de 1966, lo cual derrumba por su base la sentencia acusada, como se puede deducir de los razonamientos del citado precedente que seguidamente se transcriben:

La controversia planteada en los dos cargos de la demanda de casación consiste en establecer sí, como lo afirmó el Tribunal, para accederse a la pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 bastaba al trabajador con prestar más de 15 años de servicio al mismo empleador y no obtener la pensión de vejez, al margen de que hubiera o no renunciado voluntariamente al trabajo y con independencia de que hubiera sido o no afiliado oportunamente por su empleador al Instituto de Seguros Sociales. O sí, como lo aduce la recurrente, la afiliación oportuna del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, cuando quiera que para el momento de la asunción de riesgos por la entidad de seguridad en la particular región aquél contaba con menos de 10 años al servicio del empleador, y su retiro se producía de forma voluntaria, daba lugar a la subrogación del riesgo, por ende, a la desaparición del derecho a la pensión establecida en el citado precepto.

Para resolver tal cuestionamiento basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta.

Así, en idéntico asunto al aquí tratado, y seguido contra la recurrente por otro de sus servidores, así se expresó la Corte en sentencia de 9 de octubre de 2001, radicación 16646:
(...)

únicamente determina el momento de exigibilidad y disfrute del derecho, entre otras, pueden consultarse las sentencias proferidas dentro de los procesos con radicación 32378 del 21 de mayo de 2008, 32228 del 17 de junio de 2008⁸, 36224 del 31 de marzo de 2009, 37266 del 18 de noviembre de 2009, providencias que exponen el referido criterio, el cual fue corroborado en sentencias con radicación 41998 del 24 de agosto de 2010⁹, 45545 del 6 de septiembre de 2011 y 38051 del 4 de julio de 2012¹⁰ y más recientemente en la SL839 del 1° de marzo del 2021¹¹.

En otro giro, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala acoge al criterio expuesto entre otras, en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia SL17066 del 26 de noviembre de 2014

8 *“En cambio, la pensión proporcional por retiro voluntario del trabajador surge al mundo del derecho cuando ocurre la terminación voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador después de haber servido durante 15 años o más.*

Es decir, la terminación voluntaria del contrato de trabajo y la prestación de servicios durante 15 años o más constituyen los dos únicos elementos estructurales del derecho a la pensión restringida de jubilación.

Por consiguiente, una vez reunidos estos dos requisitos (terminación voluntaria del nudo contractual de estirpe laboral y labores durante 15 años o más), la pensión restringida de jubilación en comento abandona su calidad jurídica de mera expectativa y pasa a convertirse en un derecho adquirido del trabajador, esto es, en una situación jurídica concreta, que, como tal, no puede ser modificada por una norma posterior.

La edad, en consecuencia, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino tan sólo una condición para la exigibilidad del pago. Precisamente por ello, esta Sala de la Corte ha admitido, con reiteración, las condenas de futuro a pensión restringida de jubilación, para cuando el trabajador alcance los 60 años de edad, siempre que hubiese acreditado las dos exigencias de tiempo de servicios y retiro voluntario, desde luego”.

9 **“2.La edad no es un requisito de causación del derecho a la pensión restringida.** En lo atinente a la edad como requisito de exigibilidad de las pensiones restringidas, ha sido conteste y reiterada la jurisprudencia de la Corte en incontables fallos, hoy muchedumbre, en el sentido de considerar que ella no es un elemento de causación del derecho, sino de su exigibilidad. Así fue concebida desde sus comienzos, dada la caducidad prescrita en la parte final del original artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo...”.

10 En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 2011, radicación 45545, en la se rememoró la del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, entre otras, se dijo: “... “De otro lado, también tiene definido de antaño la Corte, que las aludidas pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causaban o se configuraban desde el momento en que el trabajador era despedido sin justa causa o se retiraba voluntariamente del servicio, siendo la edad apenas un mero requisito de exigibilidad de la pensión.

“En las condiciones anotadas, resultaba evidente que la normatividad aplicable para resolver los conflictos jurídicos que se presentaran, eran las vigentes al momento de la causación del derecho y no las del cumplimiento de la edad del beneficiario”.

11 *“la pensión restringida de jubilación del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causa con el cumplimiento del tiempo de servicios y la desvinculación del trabajador por las causales allí previstas, esto es, el despido sin justa causa o el retiro voluntario, siendo la edad un presupuesto de simple exigibilidad.”*

rad. No. 38885¹², SL13192 del 23 de septiembre de 2015 rad. 62723¹³ y SL2427 del 17 de febrero de 2016 radicación No. 52339¹⁴, las cuales indican que la pensión aquí pretendida debe liquidarse conforme a la que habría correspondido en el evento en que la demandante hubiera reunido los exigencias para gozar de

¹² “En sede de casación, la Corte concluyó, que como la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento era la consagrada en la L. 33/1985, la cual dispone en su artículo 1º, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación remitida por la entidad demandada en cumplimiento de lo ordenado por la Sala, en la que se informa que el señor Cesáreo Gálvez Perdomo laboró mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido, dentro del período comprendido entre el 9 de enero de 1976 y el 15 de noviembre de 1991 y se detallan las distintas remuneraciones que devengó el demandante en el último año de servicios, se obtiene como salario promedio de ese lapso la suma de \$214.599,54 que no es posible tomar en su totalidad como lo hizo el Tribunal, por las razones que se pasan a explicar a continuación.

¹³ “Ahora, como el demandante no se desempeñó como trabajador particular al servicio de ÁLCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, ALCO, sino como trabajador oficial, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido de llenar sus exigencias sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que a la letra reza:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Y su liquidación se hará conforme a lo señalado en el mentado artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año que modificó el 3º de la ley anterior y que así dice:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”

En suma, el Fondo demandado deberá liquidar la pensión reconocida en las instancias, desde la fecha de su exigibilidad e indexada, en el 69% establecido por el juzgado, del valor que le hubiera correspondido por la pensión plena de jubilación conforme a las normas indicadas. Por lo reseñado se revocará la sentencia del juzgado en este especial aspecto y se ordenará lo que en su reemplazo corresponde.”

¹⁴ “Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015.”

la pensión plena, que para ese momento era la consagrada en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos primero y tercero¹⁵ de dicha disposición.

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos jurisprudenciales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, devengado por el demandante fue de **\$130.752** (pág. 20 archivo 5), el cual solo puede incluir los factores salariales reseñados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 percibidos por la actora, esto es, asignación básica (\$101.211), prima de antigüedad técnica, ascensional y de capacitación (\$27.327) y horas extras (\$2.214), advirtiendo los demás factores que podían tenerse en cuenta no fueron devengados por la accionante.

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2015 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470¹⁶ y 31222¹⁷, valor

¹⁵ Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Artículo 3°. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

¹⁶ *Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su*

al cual se le aplica el porcentaje proporcional hallado de 70.66% por los 6784 días laborados¹⁸, que corresponde a la proporción señalada en la norma así:

VH	IPC Final Dic/14	IPC Inicial Dic/90	VA	Monto	Valor Primera Mesada Actualizada
\$130.752	118,15	10,96	\$1.409.520,87	62.93%	\$887.011,48

criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

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

¹⁷ “Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

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

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

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

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

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

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

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

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

¹⁸ 04/02/1975 al 15/11/1991= 6042 días x 75/7200=62.93%

Toda vez que conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor superior como primera mesada pensional a la cuantía establecida por el Juez de instancia (\$886.861,53), se confirmará la decisión en este punto en atención el grado jurisdiccional de consulta se surte en favor de la pasiva y por cuanto en manera alguna puede desmejorarse la situación de ésta entidad.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, punto objeto de apelación de la demandante, estas deben corresponder a **14 mesadas**, pues a pesar de haberse causado la pensión en 1991, antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, lo cierto es que en virtud de la expedición de esa ley (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -4 de octubre del 2015- (cuando la demandante alcanzó los 60 años de edad), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que se adicionará en este aspecto la sentencia de la *a quo*.

Ahora, como quiera que la pensión restringida de jubilación fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compatibilidad de dicha pensión con la que eventualmente llegase a ser reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, si lo hubiere, en el eventual caso que en efecto se le reconozca a futuro la pensión de vejez a la demandante, confirmándose en este punto el fallo de primera instancia.

En cuanto a la excepción de prescripción esta no se estudiará como quiera que se tuvo por NO contestada la demanda por parte de la UGPP (ver auto archivo 17 expediente virtual)

En este orden de ideas, procede la Sala a **verificar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales a la actora, el cual se liquida con la mesada obtenida en primera instancia (\$886.861,53) pero con 14 mesadas al año, en las fechas establecidas por el *a quo*, esto es, del **4 de octubre del 2015 al 31 de julio del**

2020, obteniendo como suma adeudada **\$69.313.357¹⁹**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina. Se modifica en este aspecto el fallo de primer grado.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena al pago de indexación de las mesadas pensionales, a juicio de la Corporación, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se causaron a partir del 4 de octubre del 2015, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su causación y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, por lo que en este punto se confirmará la sentencia recurrida.

19

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
04/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 886.861,53	3,90	\$ 3.458.760
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 946.902,00	14,00	\$ 13.256.628
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.001.349,00	14,00	\$ 14.018.886
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.042.304,17	14,00	\$ 14.592.258
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.075.449,45	14,00	\$ 15.056.292
01/01/20	31/07/20	3,80%	\$ 1.116.316,53	8,00	\$ 8.930.532
Total retroactivo				\$ 69.313.357	

En relación con la revocatoria de la condena en costas impuesta a cargo de la pasiva, con fundamento en que la entidad obró de manera correcta al no vulnerar ni quebrantar ningún derecho a la accionante, baste anotar el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, según el cual las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo del artículo 365 del C.G.P., norma que contiene el principio general, "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, o la 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, tarifando para ello los valores y porcentajes que esa parte debe asumir, razón por la cual no es de recibo el argumento de la pasiva, en lo atinente a las costas, reiterando que las mismas surgen de las resultas del proceso, razón por la cual se confirmará la decisión en éste punto.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor²⁰, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que "*se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público*", mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras "*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*", adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En los términos anteriores, la Sala procede la adición y modificación de la sentencia de primer grado en los puntos anteriormente expuestos, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

²⁰Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

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

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

RESUELVE

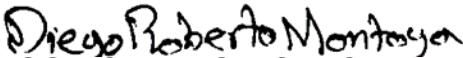
PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal **PRIMERO** de la sentencia proferida en instancia, en el sentido de indicar que la pensión restringida de jubilación de la señora **MELBA DE JOSÉ OCAMPO**, deberá reconocerse **junto con dos (2) mesadas adicionales por año**, por lo que el retroactivo causado del 4 de octubre del 2015 al 31 de julio del 2020, asciende a la suma de **\$69.313.357,** el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

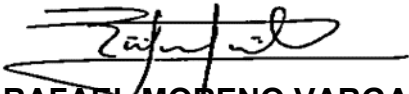
SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la UGPP a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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 ANGEL EMILIO
BECERRA ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 35 2019 00750 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada y demandante (fls. 247, 248 y 254), 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de febrero del 2021 (Audiencia virtual, record 1:17:29), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo a ANGEL EMILIO BECERRA ROJAS en forma mensual y vitalicia a partir del 22 de junio del 2014 de conformidad a lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SE CONDENA a Colpensiones a pagar 14 mesadas pensionales anuales al demandante ANGEL EMILIO BECERRA ROJAS.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a pagar a ANGEL EMILIO BECERRA ROJAS a partir del 01 de octubre del 2009 la mesada debidamente ajustada con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales a que haya lugar suma que para el mes de octubre ascendía a la suma de \$2.110.986 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones al pago de la mesada pensional de manera indexada.

QUINTO: SE DECLARA parcialmente probada la excepción de prescripción e indexación y no probadas las demás.

SEXTO: CONDENAR a la demandada por el pago de COSTAS, incluyendo las agencias en derecho en cuantía de \$500.000.”

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la parte demandada recurre la decisión señalando no haberse tenido en cuenta los requisitos del artículo sexto del Decreto Ley 2090 del 2003 que para el caso en concreto exigen 500 semanas al 26 de julio del 2003 con las cuales el demandante no contaba pues no se evidenciaron dentro de la historia laboral las cotizaciones especiales y en ese orden asegura no conserva el régimen de transición allí descrito, reiterando no se probó la exposición a sustancias durante el ejercicio de sus labores

Manifiesta que de considerarse que al demandante le asiste el derecho y se confirma la sentencia de primera instancia, se autorice a Colpensiones a realizar el cobro coactivo correspondiente frente al empleador para obtener el porcentaje adicional que omitió reportar y pagar por la actividad que realizó el actor en el desarrollo de sus actividades. (Audiencia virtual realizada el 16 de febrero del 2021, record: 19:26)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyen los anhelos del demandante en el presente proceso, las pretensiones relacionadas a folios 1 y 2, las cuales encuentran sustento

¹ “Gracias señor juez muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el día hoy a efecto que los honorables magistrados del tribunal superior de distrito judicial revoquen en su totalidad la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta lo siguiente:

Señalar que en efecto no se tiene en cuenta los requisitos para reconocer la pensión especial de vejez en la cual se fundamenta el presente proceso pues esto teniendo en cuenta que no se avizora, no se tiene en cuenta los requisitos del artículo sexto del decreto ley 2090 del 2003 pues debe tenerse en cuenta que para el caso en concreto y respecto a las normas ya establecidas estas indican las 500 semanas requeridas y al 26 de julio del 2003 el demandante no contaba o no se evidencio dentro de la historia laboral la cotización especial por lo cual no conserva el régimen de transición del descrito en decreto 2090 del 2003.

Como segundo aspecto no se probaron la exposición a estas sustancias toda vez que las actividades propias y el ejercicio de sus labores como se desarrolló en el interrogatorio de parte no coinciden con los requisitos establecidos en el mismo decreto 2090 esto en su artículo segundo, ahora bien de considerar los honorables magistrados que el demandante le asiste el derecho y se ratifica o se confirma la sentencia de primera instancia, ruego se adicione a la sentencia el que se autorice a Colpensiones a realizar el cobro coactivo correspondiente frente al empleador para que este sea quien, por el medio del cual se pueda obtener el porcentaje adicional que omitió reportar y pagar por la actividad de bien que se confirme realizo el demandante en el desarrollo de sus actividades y como se evidencia en su historia laboral, por demás argumentos me tomare el tiempo prudente que estipula el tribunal a efectos de ampliar mis alegatos de mi recurso de apelación, muchas gracias.”

fáctico en los hechos relacionados en el respectivo acápite a folios 2 y 3, solicitando principalmente se declare es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende le es aplicable el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, en consecuencia solicita se condene al pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo (exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas) a partir del cumplimiento de los 43 años de edad, esto es, el 2 de agosto de 1994, junto con las mesadas de junio y diciembre, los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas *ultra y extra petita* y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues si bien se indicó que el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo a partir del 1° de octubre del 2009 (día siguiente última cotización) en suma de \$2.110.986, dispuso el pago de las mesadas pensionales a partir del 22 de junio del 2014 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, ordenado el reconocimiento de 14 mesadas al año de manera indexada, absolviendo de los intereses moratorios. Todo lo anterior tras considerar haberse probado la exposición del actor a sustancias altamente cancerígenas en las actividades desarrolladas por el actor en Cristalería Peldar.

En ese orden, y dado que el presente asunto además del recurso de apelación, 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.

De este modo se tiene entonces, revisado el expediente encuentra la Sala que a folio 66, reposa Historia ocupacional del demandante expedida el día 4 de junio del 2019, según la cual, prestó sus servicios en la Planta de Cogua - Cundinamarca de la Cristalería Peldar S.A., ejerciendo las funciones propias del cargo de **Labores Varias**² del 19 de abril de 1977 al 9 de julio de 1984 y **Selector**

² Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados.

Con qué lo realizó: Con las manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas, etc.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de Decoración Envases.

Materiales y Máquinas en ese lugar: Bandas transportadoras de envases, envases de vidrio, cajas de cartón, estibas de madera, máquinas Strutz de decoración, pinturas para decoración, etc.

Varios³ del 10 de julio de 1984 al 24 de septiembre del 2009, hechos que no fueron objeto de debate en el trámite procesal, ni lo son ahora.

En este orden de ideas, se procede al análisis en lo que tiene que ver con la exposición del actor a sustancias cancerígenas; advirtiéndose durante el periodo laborado por el actor se realizó un Estudio ambiental de polvo en la Empresa Peldar S.A. que data de febrero de 1988, visible a folios 72 a 74 en el cual se incluye dentro del acápite de conclusiones y recomendaciones la siguiente: “*la empresa debe controlar este riesgo disminuyendo las concentraciones ambientales de polvo y partículas por debajo de los límites permisibles recomendados*”

También se evidencia que el Grupo Guillermo Fergusson elaboró, entre septiembre de 1991 y abril de 1992, un documento denominado “*MATERIA PRIMA UTILIZADA EN PELDAR Y SU RELACIÓN CON LA SALUD OBRERA EN GENERAL Y EL CÁNCER EN PARTICULAR*”, visible a folios 160 a 172 del cual se destaca la siguiente conclusión: “*4. Sobresalen los riesgos ocasionados por el empleo de materias primas altamente peligrosas, en un ambiente laboral que no ha sido diseñado para limitar la exposición de los trabajadores a dichas sustancias en los diferentes momentos de su procesamiento*” (fl. 95).

De la misma forma, reposa copia del documento “*ESTUDIOS DE: POLVO, RUIDO Y TEMPERATURAS*” elaborado por el Instituto de Higiene, Ambiente y Salud LTDA., para Cristalería Peldar S.A. - Planta Cogua, que data de septiembre de 1992, visible de folios 108 a 122, del que se destaca la siguiente observación “*E. Salvo contadas excepciones los trabajadores no usan la protección respiratoria*” y la conclusión “*A. Todo el personal que labora en... materias primas y planta de arena están expuestos a concentraciones de polvos silíceos*”.

³ “Responsable por la correcta selección y empaque de producción, de tal manera que garantice que la producción empacada reúna las características de calidad, tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo cual implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar, desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar las cajas, tiquetearlas, colocarlas en conveyor o arrumarlas.

Con qué lo realizo: Visual y manualmente, para luego empacar la producción.

Sitio donde se realizaba la labor: En el área de selectores.

Materiales y maquinas en este lugar: Envases de vidrio, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera.”

Durante el periodo servido por el trabajador también fue elaborado otro Estudio de Polvos Cristalería Peldar S.A. que data de 1994 por parte del mismo Instituto y que reposa a folios 76 a 87, del cual resalta la Sala las siguientes observaciones: “5.15. En la tolva de materias primas envases peldar se efectuó la determinación de polvos totales y fracción respirable ... El grado de riesgo calculado es alto. En esta área se descarga casco en el Multisilo y materias primas de envase en la Tolva. Esta es un área de circulación obligatoria para el personal. En esta misma área se encuentran ubicados los baños y los vestieres de los trabajadores. La tolva se encuentra localizada contra un muro y toda el área está cubierta con teja eternit. El polvo que se levanta en el momento del descargue de las volquetas con las materias primas se esparce contaminando todo el ámbito”, la “5.16...La contaminación por polvos es general en todo el ambiente...”, la “6.5 **Las operaciones de aseo de bandas, áreas comunes y el pesaje de sustancias primas mayores y menores utilizadas en el proceso de fabricación del vidrio exponen a los ayudantes y a los aperadores a un alto riesgo de contraer enfermedades de tipo profesional**”, la “6.6 El sistema de barrido con escoba y colección de polvos con pala es antifuncional y debe cambiarse por otro seguro” y la “6.8 Los sitios donde se descargan materias primas tanto de envases como de vidrio plano son lugares de alta concentración de polvos, que exponen a la contaminación a los funcionarios que colaboran con el descargue y a los trabajadores que obligadamente deben transitar por dichas áreas”.

Reposa a folios 123 a 141 copia del “INFORME DE EVALUACIONES AMBIENTALES DE MATERIAL PARTICULADO” realizado por Suratep en diciembre de 1996, en la Planta de Cogua, del cual se destaca que el “5.1.3 OPERARIO LABORES VARIAS: Este es uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador menos utiliza equipos de protección” (fl. 133), igualmente se concluyó “En el área de materia primas, durante el funcionamiento normal de las diferentes secciones, se superan los límites permisibles recomendados en nuestro país, lo que representa un riesgo aparente para la salud del personal expuesto” (fl. 137).

Igualmente, a folios 145 a 157 se aportó otro informe realizado por Suratep fechado marzo del 2001, donde se indica en la parte de recomendaciones:

“Para el área de descargue de materias primas, según lo observado respecto a las condiciones locativas, y, considerando que las concentraciones halladas están afectando las áreas vecinas, se recomienda evaluar la posibilidad técnico factible de diseñar un sistema de extracción que cubra las zonas de descargue, principalmente, para de esta manera evitar que las particular se dispersen en el ambiente, Esta medida también puede ser contemplada para el área de preparados menores, donde también se genera polución por la manipulación de las materias primas”

En la misma dirección a folio 202 y 203 reposa copia de una comunicación dirigida por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO al Comité de Salud de la Seccional Cogua del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del Vidrio y Afines de Colombia, del 26 de febrero de 2008, en la cual se indica *“1. La sílice como materia prima fundamental del proceso de la fabricación del vidrio ha sido reconocida por la Agencia Internacional de Investigación del Cáncer... como probable cancerígeno en humanos y... como cancerígena en humanos... desde 1996”* y concluye: *“... las personas que desarrollan labores en la Empresa Peldar, como operarios directos en la producción del vidrio, están desempeñándose dentro de ambientes en los cuales hay definitivamente las condiciones para ser denominadas como de alto riesgo”*.

En ese orden de ideas, es dable concluir, en las instalaciones de la planta de Cogua, donde el actor prestó sus servicios a la Compañía, lugar que, de acuerdo con lo anteriormente referido sufren una alta y generalizada contaminación ambiental por diseminación de partículas.

Adicionalmente, a folios 173 y 174, se incorporó copia de Dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral de un ex trabajador de la Cristalería Peldar S.A., quien se desempeñaba en el cargo de oficios varios, labor que ejecutó el actor al inició de su vínculo laboral con Cristalería Peldar, siendo diagnosticado con mesotelioma maligno de origen epitelial, en el cual *“se concluye de acuerdo con la información remitida, que el factor de riesgo causal del mesotelioma maligno, es por el asbesto que estuvo presente y está presente en el ambiente laboral de la Fábrica de Vidrios Peldar, sustancia para la cual no existen medidas de control ambiental... Esta sala concluye que la enfermedad padecida por el fallecido... es de carácter profesional”* (fl. 175). A similares conclusiones se arriba en el dictamen de otro trabajador de la industria de los vidrios, visible a folios 183 al 191, en el cual el diagnóstico es de tumor maligno del lóbulo superior, bronquio o pulmón y se indica que tanto la sílice como el asbesto son factores causales de cáncer de pulmón (fl. 191 Numeral 3).

Los testigos traídos a juicio por la parte actora, señores Julio Cesar Gómez Ballesteros⁴ y Hugo Forero Triviño⁵, coincidieron en afirmar que el demandante tenía como funciones las de oficios varios y selector, haciendo referencia al contacto directo al que estuvo expuesto en sus labores, en especial con el asbesto pues en el área de selección se utilizaba dicha componente que permitía que el envase no se dañara, en tanto el asbesto mantenía la temperatura y así se evitaba que el envase tuviera fisuras, precisaron igualmente que el aseo de las maquinas se realizaba con aire comprimido porque el vidrio se adhiere, originando nubes de asbesto; de igual forma señalaron, que el único medio de protección otorgado correspondió a unas mascararas coincidiendo en afirmar que la exposición es generalizada, aduciendo que tal riesgo se conocía por diferentes estudios realizados en la Compañía.

En ese orden, para esta Sala de decisión la versión de los deponentes goza de total credibilidad dado que sus dichos derivan de la percepción directa de los hechos objeto de debate, en razón de haber sido compañeros de trabajo del demandante, aunado a que ratifican lo hallado en la prueba documental antes referida.

De acuerdo con los anteriores elementos de juicio, concluye la Sala que a lo largo de su vinculación laboral con Peldar S.A. el demandante estuvo sometido a un ambiente contaminado por las sustancias utilizadas como materias primas para la producción del vidrio, pues de acuerdo con los estudios referidos en precedencia, el ambiente presentaba contaminación por asbesto y sílice, sustancias con comprobada incidencia en diagnósticos de cáncer, a las cuales estuvo expuesto el actor durante todo el tiempo servido a la empresa, dado el contacto directo con las materias primas, sin dejar de lado que la exposición fue generalizada durante su permanencia en la planta de producción de Cogua, la cual estaba contaminada por la referida diseminación de partículas; de acuerdo a los estudios que han sido señalados a lo largo de esta providencia y que dan cuenta de una situación de contaminación ambiental permanente y prolongada en el tiempo.

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

⁴ Audiencia virtual, record: 24:00

⁵ Audiencia virtual, record: 35:42

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 siempre se desempeñó en actividades de alto riesgo cuando prestó sus servicios a Cristalería Peldar S.A., debe contabilizarse todo el periodo allí laborado⁶ 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 2012⁷.

En conclusión, se itera, todo el tiempo laborado por el actor al servicio de CRISTALERIA PELDAR S.A., desde el 19 de abril de 1977 al 24 de septiembre del 2009 pues así lo certifica dicha entidad a folio 66 debe entenderse cotizado en actividad de alto riesgo, estableciéndose como total **1668 semanas** efectivamente cotizadas bajo tal empleador.

Ahora bien, la norma aplicable en principio sería el Decreto 2090 de 2003, la cual establece un régimen de transición previsto en su artículo 6º⁸:

*Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren **cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial**, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida **en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo**.*

⁶ 17 de abril de 1977 a 24 de septiembre del 2009 (fl. 66).

⁷ “...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 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...”.

⁸ Éste régimen de transición, frente a la exigencia de cotizaciones con puntos adicionales, sería imposible de cumplir, pues entre el 9 de junio de 1994, fecha de expedición del Decreto 1281 y la vigencia de la nueva normatividad, Decreto 2090 de 2003, publicado el 26 de julio de 2003, no alcanza a transcurrir el tiempo necesario para reunir las 500 semanas, tan solo 469. Ver sobre el tema sentencia 37279 de 2009 Sala Laboral – Corte Suprema de Justicia.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003. > (Lo subrayado no es del texto original).

En ese orden, el demandante cumple con las previsiones de tal normatividad, pues pese a que entre la expedición del Decreto 1281 de 1994⁹ y el Decreto 2090 de 2003¹⁰, ni siquiera resulta posible cotizar efectivamente 500 semanas, lo cierto es que debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo laborado, incluso el servido con anterioridad a la expedición de tales normas, así lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia en caso similar al de autos¹¹, cumpliendo el actor igualmente las exigencias contenidas en el párrafo antes visto, al reunir 16 años, 11 meses y 7 días de servicios cotizados en alto riesgo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹² y contar con 42 años de edad (nació el 2 de agosto de 1951 fl. 49), luego le resultarían aplicables las disposiciones del régimen anterior, esto es el Decreto 1281 de 1994, cuyo artículo 3° establece como condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, haber cumplido 55 años de edad, cotizando un mínimo de mil (1000) semanas, agregando, 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.

⁹ 22 de junio de 1994.

¹⁰ 26 de julio de 2003.

¹¹ Sentencia 37279 de 2009. “Visto lo anterior, se tiene que por razón a que la obligación de efectuar cotizaciones adicionales para la pensión especial de vejez surgió con la Ley 100 de 1993, al disponer en su artículo 140 que reguló lo referente a las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, que “El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad”, y más concretamente para los Bomberos con la expedición del Decreto 1835 del 3 de agosto de 1994 publicado en el Diario Oficial No. 41.473 del 4 de agosto de igual año, no es posible exigir con antelación a esa normatividad aportes adicionales que no existían, máxime que en lapso habido entre la fecha de vigencia de ese Decreto y la de promulgación del Decreto 2090 del 26 de julio de 2003 publicado en el Diario Oficial 45.262 del 28 de julio del mismo año, que consagró la transición, ni siquiera hay en ese interregno las 500 semanas que alude el artículo 6° de ese último precepto legal, y por ende el Tribunal se equivoca al tomar como referente “entre el 3 de agosto de 1994 y el 26 de julio de 2003”.

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**, además de que es un hecho indiscutido en sede de casación, que dicho afiliado prestó servicios como bombero con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios, en forma permanente desde el 11 de julio de 1984. (Lo resaltado es de la Sala)”.

¹² Periodo del 19 de abril de 1977 al 31 de marzo del 1994.

Empero, advierte la Sala, el artículo octavo del texto bajo estudio (Decreto 1281 de 1994) igualmente contempla un régimen de transición en los siguientes términos:

“La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tengan treinta y cinco (35) años o más de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase 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 éste fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Régimen que también cumple el demandante, por cuanto como se anotó en precedencia para el año 1994 contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, conforme a los tiempos de servicio tenidos en cuenta por Colpensiones en la historia laboral aportada por esta encartada a folio 255 y 256.

Así las cosas, encuentra la Sala, lo dispuesto finalmente por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990¹³, norma por demás reclamada por el demandante desde los umbrales del juicio, régimen que exigía como requisitos para la prestación reclamada, cotizar 750 semanas en forma continua o discontinua en la actividad de alto riesgo, estableciendo la disminución de 1 año de edad por cada 50 semanas adicionales a las primeras 750.

¹³ **ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES.** *La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:*

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;*
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;*
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,*
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.*

PARÁGRAFO 1. *Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.*

PARÁGRAFO 2. *La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional.*

Conforme a lo visto, fácil resulta concluir, resulta más benéfico para el actor, aplicar la última normatividad en comento por transición, en la medida que no limita la edad a la cual puede acceder al derecho pensional e igualmente se disminuye la edad con menos semanas de cotización, sobre un tope igualmente inferior.

En esa dirección, teniendo en cuenta las **1668 semanas** cotizadas por el actor en actividad de alto riesgo¹⁴, podría concluirse, adquirió el derecho a la pensión especial de vejez al momento de arribar a los 42 años de edad (60 años – 18 de disminución)¹⁵, esto es, el 2 de agosto de 1994, no obstante, debe igualmente tenerse en cuenta el contenido del artículo 13 del mismo Acuerdo 049 de 1990¹⁶, norma que exige la desafiliación del sistema para el disfrute de la prestación, precisándose obra novedad de retiro por parte de Cristalería Peldar solo hasta el mes de septiembre del 2009 (fl. 259) por lo que será desde la fecha en que ésta desafilio del sistema al demandante, la data desde la cual se concederá la prestación pensional, que no es otra que el **1° de octubre del 2009**, pues para el mes de septiembre se reportó la correspondiente novedad de retiro (fl. 259).

Ahora, frente a la tasa de reemplazo que se debe otorgar a la situación pensional del actor, ésta deberá ser igual al 90%, en atención a la totalidad de las semanas cotizadas en alto riesgo por el accionante -1668- conforme al artículo 20 Acuerdo 049 de 1990, la cual se aplicará 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 años¹⁷ para adquirir su derecho pensional y tener cotizadas más de 1250 semanas cotizadas.

¹⁴ Todo el tiempo servido a CRISTALERIA PELDAR S.A.

¹⁵ Estableciéndose que a partir de las 750 semanas el actor cotizó 918 semanas adicionales, lo que le permiten disminuir la edad de su pensión en 18 años ($918 / 50 = 18.36$), a partir del cumplimiento de los 60 años (2 de agosto de 2011 fl. 49 nació el 2 de agosto de 1951) que establece el Acuerdo 049 de 1990 art. 12.

¹⁶ **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.*

¹⁷ Para 2 de agosto del 2011 fecha en que cumplió los 60 años de edad le faltaban 17 años, 4 meses y 1 día y para el 1° de octubre del 2009 fecha en que cumplió 58 años de edad y desde la cual se concede la pensión por la desafiliación del sistema, le faltaban 15 años y 6 meses.

En este orden de ideas, debe en este punto la Sala de decisión advertir al señor ANGEL EMILIO BECERRA ROJAS Colpensiones le reconoció una pensión de vejez mediante Resolución No. 129422 del 13 de diciembre del 2011, aplicando el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1° de septiembre del 2011 en cuantía inicial de \$2.876.700 (ver fl. 55 y 56), prestación que posteriormente fue reliquidada por acto administrativo GNR 105281 del 22 de junio del 2017 a partir del 28 de marzo del 2014 en suma de \$3.144.675 (ver contenido resolución SUB 279488 del 10 de octubre del 2019 fl. 58).

Así las cosas, atendiendo a que el actor igualmente es beneficiario de la pensión de alto riesgo y dentro de este litigio se definió el derecho a partir del 1° de octubre del 2009 (a partir de la desafiliación), procede esta Corporación a realizar las operaciones matemáticas correspondiente con apoyo del el grupo liquidador creado para tal fin, las cuales se incorporan al presente proveído, sobre el cálculo que le resultare más favorable al demandante (toda la vida o 10 últimos años), que para el caso se tomará el de los 10 últimos años el cual arroja una mesada pensional para el año 2009 de **\$2.725.984,42¹⁸**, toda vez que el cálculo con toda la vida arrojaba una mesada de \$1.992.604,06¹⁹.

18

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1999	124	36,420	69,80	1,917	\$ 1.478.685,48	\$ 2.833.944,17	\$ 11.713.635,91
2000	327	39,790	69,80	1,754	\$ 1.863.363,91	\$ 3.268.730,87	\$ 35.629.166,46
2001	360	43,270	69,80	1,613	\$ 1.674.500,00	\$ 2.701.180,96	\$ 32.414.171,48
2002	360	46,580	69,80	1,498	\$ 2.057.666,67	\$ 3.083.407,76	\$ 37.000.893,09
2003	360	49,830	69,80	1,401	\$ 2.043.083,33	\$ 2.861.874,71	\$ 34.342.496,49
2004	360	53,070	69,80	1,315	\$ 2.290.666,67	\$ 3.012.785,63	\$ 36.153.427,55
2005	360	55,990	69,80	1,247	\$ 2.378.666,67	\$ 2.965.367,63	\$ 35.584.411,50
2006	360	58,700	69,80	1,189	\$ 2.518.583,33	\$ 2.994.840,15	\$ 35.938.081,77
2007	360	61,330	69,80	1,138	\$ 2.686.250,00	\$ 3.057.235,45	\$ 36.686.825,37
2008	360	64,820	69,80	1,077	\$ 2.800.166,67	\$ 3.015.298,26	\$ 36.183.579,14
2009	269	69,800	69,80	1,000	\$ 3.548.464,68	\$ 3.548.464,68	\$ 31.817.900,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2009	\$ 363.464.589
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.028.871,57
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 2.725.984,42

Señalándose en este punto, no ser viable la consideración del Juez *a quo* en cuanto a que el IBL a tomar debía ser el de los dos últimos años, por cuanto como se vio al accionante le faltaban más de 10 años para adquirir la edad de pensión (60 años Ac. 049 de 1990) tanto para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1994 como para la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994 (22/06/1994) del cual resulto ser beneficiario para la pensión de alto riesgo y en virtud del cual se generó la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien y en aras de determinar el retroactivo adeudado por diferencias de mesadas pensionales, debe analizarse en este punto el medio exceptivo de la prescripción oportunamente propuesto por la demandada COLPENSIONES (fl.

19

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1977	257	0,370	69,80	188,649	\$ 3.498,33	\$ 659.954,63	\$ 5.653.611,35
1978	365	0,470	69,80	148,511	\$ 5.815,48	\$ 863.660,57	\$ 10.507.870,21
1979	365	0,560	69,80	124,643	\$ 9.464,71	\$ 1.179.708,79	\$ 14.353.123,57
1980	366	0,720	69,80	96,944	\$ 12.600,98	\$ 1.221.595,36	\$ 14.903.463,33
1981	365	0,910	69,80	76,703	\$ 12.545,67	\$ 962.294,34	\$ 11.707.914,51
1982	365	1,140	69,80	61,228	\$ 20.114,88	\$ 1.231.595,08	\$ 14.984.406,84
1983	365	1,420	69,80	49,155	\$ 25.530,00	\$ 1.254.925,35	\$ 15.268.258,45
1984	349	1,660	69,80	42,048	\$ 40.673,18	\$ 1.710.233,73	\$ 19.895.719,12
1985	365	1,960	69,80	35,612	\$ 51.029,84	\$ 1.817.287,00	\$ 22.110.325,20
1986	365	2,400	69,80	29,083	\$ 53.416,68	\$ 1.553.535,25	\$ 18.901.345,58
1987	365	2,900	69,80	24,069	\$ 71.769,12	\$ 1.727.408,55	\$ 21.016.804,07
1988	366	3,600	69,80	19,389	\$ 90.858,85	\$ 1.761.652,19	\$ 21.492.156,78
1989	365	4,610	69,80	15,141	\$ 104.544,33	\$ 1.582.905,46	\$ 19.258.683,04
1990	365	5,810	69,80	12,014	\$ 200.786,47	\$ 2.412.202,29	\$ 29.348.461,20
1991	365	7,690	69,80	9,077	\$ 198.736,68	\$ 1.803.877,84	\$ 21.947.180,42
1992	366	9,740	69,80	7,166	\$ 392.332,95	\$ 2.811.585,21	\$ 34.301.339,59
1993	365	12,190	69,80	5,726	\$ 413.814,66	\$ 2.369.504,77	\$ 28.828.974,65
1994	365	14,930	69,80	4,675	\$ 505.245,52	\$ 2.362.098,95	\$ 28.738.870,57
1995	360	18,290	69,80	3,816	\$ 601.583,33	\$ 2.295.818,30	\$ 27.549.819,57
1996	360	21,840	69,80	3,196	\$ 859.833,33	\$ 2.748.002,14	\$ 32.976.025,64
1997	360	26,550	69,80	2,629	\$ 1.176.000,00	\$ 3.091.706,21	\$ 37.100.474,58
1998	360	31,230	69,80	2,235	\$ 1.289.750,00	\$ 2.882.630,48	\$ 34.591.565,80
1999	353	36,420	69,80	1,917	\$ 1.224.008,50	\$ 2.345.848,25	\$ 27.602.814,39
2000	327	39,790	69,80	1,754	\$ 1.863.363,91	\$ 3.268.730,87	\$ 35.629.166,46
2001	360	43,270	69,80	1,613	\$ 1.674.500,00	\$ 2.701.180,96	\$ 32.414.171,48
2002	360	46,580	69,80	1,498	\$ 2.057.666,67	\$ 3.083.407,76	\$ 37.000.893,09
2003	360	49,830	69,80	1,401	\$ 2.043.083,33	\$ 2.861.874,71	\$ 34.342.496,49
2004	360	53,070	69,80	1,315	\$ 2.290.666,67	\$ 3.012.785,63	\$ 36.153.427,55
2005	360	55,990	69,80	1,247	\$ 2.378.666,67	\$ 2.965.367,63	\$ 35.584.411,50
2006	360	58,700	69,80	1,189	\$ 2.518.583,33	\$ 2.994.840,15	\$ 35.938.081,77
2007	360	61,330	69,80	1,138	\$ 2.686.250,00	\$ 3.057.235,45	\$ 36.686.825,37
2008	360	64,820	69,80	1,077	\$ 2.800.166,67	\$ 3.015.298,26	\$ 36.183.579,14
2009	269	69,800	69,80	1,000	\$ 3.548.464,68	\$ 3.548.464,68	\$ 31.817.900,00
Total días	11718	Total devengado actualizado a:				2009	\$ 864.790.161
Total semanas	1674,00	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.214.004,51
Total Años	32,30	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1.992.604,06

235)²⁰, recordando la pensión de vejez por alto riesgo se hizo exigible el 1° de octubre del 2009 día siguiente al retiro del sistema, reclamando el demandante su derecho el 29 de mayo del 2019 (fl. 261), el cual fue negado mediante Resolución SUB 193897 del 23 de julio del 2019 (fls. 261 a 266), desatándose los recursos de reposición y apelación interpuestos por el actor a dicha decisión, mediante actos administrativos SUB 279488 del 10 de octubre del 2019 -reposición- (fls. 58 a 65) y DEP 13832 del 2 de diciembre del 2019 -apelación- (fls. 267 a 273), interponiendo la demanda el 5 de noviembre del 2019 (fl. 228), por lo que es evidente que entre la fecha de exigibilidad del derecho (01/10/2009) a la reclamación administrativa (29/05/2019), transcurrieron más de 3 años establecidos en la ley, por lo que es dable predicar que el término de prescripción operó dentro del presente asunto de manera parcial, sobre las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al **29 de mayo del 2016** (3 años anteriores al reclamo que fue el 29/05/2019), fecha que dista de la señalada por el a quo que fue el 22 de junio del 2014, por ende se tomará la aquí encontrada en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Dilucidado lo anterior, lo que sigue ahora es el cálculo del retroactivo adeudado por diferencias de mesadas pensionales, esto es, entre la aquí obtenida y la reconocida por Colpensiones, incrementando la mesada encontrada en esta instancia para el 2009 (\$2.725.984,42) hasta la fecha en que se reconocerán las mesadas pensionales, esto es, al 29 de mayo del 2016.

No obstante, lo anterior efectuadas tales operaciones encuentra esta Sala de decisión que **NO se generan diferencias a favor del accionante**, por cuanto la mesada otorgada al actor por COLPENSIONES al año 2016 es de **\$3.448.845** (ver certificado de esta entidad a folio 275) mientras que la aquí obtenida para ese mismo año 2016 -resultado del IBL de los 10 últimos años- es de \$3.439.188, es decir inferior a la cual se encuentra devengado el promotor del litigio.

²⁰ Por auto del 20 de enero del 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (Archivo 7 expediente virtual)

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 2.725.984,00		
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 2.780.504,00		
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.868.646,00		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.975.646,00		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 3.048.252,00		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 3.107.388,00	\$ 3.116.113	\$ 0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 3.221.118,00	\$ 3.230.163	\$ 0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 3.439.188,00	\$ 3.448.845	\$ 0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 3.636.941,00	\$ 3.647.153	\$ 0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 3.785.692,00	\$ 3.796.322	\$ 0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.906.077,00	\$ 3.917.045	\$ 0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 4.054.508,00	\$ 4.065.893	\$ 0
01/01/21	31/12/21	1,60%	\$ 4.119.380,00	\$ 4.130.947	\$ 0

Ahora y solo en gracia de la discusión tomando como base la mesada que dispuso el Juez de primer grado para el 1° de octubre del 2009 de \$2.110.986 (no discutida por el actor), tampoco se obtiene diferencia a favor del demandante pues continúa siendo superior la reconocida por Colpensiones.

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada Primer instancia	Mesada otorgada	Diferencia
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 2.110.986,00		
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 2.153.206,00		
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.221.463,00		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.304.324,00		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.360.550,00		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.406.345,00	\$ 3.116.113	\$ 0,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.494.417,00	\$ 3.230.163	\$ 0,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.663.289,00	\$ 3.448.845	\$ 0,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.816.428,00	\$ 3.647.153	\$ 0,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.931.620,00	\$ 3.796.322	\$ 0,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.024.846,00	\$ 3.917.045	\$ 0,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.139.790,00	\$ 4.065.893	\$ 0,00
01/01/21	31/03/21	1,60%	\$ 3.190.027,00	\$ 4.130.947	\$ 0,00

Por ende, pese a que el señor BECERRA ROJAS resultó ser beneficiario de la pensión de vejez por alto riesgo, lo cierto es que la prestación pensional reconocida por COLPENSIONES resulta superior a ésta, razones por las cuales no se puede proferir condena en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, en tanto no se pueden desmejorar las condiciones pensionales en las que se encuentra el accionante y en este orden de ideas sin mayores consideraciones deberán denegarse las peticiones de la alzada, procediéndose a

revocar el fallo de primer grado para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, por las razones aquí expuestas.

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

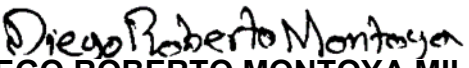
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **ANGEL EMILIO BECERRA ROJAS**.

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**

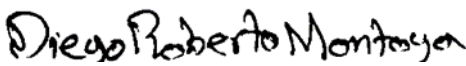
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA LILIA NELLY ARIAS FRANCO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 37 2019 00148 01)

Bogotá D.C., Treinta (30) de abril de 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 MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por

el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de enero del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 230, récord 20:39, acta de audiencia folio 231), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del acto jurídico realizado por la demandante señora MARIA LILIA NELLY ARIAS FRANCO del traslado que realizo al régimen de ahorro individual con solidaridad a la administradora de fondos de pensiones Porvenir que tuvo lugar el 26 de abril del 2001, en consecuencia, **DECLARO** valida su afiliación al Régimen de Prima Media Administrado por Colpensiones de conformidad con los presupuestos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A a transferir con destino a Colpensiones todos los valores que se encuentre contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante bonos pensionales si se causaron, rendimientos financieros, igualmente los gastos cobrados por administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a admitir el traslado de la demandante junto con los valores que sean enviados por Porvenir S.A en los términos expuestos en el numeral segundo de la presente decisión.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante la señora MARIA LILIA NELLY ARIAS FRANCO la pensión de vejez en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 con la modificación del artículo 9 de la ley 797 del 2003 a partir del 01 de enero del año 2020 con una mesad pensional inicial de \$1.539.600 sobre trece mesadas anuales, en consecuencia librar a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante el retroactivo pensional en la suma de \$20.015.970 pesos calculado entre el 01 de enero al 31 de diciembre del 2020 sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad las cuales deben ser reajustadas en los términos del artículo 14 de la ley 100 de 1993.

QUINTO: AUTORIZAR a Colpensiones para que del valor del retroactivo pensional realice los respectivos descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

SEXTO: El retroactivo pensional se pague de forma indexada calculado desde la causación de cada mesada pensional hasta el pago efectivo de la obligación.

SEPTIMO: CONDENAR en **COSTAS** a Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho la suma equivalente en un salario mínimo mensual legal vigente que será liquidado con posterioridad por secretaria en la oportunidad procesal respectiva.

OCTAVO: ORDENO que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, razón por la cual ordeno la remisión del presente proceso con destino a la Honorable Sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que siempre ha cumplido con su deber legal de brindarle

información completa y oportuna a sus afiliados, afirmando el dolo nunca fue probado en el estado del proceso.

Señala que el formulario de afiliación no es un simple formato sino por el contrario es la manifestación de la voluntad del afiliado que durante más de veinte años decidió afiliarse con su representada de forma libre y voluntaria, aunado a que si bien no niega que el deber de información ha existido desde la misma creación de las AFP no era un requisito dejar esa información consignada en algún documento, por tanto no es posible colocar tramites adicionales a los existentes para la época de la afiliación.

Por otro lado indica que la demandante se encuentra inmersa dentro en la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003, norma sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular, razón por la cual asegura su representada acreditó el cumplimiento de la debida diligencia y allegó todas las pruebas que tenía en su poder para demostrar que la demandante desde el año 2001 ha estado válidamente afiliada al RAIS, sin que hasta la fecha se haya conocido algún tipo de inconformidad de su parte.

En cuanto a las condenas por gastos de administración, indica que no se declaró probada la excepción de prescripción, pero esto no es un emolumento que financie dicha prestación por tanto si está sujeto a ese término trienal de la prescripción y generar esta devolución sería generar un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones que en ningún momento administró los dineros que sí generó y administró Porvenir, cubriendo un alto número de rendimientos que no pueden ser desconocidos. (Cd fl. 230, record: 24:55)¹

¹ “Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal pertinente presento recurso de alzada contra la sentencia proferida para que el Honorable Tribunal Sala Laboral revoque en su totalidad la sentencia impartida por los siguientes motivos: En primer lugar se declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 en base a una falsa información al momento de la afiliación de la demandante con mi representada, debo reiterar que Porvenir siempre ha cumplido con su deber legal de brindarle información completa y oportuna a sus afiliados, sin embargo se declaró esta ineficacia que nos habla de impedir o atentar y se supone un dolo que no fue probado nunca en el estado del proceso, además de ello el juzgador de primera instancia indica que el formulario de afiliación pues no tiene la suficiente información para determinar qué información se le entregó a la aquí demandante, en cuanto a ello es preciso aclarar que el formulario de afiliación no es un simple formato que sino por el contrario es la manifestación de la voluntad del afiliado que durante en este caso más de veinte años decidió afiliarse con mi representada de forma libre y voluntaria. Además de ello el fallador de primera instancia indica que efectivamente no existe otro tipo de documentación y que no hay prueba suficiente sobre ese deber de información, pero no manifiesta entonces cual sería este documento idóneo para generar esta prueba que nos indique que la aquí demandante fue asesorada debidamente, puesto que aunque no se niega que el deber de información ha existido desde la misma creación de las AFP no era un

COLPENSIONES por su parte solicitó revocar las condenas impuestas en primera instancia, toda vez que al tener a la demandante como afiliada en el RPM se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, aunado que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber del buen consejo y cuidado por parte de las administradoras lo cierto es que los afiliados también tienen obligaciones y en ese sentido aduce no puede dejarse de lado ese mismo universo jurídico el cual no contempla que se declare la ineficacia del traslado porque el monto final de la mesada del afiliado resulta inferior a sus expectativas.

En otra dirección peticiona se revoque el reconocimiento de la pensión de vejez por no existir reclamación administrativa en este sentido ante Colpensiones, en tanto las elevadas el 14 de mayo del 2009 y la del 09 de junio del 2017 solo buscan la ineficacia y la nulidad del acto libre de traslado entre regímenes pensionales sin hacer alusión al reconocimiento de una prestación, situación que implica la violación del artículo 6 del CPT negando así la posibilidad a Colpensiones de realizar el estudio previo de dicha pensión. (Cd. fl. 230, récord 28:56)²

requisito dejar es información consignada en algún documento, por tanto no es posible colocar tramites adicionales a los existentes para la época de la afiliación.

De otra parte la demandante se encuentra inmersa dentro en la prohibición legal que establece la ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular, previniendo la no descapitalización del RPM y también el principio de estabilidad financiera en el RAIS por tanto no es dable que la demandante se escude una falta de información simplemente porque su plan de pensión no resulto acorde a sus aspiraciones. Debo manifestar que mi representada acredito el cumplimiento de la debida diligencia y allego todas las pruebas que tenía en su poder para demostrar que la demandante desde el año 2001 ha estado válidamente afiliada al RAIS, sin que hasta la fecha se haya conocido algún tipo de inconformidad de su parte.

También es importante indicar en cuanto a las condenas por gastos de administración según lo dispuesto en el inciso dos del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3 % de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez. Se declaró no probada la excepción de prescripción pero esto no es un emolumento que financie dicha prestación por tanto si está sujeto a ese término trienal de la prescripción y generar esta devolución sería generar un enriquecimiento sin causa a favor de la Co demandada Colpensiones que en ningún momento administro los dineros que si género y administro mi representada, cubriendo un alto número de rendimientos que no pueden ser desconocidos, por los anteriores motivos solicito respetuosamente al Tribunal revocar la sentencia impartida y absolver a mi representada, su señoría muchas gracias.”

² “Gracias su señoría respetuosamente presento recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que revoque las condenas impuestas en esta instancia contra mi representada, toda vez que tener a la demandante como afiliada en el RPM se afecta el principio de sostenibilidad financiera del

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 LILIA NELLY ARIAS FRANCO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 5 a 7) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 2 a 5), aspirando se declare la nulidad de la afiliación realizada al fondo de pensiones administrado por la AFP PORVENIR a partir del 1° de mayo del 2001, en consecuencia se ordene el traslado del capital y rendimientos financieros acumulados desde el 1° de mayo del 2001 y hasta la sentencia que ponga fin a la controversia al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, así mismo se ordene a Colpensiones a recibir dicho capital en forma de semanas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como también que luego de su retorno le reconozca y pague la pensión de vejez en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 del 2003 una vez acredite el cumplimiento de los requisitos, derechos *ultra y extra petita*, y costas procesales. **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 COLPENSIONES, disponiendo a PORVENIR como actual administradora a la que**

sistema, aunado que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y si bien es cierto la CSJ ha impuesto el deber del buen consejo y cuidado por parte de las administradora lo cierto es que los afiliados también tienen obligaciones y en ese sentido no puede dejarse de lado ese mismo universo jurídico no contempla que se declare la ineficacia del traslado porque el monto final de la mesada del afiliado resulta inferior a sus expectativas toda vez que esta depende variables justas del RAIS, desde cuando se observa que no se generó una lesión injustificada a los intereses de la demandante quien aquí confeso que el único descontento con la AFP privada radica en el valor que va a recibir nada más. Además de eso las pruebas documentales dan cuenta no solo de la asesoría brindada por Porvenir sino también del contenido de la misma asesoría que permitió a la demandante brindarle un consentimiento informado al comprender como se construiría su pensión en sus palabras con lo que ahorrara mensualmente más los intereses y también le menciono que le dieron las diferencias entre Colpensiones y la otra empresa refiriéndose a Porvenir, luego entonces no se entiende porque se dio por probado sin estarlos que se faltó al deber de información en esa medida no era dable el reconocimiento de la pensión de vejez al no contarse anticipada.

De no acogerse lo antes esbozado solicito a los Honorables Magistrados estudien analizar la revocatoria del reconocimiento de la pensión de vejez por no existir reclamación administrativa en este sentido ante Colpensiones, si se revisan las contenidas en el plenario se tiene que la elevada el 14 de mayo del 2009 y la del 09 de junio del 2017 solo buscan la ineficacia y la nulidad del acto libre de traslado entre regímenes pensionales sin hacer alusión al reconocimiento de una prestación como aquí se reclama y ante la falta de la misma se entiende violado el artículo sexto de CPT negando así la oportunidad a mi representada de realizar el estudio previo de manifestación como lo ha establecido la ley, en esos términos sustento el recurso de apelación solicitando su señoría conceda el mismo, gracias.”

se encuentra vinculada la demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo todos los rendimientos financieros al igual que los costos cobrados por gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado, igualmente dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de enero del 2020 en cuantía de \$1.539.690 con 13 mesadas al año y un retroactivo calculado del 1° de enero al 31 de diciembre del 2020 de \$20.015.970, al encontrar cumplidos por la actora los requisitos de edad y semanas exigidos por la Ley 797 del 2003, precisando que pese a no obrar novedad de retiro se reconocía la prestación a partir del día siguiente a la última cotización efectuada.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 4 de diciembre de 1961 (folio 28), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la peticiones elevadas ante COLPENSIONES los días 14 de mayo del 2009 (fl. 40) y 9 de junio del 2017 (fl. 42), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida

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

para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de julio de 1995⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios al sector público por espacio de 10 años, 7 meses y 26 días (ver Certificado de Información Laboral folio 49), realizando sus cotizaciones al ISS a partir del 1° de julio de 1995, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, conforme lo afirma Porvenir en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la 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 **26 de abril del 2001** (folios 190 y 191) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR y en 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

⁴ Trabajaba en el Hospital Salazar de Villeta conforme certificado de folio 49, donde se indica que para dicha entidad entro en vigencia el SGP el 1° de julio de 1995.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor en su momento de HORIZONTE hoy PORVENIR le dijo que el ISS se acabaría, que obtendría una mejor pensión y que era más rentable el fondo privado.

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 (folio 191), 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 192 y 193, 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

⁷ Audiencia del 19 de enero del 2021, récord 32:19.

normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de abril del 2001, folio 191), 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.

Por otro lado, 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 (certificación folio 203), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos incluidos los gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES y PORVENIR, relacionadas con la sostenibilidad del sistema y la devolución de los gastos de administración, 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 de la demandante.

Además y en punto a la apelación de PORVENIR, 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de

producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 93, 185 y 186), 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 (Porvenir y Colpensiones), acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 30 de septiembre de 2020 (folio 204)

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

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio en atención al grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, advirtiendo en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁹, disposición que exige para el caso de los mujeres haber alcanzado 57

⁹ “**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.

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.

Precisando en punto a la apelación de COLPENSIONES la actora no presentó petición de reconocimiento pensional previo a acudir a la jurisdicción, ello no tendría repercusiones en la decisión ahora objeto de estudio, por cuanto la falta de reclamación derivaría en una falta de competencia, la cual estaría saneada por cuanto en la contestación de la demanda de la administradora del régimen de prima media (fls. 81 a 96) no se presentó la excepción correspondiente (art. 102 C.G.P) destacando igualmente, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, compartiendo lo expuesto reiteradamente de vieja data por la jurisprudencia, que en el evento de no haberse agotado la reclamación administrativa al momento de dictar sentencia, la falta de competencia resulta saneada. Al respecto puede consultarse la sentencia de Casación Laboral proferida el 13 de octubre de 1999, Rad. 12.221, en la que la H. Corte advirtió que si el proceso cursa sin que se hubiere puesto de manifiesto en la oportunidad procesal pertinente la falta de agotamiento de la reclamación administrativa, el proceso debe fallarse de fondo, con lo cual se salvaguardan los *“principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial”* y también la SL 13128-2014 (Rad. No. 45819) del 24 de septiembre de 2014¹⁰.

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.*

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”.

¹⁰ “(...) Como se observa, esta Corporación es del criterio de que el agotamiento de la reclamación administrativa es un factor de competencia del juez laboral, por lo que la ausencia de dicha reclamación conlleva a la falta de competencia del juez por un factor diferente del funcional, falta de competencia que es saneable si no se alega como excepción previa, según las voces del numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Dado que en este caso la entidad demandada no propuso la excepción previa correspondiente, la eventual falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa en relación con los intereses de mora, quedó saneada. Además de lo anterior, de vieja data esta Corporación ha adocinado que aquellas reclamaciones que son accesorias o dependientes y que

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a folio 28 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 4 de diciembre de 1961, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a folios 199 a 202 la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR en las que se incluyen 858 semanas cotizadas a Colpensiones y 954 a dicha AFP para un total de 1812 semanas a diciembre del 2019 (fl. 202), razón por la cual es claro que para la data en que la actora cumplió los 57 años de edad, esto es, el 4 de diciembre del 2018 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 artículo 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 mínimo 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 la actora, contrario a ello para la data de presentación de la demanda (20 de febrero del 2019, fol. 76) la demandante se encontraba activa y cotizando, pues de la historia laboral aportada por Porvenir el último ciclo registrado es de diciembre de 2019 (fol. 202) sin que exista novedad de retiro, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al 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 4 de diciembre del 2018 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 de la actora, por lo que la sentencia en este punto se modificará, precisando 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 lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al

constituyen simples consecuencias previstos en la ley por el retardo en el pago de determinado derecho, como en este caso los intereses moratorios causados sobre las mesadas pensionales adeudadas, no requieren del agotamiento de la reclamación administrativa, como acertadamente lo consideró el ad quem.”

reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto la demandante cuenta con más de 1250 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio, por ende se revoca lo atinente al pago del retroactivo de manera indexada.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado únicamente en lo q tiene q ver con el reconocimiento pensional, revocando la condena del pago del retroactivo indexado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

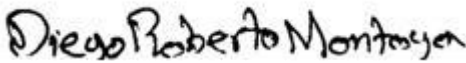
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, para en su lugar establecer que el reconocimiento pensional de la señora MARIA LILIA NELLY ARIAS FRANCO **únicamente se podrá hacer efectivo desde la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro**, precisando 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 lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio,

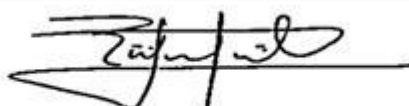
SEGUNDO: REVOCAR los numerales **QUINTO y SEXTO**, relacionados con el **retroactivo pensional**, por las anteriores razones.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada,
proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: 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 EDILIA RUIZ PEREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR S.A. (RAD. 38 2018 00371 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Protección, demandante, Porvenir y Colpensiones, 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 16 de febrero del 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:46:35), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por la señora MARÍA DELIA RUIZ PÉREZ. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las results del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando, que no se revisó de manera detallada el material obrante en el expediente, por ejemplo la certificación expedida por Colpensiones donde indica la existencia de una afiliación histórica al sistema general de pensiones con vinculación inicial del 25 de julio de 1997 y que la demandante fue afiliada con mayor número de cotizaciones al fondo privado, lo que quiere decir que fue enviado al RAIS por Decreto 3995 del 2008, indica igualmente la ausencia de manifestación por parte del despacho en relación a la normatividad que obliga a los fondos privados a entregar al momento de la afiliación el manual de funciones de la institución así como el manual de pensiones, lo cual está establecido y reglamentado por una norma, esto es, el Decreto 656 del 1994.

Precisa no ser válido el argumento dado por el a quo relacionado con la desfinanciación de Colpensiones.

Por otro lado manifiesta que la jurisprudencia es muy clara en señalar a quien le corresponde probar si se dio la información y es a los fondos privados, señalando la actora fue engañada porque no se le dio la información adecuada para el momento que correspondía no siendo su responsabilidad sino la del fondo privado que debió haberle dado la información, lo cual trae consigo la ineficacia de esa afiliación, pues reitera no se demostró que se hubiera dado una información adecuada la accionante para que ella tomara la decisión si le convenía trasladarse o no¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:47:25).

¹ “Gracias su señoría teniendo en cuenta la sentencia proferida en esta audiencia con el debido respeto me permito impugnarla de acuerdo con el artículo 36 del CPT sustentación que la hago a continuación:

Creo que los administradores de justicia no solamente conocer la ley sino aplicarla y si la desconocen y no la aplican es un desconocimiento total de la justicia que debe impartir. En el caso concreto no puedo estar conforme con la decisión de su señoría que niega la ineficacia de un traslado inicial de un sistema a otro por la siguientes razones: Usted señala que hay un conformismo tácito de la demandante de permanecer en el RAIS pero desconoce todo el acervo probatorio que debió obligarse a conocer así como la legislación y que me permito señala la Administradora Colpensiones señala que la afiliación histórica al sistema general de pensiones fue vinculación inicial al ING el 25 de julio de 1997 y fue afiliado con mayor número de cotizaciones al fondo privado, esto que quiere decir que fue enviado al RAIS por decreto 3995 del 2008 eso aparece en el expediente. Obra por su ausencia una certificación o una mención por parte del despacho o por parte de los demandados con relación a la normatividad que los obliga a entregar al momento de la afiliación el manual de funciones de la institución o del fondo privado y así como el manual de pensiones, esto está establecido y reglamentado por una norma, esta norma es el decreto 656 del 1994.

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

inciso quinto y con relación al decreto 692 de 1994 en su artículo 11 que debió ser analizado y haberse concluido que había ineficacia allí se mencionan unos beneficiarios y resulta que la declaración de la demandante dice que no tienen beneficiarios por lo tanto la consecuencia señalada en esta norma es que no tiene ningún valor esa afiliación debió haberse declarado ineficaz. Si observamos el texto de la demanda ahí aparecen una serie de hechos omisivos que de acuerdo con la carga de la prueba que no menciono el juez de primera instancia corresponden a los fondos privados demostrar que si dieron la información que brilla por su ausencia allí se señala que nunca le dieron ninguna información, tampoco le dieron el manual de funciones entonces ¿A que estamos jugando? Sino le dieron la información si el demandante dice que nunca le dieron la información pues ¿Cómo no va a existir la ineficacia?.

Ahora desconocer la jurisprudencia en este sentido señalando que no se aplica en este caso porque resulta que hubo un consentimiento tácito que porque va a afectar la estabilidad ¿Cuál estabilidad de Colpensiones? Si Colpensiones a pesar de estar en las condiciones que se encuentra actualmente nunca se benefició del estado de la ley 90 de 1946 señalaba que era tripartita donde está la plata del estado que debió haber aportado al sistema, nunca lo aportó hasta la ley que dijo que ya no se necesitaba aportar, esa plata se la deben a los trabajadores, esa plata nunca se la han dado al sistema de Colpensiones para pagar las pensiones, entonces no se venga a decir en esta audiencia por parte de Colpensiones y por parte del despacho que se va a desfinanciar y que va a tener que dar recursos del estado para subsidiar la pensión de la demandante eso nunca va a ocurrir ni nunca ha ocurrido por parte del estado, el estado le esta es pagando una deuda a los trabajadores del sector privado que nunca cotizaron, eso si se les olvida a Colpensiones y al despacho que nunca hubo por parte del estado un beneficio para las trabajadores para pagar su pensión, ósea que no va haber un detrimento patrimonial porque se va a pasar todo el dinero.

La jurisprudencia es muy clara su señoría a quien le corresponde probar que si le dio la información, es a los fondos privados desde su inicio ¿Pero que han dicho ellos? Interrogando a la demandante de que si se acuerda que si parece si fue o no fue, NO ellos tenían que decir palabras concretas a usted se le dio la información y en qué condiciones le dio la información y que información le suministraron porque ahora cuando se va a pensionar se da cuenta que no tiene derecho a la pensión, entonces analice y averigüe que fue lo que paso; Que fue engañada porque no se le dio la información adecuada al momento que correspondía entonces no se puede señalar que la responsabilidad es de la demandante, la responsabilidad es del fondo privado que debió hacer haberle dado la información, la jurisprudencia es un complemento de la norma, la norma es muy clara diciendo que debió habersele dado la información, que hay ausencia de presiones indebidas, que lo hizo sin haber violado el consentimiento es cierto pero eso no es lo que se discute, la ineficacia desde la demanda se ha dicho que faltó la obligación del fondo privado de dar una información adecuada, no la dieron por eso es que se está tramitando la ineficacia, pero no hay que defender a los fondos porque vaina que sea el negocio del sistema financiero 220 billones de pesos, hay que ofender ese sistema porque entonces ¿A que jugamos? Los intereses del trabajador no importan, el derecho al debido proceso tampoco importan, el derecho a la jurisprudencia y su aplicación en este caso no importan, simplemente los intereses del sistema financiero son los que interesan, hombre hay que ser consciente de la realidad de este país los trabajadores entran a trabajar es para subsistir y no para vivir decentemente ellos lo que le pagan es suficiente, entonces ellos no van a estar pendientes ni van a estar pidiendo permiso de un fondo a otro que le de la información se presume la buena fe en el momento que una persona habla con el trabajador y le dice vea se va acabar el ISS pásese a este fondo que aquí le garantizamos su pensión en mejores condiciones y se puede pensionar cuando quiera pero no le explican la realidad, no le explican que si se quebró el fondo se quebró el trabajador y lo único que va a recibir es por parte del estado es la garantía de una pensión mínima eso no se lo explican, no le explican cuales requisitos le están exigiendo al momento de pensionarse. Su señoría aquí faltó la aplicación de la norma, aquí se interpretó mal la jurisprudencia en el sentido de darle la calidad de la información que se requería y que no se demostró, aquí no se demostró que se hubiera dado una información adecuada a la demandante para que ella tomara la decisión que le convenía de trasladarse o no trasladarse del fondo simplemente le dijeron se va a acabar el ISS trasládese porque esto es lo que más le conviene pero esta no es la información que señalan la ley o la jurisprudencia. El estatuto financiero es muy claro hay que ser leal con el cliente darle a conocer los pros y los contras de su inversión sino lo hace está afectando los intereses del consumidor y entonces vienen las consecuencias y las consecuencias en el caso de la ineficacia es que deben suministrarles todos los dineros que se recaudó y ahí no va haber ningún detrimento para el fondo si el fondo esta ganado 220 billones con eso, ojala le dieran a uno ese negocio.

Su señoría en esos términos dejo sustentado el recurso de alzada para que los Honorables Magistrados tengan en cuenta lo relacionado con la normatividad que se debe aplicar y la jurisprudencia que era obligatorio tenerla en cuenta para proferir el fallo correspondiente, gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA EDILIA RUIZ PEREZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (páginas 82 a 88 del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 76 a 80 del expediente digital), aspirando se declare la nulidad del traslado inicial del Régimen de Prima Media al de Ahorro individual administrado por Porvenir, en consecuencia se condene a Protección S.A. a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del C.C., igualmente se condene a COLPENSIONES a tramitar el recaudo de los dineros que posee Protección S.A. por todo concepto como afiliada, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora y la condenó en costas. Lo anterior, tras considerar que, al momento del acto jurídico de afiliación al RAIS, a la demandante le fue suministrada la información amplia y suficiente respecto de las condiciones y características del fondo privado, aunado a ello, sostuvo que la actora tenía conocimiento del sistema manejado en el ISS debido al cargo ejercido en la empresa en donde laboraba, pues se desempeñaba como Gerente y era administradora de empresas. De igual modo, expresó, no encontrar probado que quien brindo la asesoría para el traslado hubiera desplegado conductas tendientes a causar un perjuicio o un daño específico, ni que haya sido constreñida o engañada, además expresó 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 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 14 de febrero de 1961 (folio 31 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado, inicialmente, mediante la peticiones elevadas ante PORVENIR el 31 de octubre del 2018 (folios 32 a 36 del expediente digital), ante COLPENSIONES el 1° de noviembre del 2018 (folios 41 a 46 expediente digital) y ante PROTECCIÓN el 6 de febrero del 2019 (folios 51 a 55 expediente digital), esto es, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 229.71 semanas (historia laboral expedida por la AFP Protección, -folios 207 a 209 expediente digital-) equivalentes a 4 años, 5 meses y 18 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 21 de mayo de 1997 (folios 41, 204 y 301) específicamente 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

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.

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.

“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.

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

“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.

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

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

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

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte⁵ la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, según su propio dicho, nunca le precisaron cuáles eran las condiciones para acceder a dicho beneficio, ni el capital requerido para poder hacerlo. Asimismo, aunque le dijeron que su pensión se financiaría con los pagos mensuales que haría como trabajadora, que obtendría unos rendimientos e intereses que se sumaban en la cuenta a su nombre, fue clara en indicar que no recuerda que se le haya dicho cómo se obtenía o calculaba el valor de su mesada pues solo le dijeron que sería mucho más alta que en el ISS sin referir a los requerimientos que como afiliada y cotizante debía cumplir para que ello, en un futuro, fuera así. Del mismo modo, mencionó que no le entregaron una proyección y menos aún la ilustraron sobre si le convenía o no trasladarse, insistiendo en que se le dijo que en el fondo privado no requería una edad mínima para obtener su pensión y que en todo caso el ISS se iba acabar.

⁵ Audiencia del 16 de febrero del 2021, récord 6:19.

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 (folios 41 y 301 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 234 y 235 del expediente digital, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (21 de mayo de 1997, folio 301), 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. 204 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 PROTECCIÓN como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 204), 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 131, 132, 191, 192 y 296 del expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala 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 PROTECCIÓN (actual administradora), 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 PORVENIR.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 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 MARIA EDILIA RUIZ PEREZ el 21 de mayo de 1997 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 2 de septiembre del 2019 (folio 326).

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 **PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN**, 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 PORVENIR.

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 JUDY GARCIA CARO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 38 2019 00380 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva 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 MEJÍA GIRALDO, en su calidad de representante legal de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido mediante mensaje de datos el 6 de abril del año en curso.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES, 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 pasado 18 de febrero de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T.

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:35:27, acta expediente electrónico), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por la señora JUDY GARCÍA CARO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En ese sentido señala, aunque la ineficacia del traslado no opera de forma automática, en el asunto si se pudo demostrar que su consentimiento estuvo viciado en el momento en que realizó el traslado de fondo por cuanto no se le informó de manera particular sobre los beneficios o riesgos de la afiliación, ni la posibilidad de conocer otros fondos.

De otra parte, se aparta de lo discurrido por el juez frente a que, por la permanencia en el RAIS por más de 20 años, se acredita un interés de continuar afiliada al mismo, toda vez que si antes de los 46 años no efectuó ninguna acción ello fue por el desconocimiento y la falta de consciencia sobre su situación pensional.

Advierte, no solo no existió un consentimiento informado, sino que, además, había una presión implícita por ser el mismo empleador quien presente un fondo de su fundación y no cualquier otra AFP y perdió la posibilidad de obtener una mejor mesada pensional para su congrua subsistencia.

Insiste, el ánimo de la demandante hubiese sido trasladarse si le hubieran entregado una información clara, eficaz y verídica y no solo le hubieran dicho que el ISS se iba a acabar.

Pide se acoja el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia respecto de la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información y la carga de la prueba en estos asuntos en tanto, en su sentir, la demandada PROTECCIÓN, no desplegó ninguna actividad probatoria para acreditar el cumplimiento de esta obligación¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art.

¹ “Interpongo recurso de apelación el cual sustentare de forma inmediata. Su señoría en el presente recurso de apelación solicito a la Honorable Sala Laboral del Tribunal superior de Bogotá se revoque la decisión de primera instancia donde se despachó de forma desfavorable las pretensiones de la demandante señora Judy García Caro en atención a los siguientes argumentos: Si bien es cierto la nulidad o ineficacia del traslado no opera de forma automática, si podemos determinar que efectivamente se probó dentro del proceso en especial con el testimonio de la señora Judy García Caro que su consentimiento sí estuvo viciado al momento en que ella realizó ese traslado de fondo tanto así su señoría que pese a que solamente desde el año 2000 se le empezaron o se empezó a realizar el traslado según la información documental que obra a Porvenir, la misma demandante informa que fue desde el año 1994 que firmaron el formulario y que lo firmaron fue para Colmena, fondos de pensiones y cesantías Colmena ¿Sí? Luego cuando efectivamente hicieron una reunión, una asesoría; que fue una asesoría general ni siquiera fue una asesoría individual para efectos de que efectivamente el usuario o el consumidor financiero pudiera solicitar información detallada y clara respecto de su situación particular, que es diferente a la situación de cualquier otra persona ¿Sí? Y efectivamente ese derecho informado que se le exige a los fondos no se cumplió en este evento porque no se hizo efectivamente esa asesoría como se pretende hacer, no una simple asesoría para informarles que había nacido un fondo y que ese fondo era el que ellos debían escoger sino además que efectivamente fuera tan libre que fuera hasta la libre escogencia, es decir este derecho de ser informado es no solamente ser informado sobre esos beneficios, esos riesgos, esa proyección de su mesada desde esa época sino además se hubiera tenido la oportunidad de escuchar otros fondos privados que igualmente le hubieran dado esa posibilidad, esa libre escogencia a la señora Judy García Caro para efectivamente determinar si quería o no trasladarse y ¿Por qué era conveniente trasladarse? .

De otra parte, no comparto lo que el señor juez de primera instancia señala que como ha permanecido por más de veinte años pues en eso ha demostrado su interés de pertenecer al fondo privado, pues no es así porque simplemente la nueva acción no implica aceptación y efectivamente la señora Judy Caro justificó ampliamente al despacho porqué razón no tomó una decisión antes de los 46 años, indicando que estaba totalmente dedicada a laborar en sus actividades ¿Sí? Y no estaba todavía consciente de su situación pensional como ella misma lo señalo para la fecha en que ella hizo el traslado, ella era una auxiliar, o una analista, una auxiliar que desconocía esas situaciones o la situación pensional y no entendía la razón de lo que le hablaban sobre el mismo rendimiento. La información que se le dio fue una información escasa, fue una información general, no fue una información detallada, el fondo de pensiones nunca presentó el formulario que fue suscrito presuntamente por la señora Judy Caro para que el despacho hubiera podido determinar exactamente como fue ese traslado y como fue ese consentimiento, así las cosas, si hubo un vicio no solamente hay un vicio ¿Sí? En el consentimiento informado, sino además hay una presión implícita al ser el mismo empleador quien presente el fondo de su fundación ¿Sí? Y no cualquier otro fondo ni la posibilidad de que hubiera sido otros fondos los que hubieran ido también a realizar esa actividad, esa presión implícita ¿Sí? No es que se le esté cargando al fondo; el fondo tenía conocimiento del traslado de los empleados ¿Sí? tanto así que fue la mayoría de empleado de que la fundación social en todas sus empresas, no solamente la fiduciaria sino también el banco caja social, como lo informo también la ingeniera Aura Salamanca que indicó que se hizo reunión y que fue solamente ese fondo y fue directamente de la empresa, entonces allí si hay una fuerza ¿Sí? Una afectación en la fuerza hubo una presión implícita en cuanto a ese traslado porque no fue a ningún otro ¿Sí? Si no fue solamente a ese fondo y como lo informan los mismos trabajadores no se dictaba obligatoriamente el traslado, pero fue el único fondo que les presentaron.

Así las cosas, pues si se ha probado, aquí probatoriamente si se ha presentado, además si se presentó la documentación ¿Sí? Pese a que el fondo no presentó, el fondo de protección no presentó la información sobre cómo se vinculó la usuaria al fondo si se puede establecer efectivamente desde cuándo, imagínese desde el año 1994 inclusive hasta el 2000 operó para que empezaran esos aportes ¿Sí? Y Utilizaron esa misma información y porvenir en el año 2000 no le hizo a la señora Judy García Caro una asesoría individual para verificar que clase de información ella hubiera obtenido de los otros fondos que esta

80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:38:14, acta expediente electrónico)

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 JUDY GARCIA CARO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda y su subsanación (páginas 5 y 114) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 5, 110 a 111 y 113 a 114), aspirando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, bono pensional, rendimientos y demás sumas recaudadas durante el tiempo que ha estado afiliada a dicha fondo, disponiendo igualmente que COLPENSIONES reciba los dineros remitidos por PROTECCIÓN y “en caso de que resulta inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media, se ordena a COLPENSIONES otorgue la oportunidad en tiempo prudencial para que se

absorbió. Así las cosas, pues si mi mandante tenía una expectativa legítima para obtener su pensión y perdió la posibilidad o ha perdido la posibilidad de una mejor mesada pensional congrua a su vida digna ¿Si? Pese a que ha laborado muchísimos años porque efectivamente no se le dio la información correspondiente y es que no bastaba simplemente con decirle que podían hacer un ahorro sino como debía hacerse y la orientación, el seguimiento, el acompañamiento, durante veinte años le mandaron una historia de aportes pero jamás se le hizo un acompañamiento frente a su situación pensional y no se puede desconocer que esto es muy importante porque se trata de la subsistencia de los consumidores frente al sistema, ¿decir esta omisión del deber de información ¿Si? Efectivamente si causa un perjuicio a la señora Judy García Caro y efectivamente no está solicitando esta apoderada que se haga, que opere de forma automática ni más faltaba sino todo lo contrario para eso de presente la información que efectivamente determinaba ¿Si? Que el ánimo de la señora era efectivamente trasladarse siempre y cuando le hubieran dado una información clara eficaz y verídica pero no solamente le informaron que el ISS se iba acabar y que Colmena era el único grupo social y por lo tanto si se afectó la buena fe y la libre escogencia del fondo por parte de la afp es por esa razón que solicito se revoque el fallo de primera instancia y efectivamente se de viabilidad a las pretensiones de la demanda atendiendo además lo señalado en sentencia SL 1421 del 2019 SL 1452 del 2019, SL 1688 del 2019, SL 1686 del 2019 que determinaron el deber de información y su alcance ¿Si? Y efectivamente esa ineficacia en el traslado del régimen vale la pena recalcar que dichas sentencias señalan que la carga de demostrar efectivamente que se observó el deber de información es de la AFP y no del afiliado como aquí se recargo toda la carga probatoria hacia la señora Judy Gracia de caro cuando efectivamente el fondo no hizo ningún esfuerzo para demostrar efectivamente ese deber de información; información que no podía ser como lo hemos señalado de una forma general, sino individual, una asesoría individual, calificada Al afiliado donde efectivamente se le dieran a conocer y se le verificara todas las preguntas que este tenía frente a eso y se verificara que efectivamente recibió una información cierta, clara, comprensible y oportuna ¿Si? Y no simplemente una información vaga y general donde en media hora no solamente les presentaron el fondo sino además llenaron el formulario que señala la señora Judy García Caro llenaron para el fondo de pensiones Colmena.

Así las cosas, pues dejo sustentado el recurso de apelación, muchísimas gracias.”

cancele dicha diferencia.” Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se le condenó en costas. Lo anterior, al no encontrar sustento para declarar la ineficacia del tránsito entre regímenes porque su afiliación no estuvo precedida de vicio alguno de su consentimiento, como error, fuerza o dolo, siendo la motivación para trasladarse el miedo a ser desvinculada de la empresa en la que laboraba. Además, estimó, línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia respecto a la omisión del deber de información, no se aplica de manera automática por cuanto no se trata de una *“regla de imputación objetivo”*, concluyendo, el consentimiento no informado no siempre redunda en la ineficacia de la afiliación en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta, dice, que la demandante recibió información no equivocada en el entorno histórico en que ocurrió el traslado, insistiendo, la ineficacia del traslado no opera de pleno derecho o por la simple afirmación de no haber recibido información suficiente, pues, hacerlo de esa forma, discurre, contraviene los principios de igualdad y sostenibilidad financiera.

Por otra parte, también consideró, con fundamento en sentencias del Alto Tribunal relativas a la afiliación tácita, que la demandante tenía un compromiso serio de permanecer en el RAIS, lo cual derivaba de su conducta que conllevaría a establecer una afiliación tácita dada la correspondencia entre la voluntad y la acción.

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

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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

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 25 de septiembre de 1965 (página 19, archivo 01CuadernoFisico.pdf), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de enero de 2019 (páginas 30 a 32, archivo 01CuadernoFisico.pdf, expediente digital), y a Protección en ese mismo año, según se advierte de la respuesta dada por esa administradora el 25 de febrero de 2019 (páginas 23 a 26, archivo 01CuadernoFisico.pdf expediente digital), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 53 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 con 551,57 semanas cotizadas (reporte de semanas cotizadas en pensión emitido por COLPENSIONES, expediente administrativo e historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público páginas 238 a 240, archivo 01CuadernoFisico.pdf expediente digital), que corresponden a 10,5 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 **9 de noviembre de 2000, con fecha de efectividad 1 de enero de 2001** (páginas 51 y 218, archivo 01CuadernoFisico.pdf expediente digital) específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la certificación expedida por COLPENSIONES, pues aunque a las diligencias se incorporó el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. (pág. 210, ibidem), no se avizora su fecha de suscripción.

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 trabajadora del sector privado según la historia laboral.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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, para esta Corporación en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte⁶ la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad y con un monto más alta al que le otorgaría el ISS, no comentó como podría ser ello posible dentro del régimen pensional al que se estaba afiliando.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, 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, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora, específicamente dada que su motivación para trasladarse ahora, es mejorar el monto de su mesada pensional, y respecto de la cual le aseguraron, sería superior a la que le

⁶ Audiencia celebrada el 18 de febrero de 2021, récord 04:02

reconocería el ISS. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

Tampoco deviene acreditado con lo ilustrado ante el estado por la testigo AURA LIGIA SALAMANCA⁷, por cuanto no estuvo presente al momento de la afiliación realizada por la demandante.

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 SANTANDER hoy PROTECCIÓN (página 210, archivo 01CuadernoFisico.pdf. expediente digital), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam 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 en páginas 259 a 261 (archivo 01CuadernoFisico.pdf. expediente digital), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (9 DE NOVIEMBRE DE 2000, página 218, archivo 1, expediente digital), 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

⁷ Audiencia celebrada el 18 de febrero de 2021, récord 26:18

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

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

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 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 demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ

Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (páginas 154 y 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 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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 24 de enero de 2020 (página 262, archivo 01CuadernoFisico.pdf, expediente digital)

se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 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 JUDY GARCIA CARO el 9 DE NOVIEMBRE DE 2000 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 **PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABIO ANDRES MARTIN MORENO CONTRA MASIVO CAPITAL S.A.S EN REORGANIZACIÓN¹ (RAD. 39 2017 00471 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (fls. 397 a 399) 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.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre del 2020 (Cd. fl. 390, record 38:22), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas los conceptos denominados bonificación de mera liberalidad y auxilio de alimentación devengados por el señor FABIO ANDRES MARTIN MORENO durante la vigencia del contrato de trabajo con la compañía Multinacional de Transportes Masivo Capital S.A.S constituye factor salarial.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa demandada a pagar los siguientes factores salariales:

1. \$785.269,65 por diferencia de cesantías.
2. \$53.018,15 por diferencia de los intereses a las cesantías.
3. \$643.254,14 por diferencia de prima de servicios.

¹ Transmilenio S.A. si bien fue demandado por el actor, se desvinculó de la presente acción al haberse declarada probada la excepción previa de FALTA DE COMPETENCIA (Audiencia celebrada el 26 de agosto del 2020 Cd. fl. 390)

4. \$283.229.92 por diferencia de vacaciones compensadas valor que deberá ser indexado al momento del pago.
5. Sanción moratoria \$37.979,52 un día de salario por cada día de retardo desde el 02 de noviembre del 2016 hasta el 01 de noviembre de 2018 correspondientes a 720 días de mora para un total de \$27.345.259,44.
6. Así mismo a partir del 02 de noviembre de 2018 se deberán pagar los intereses moratorios sobre las prestaciones adeudadas, esto es, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios.

TERCERO: CONDENAR a MASIVO a pagar al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el señor Fabio Andrés Martin Moreno las diferencias en las cotizaciones obligatorias causadas entre el 25 de junio del 2013 hasta el 01 de noviembre del 2016 junto con los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad de cada uno de los aportes hasta el momento en que se verifique el pago total de la obligación por las sumas dejadas de cotizar siendo entonces como el salario para el 2013 la suma de \$214.667, para el 2014: \$232.389, para el 2015: \$240.189 y para el 2016: \$241.332.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás frente lo del salario.

QUINTO: ABSOLVER a MASIVO de las demás pretensiones de la demanda esto es de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.364.409.”

Inconforme con la decisión el apoderado de MASIVO CAPITAL interpuso recurso de apelación específicamente en el punto referente a la bonificación de mera liberalidad y al auxilio de alimentación, indicando en la cláusula sexta se pactó que tanto el auxilio de alimentación como el bono de liberalidad no constituían factor salarial ni prestacional para ningún efecto, situación que en su sentir no fue tomada en cuenta por el despacho, como tampoco el hecho de que en cada uno de los desprendibles de nómina se estableciera de manera clara que concepto correspondía a cada uno de ellos, precisando cada mes se pagaba estos auxilios al trabajador por tanto tenía claro que concepto era factor prestacional y que concepto no era factor prestacional.

Manifiesta que el auxilio de alimentación era o estaba destinado a que el trabajador lo utilizara como un apoyo para que pudiera comprar sus almuerzos y onces, reiterando dentro de los desprendibles de nómina y certificaciones que se aportaron en la demanda se indica de manera clara que esos conceptos estaban debidamente discriminados y en el contrato expresamente se dice que no son constitutivos de salario, situación que asegura también se puede determinar en la liquidación final de prestaciones.

Por otra parte y en cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 agrega que no se acredita mala fe, ni se prueba ningún requerimiento por parte del trabajador, por lo que en su sentir no se acredita mala fe y en este sentido considera que no es procedente el interés moratorio al que fue condenado. (Cd. fl. 390, record: 40:51)²

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

² “Gracias su señoría muy amablemente y encontrándome dentro del término legal para tal efecto interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por su despacho con base en los siguientes argumentos su señoría:

Esta apoderado su señoría respetuosamente interpone recurso de apelación en contra de la sentencia específicamente en el punto referente a las bonificaciones a la bonificación de mera liberalidad y al auxilio de alimentación, recurso que me permito exponer:

Este apoderado no se encuentra de acuerdo con la condena referente a la bonificación de mera liberalidad y auxilio de alimentación como quiera que el despacho paso por alto: Primero que dentro del contrato laboral de fecha de 25 de julio del 2013 expresamente en la cláusula sexta se pactó tanto como el auxilio de alimentación como el bono de liberalidad expresamente dice el contrato no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto, dicha situación no fue tomada en cuenta por el despacho y adicionalmente alega el despacho muy respetuosamente difiere de que el empleador no prueba que dentro de la relación laboral o a lo largo de la relación laboral se hayan aclarado que estos conceptos estaban debidamente determinados, no es así por cuanto al observarse cada desprendible de nómina, cada quincena o cada mes a mes porque hubo un cambio de mes a mes a quincena, se establece de manera clara y se discrimina que concepto corresponde al auxilio de alimentación y que concepto corresponde al auxilio de mera liberalidad, cada mes y cada vez que se pagaba este auxilio el trabajador tenía claro que concepto era factor prestacional y que concepto no hacía factor prestacional.

El auxilio de alimentación, el auxilio de alimentación su señoría era o estaba destinado para que el trabajador lo utilizara como un apoyo para que pudiera comprar sus almuerzos, comprar sus entre onces tan estaba determinado su señoría que dentro de los desprendibles de nómina se encuentra cada uno de estos conceptos determinados, en este respecto al sentencia de la Corte Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo radicación 63988 SL1798 del 2018 es muy clara cuando indica que por regla general los pagos recibidos por un trabajador con ocasión de sus trabajo serán salariales salvo que: “Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados de forma extra legal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie” esta situación o este antecedente jurisprudencial no fue tomado en cuenta por el despacho y resalto dentro de cada desprendible de nómina, dentro de las certificaciones laborales que se aportaron dentro de la demanda se indica de manera clara que estos aportes, que estos conceptos estaban debidamente discriminados y en el contrato expresamente dice que no son constitutivos de salario.

De otra parte su señoría ha de tenerse en cuenta que dentro de la liquidación final de prestaciones sociales los conceptos también están debidamente determinados y ahí se le da claridad al trabajador que concepto correspondía al auxilio de alimentación y al bono de mera liberalidad, que más prueba que cada vez que se le pagaba al trabajador él podía determinar cuál era su concepto salarial y cuál era su bono de alimentación, pero excúseme el auxilio de alimentación y su bono de mera liberalidad situaciones que no fueron tenidas o no se le dieron mayor importancia muy respetuosamente lo señalo dentro de la sentencia, en los anteriores términos su señoría dejo por sustentado el recurso de apelación solicitándole a la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá revoque todas y cada una de las condenas referentes a la reliquidación de prestaciones sociales.

Los intereses moratorios; bueno en esa parte del artículo 65 quiero agregar que no se acredita mala fe, no se prueba ni un requerimiento por parte del trabajador, digamos que no existe ninguna reclamación ni ninguna situación que diga que Masivo capital actuó por mala fe y en este sentido considero que no es procedente el intereses moratorio.

En los anteriores términos su señoría ya concluyo por sustentado el recurso de apelación, gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 6 a 10, las cuales fundó en los hechos ,narrados a folios 10 a 13, solicitando principalmente se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 25 de junio del 2013 y terminó de manera unilateral y sin justa causa, cuya remuneración para el año 2016 fue de \$872.157 más un bono de mera liberalidad y auxilio de alimentación, los cuales no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales, en consecuencia solicita la reliquidación de: cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes a seguridad social integral, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso, o en subsidio solicita se declare la existencia del contrato de trabajo durante el lapso o extremos temporales que aparezcan acreditados procesalmente. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** pues condenó a la reliquidación pretendida por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y compensación de vacaciones, como también la cotización a los aportes a pensión teniendo en cuenta como factor salarial el bono de mera liberalidad y el auxilio de transporte, tras considerar si bien existió un pacto de exclusión salarial respecto de tales conceptos, lo cierto es que dichos emolumentos retribuían directamente el servicio del accionante, aunado a que por ejemplo el bono era por cumplimiento de funciones, requisito que se traduce en una contraprestación directa del servicio por ende beneficiaron al demandante e ingresaron a su patrimonio, aunado a que se pagaban de manera indiscriminada sin verificar o corroborar que los trabajadores los utilizaran para los conceptos establecidos y en ese orden el empleador tenía la carga de probar que dichos pagos tenían una causa no retributiva, por manera que los beneficios recibidos por el actor en virtud del principio de la primacía de la realidad constituían factor salarial.

Igualmente condenó al pago de la indemnización moratoria al no advertir buena fe en el actuar del empleador, pues se sustrajo de cancelar las acreencias laborales incluyendo conceptos que eran factor salarial, disponiendo el pago de \$37.979,52 diarios por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 intereses

moratorios sobre las prestaciones sociales, ordenando la indexación de la compensación de vacaciones.

Finalmente absolvió de la indemnización por despido sin justa causa, al señalar que la decisión de suspensión de la tarjeta de operación del actor por parte de Transmilenio, constituía una falta grave estipulada en el reglamento interno de trabajo que daba lugar a la finalización del vínculo contractual.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la pasiva 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 este orden de ideas, no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del *Contrato de trabajo a término indefinido* suscrito por el accionante con la empresa MASIVO CAPITAL S.A.S. el 25 de junio del 2013 (fls. 20 a 28), en el cargo de OPERADOR DE VEHICULO DEL SITP, el cual finalizó el 1° de noviembre del 2016 (fls. 34 y 35) aspecto señalado por la Juez *a quo* en las consideraciones de su decisión y respecto del cual no se muestra inconformidad por las partes aquí en contienda.

En esa dirección, en primer lugar en relación con la **reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión con el salario real devengado por el accionante**, derivada de la inclusión como factor salarial del “bono de mera liberalidad” y “auxilio de alimentación” inicia la Sala con el estudio correspondiente, para lo cual es menester traer a colación, el contenido de la cláusula sexta del contrato de trabajo que señala: (fls. 23 y 24):

“SEXTA. -: Auxilios, premios y Bonificaciones. Acuerdan TRABAJADOR Y EMPRESA que el EMPLEADOR por su mera liberalidad podrá reconocer al TRABAJADOR A) premios, bonificaciones, etc., por cumplimiento de objetivos individuales o grupales, por cumplimiento de metas individuales o grupales, por excelencia en la atención a los clientes, cumplimiento de normas, responsabilidad etc., y B) Auxilios habituales, beneficios, o primas extralegales.

PARAGRAFO 1: Acuerdan TRABAJADOR y EMPLEADOR, que estos premios, bonificaciones, auxilios habituales, beneficios, primas extralegales etc., no

constituyen salario, no son una prestación ni tienen carácter prestacional, todo de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 50 de 1990.

PARAGRAFO 2: Hemos acordado que el EMPLEADOR, reconocerá mensualmente al TRABAJADOR un auxilio de alimentación por un valor de ciento quince mil pesos (\$115.000), el cual no constituye salario ni factor prestacional, ya que el mismo se reconoce no para enriquecer el patrimonio del trabajador, ni como contraprestación directa del servicio, todo de acuerdo a lo consagrado en los artículo 15 y 16 de la ley 50 de 1990 (...).

PARAGRAFO 3: Las partes convienen en reconocer que ninguno de los beneficios, auxilios, primas extralegales, etc., otorgados unilateralmente y por la mera liberalidad del empleador tales como alimentación, habitación, medios de transporte, y en fin cualquier otra clase de reconocimiento en dinero o especie diferente del salario ordinario variable o fijo, que el empleador reconozca al trabajador durante la vigencia del presente contrato, no constituyen salario ni en dinero ni en especie y por tal razón no constituyen factor prestacional alguno.

PARAGRAFO 4: En desarrollo de lo acordado en esta cláusula, el empleador pagará al trabajador los siguientes beneficios: a) Por mera liberalidad del empleador, se reconocerá al trabajador mensualmente, una bonificación o incentivo, condicionado al desempeño del grupo o equipo al cual pertenezca el trabajador, siendo posible que la obtenga al 100% de lo ofrecido, en un porcentaje menor e incluso a no llegar a merecerla en porcentaje alguno, pues la misma está sujeta al cumplimiento de metas, objetivos, comportamiento disciplinario, cuidado de los vehículos, cumplimiento de normas etc, del grupo. B) La empresa pagará mensualmente al trabajador un auxilio de alimentación, mismo que no tiene origen en la prestación del servicio, sino que se otorga solo para colaborarle al trabajador en los costos básicos a su manutención y la de su familia”

Frente a este punto, y en aras de resolver la apelación de la accionada ha de recordarse conforme a una interpretación armónica de los artículos 127 y 128 del C. S. del T., que un pago habitual y continuo, ya en dinero, ora en especie, que retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales, no obstante lo anterior, a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo acordado expresamente por las partes y fue justamente lo que aconteció en el caso estudiado, pues ello fue lo plasmado en el contrato de trabajo suscrito por ambas partes atrás citado.

En relación con el tema, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación 35154 del 20 de octubre de 2009³ indicó que aun cuando determinado rubro sea factor constitutivo de salario, es lícito a las partes, sin quitarle esa connotación, pactar la exclusión de esos ingresos de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, posición que ha sido asumida en otros proveídos como los de radicación 5481 del 12 de febrero de 1993, reiterada en la 27851 del 24 de abril de 2007, SL 9827 del 29 de julio de 2015⁴, SL 16373 de 20 de septiembre de 2017 y SL 865 del 5 de marzo del 2019⁵.

³ “El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que “...lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario”.

Resulta difícil de entender qué fue lo que en realidad quiso decir el Tribunal cuando afirmó que “se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario”, pues no es posible entender que la inexistencia de un pacto pueda ser expresa. Pero cualquiera fuera su intención, lo cierto es que, al discurrir de esa manera, se equivocó, pues, en principio, para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectúe de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que “Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales”. (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)

Por esa razón, aunque el razonamiento del Tribunal fue equivocado, pues la regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial, lo cierto es que, con todo, el fallador en últimas utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado por las partes en la cláusula adicional de su contrato de trabajo y, con apoyo en ella, explicó que “la decisión del a-quo es correcta, pues las partes acordaron que el suministro en especie de la vivienda, alimentación y vestuario no constituyen salario, lo cual es legal debiéndose confirmar la decisión.” (Folio 16, cuaderno del Tribunal), con lo que aplicó debidamente la excepción contenida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a la que en precedencia se hizo alusión. De manera que el juzgador de segundo grado no se equivocó al concluir que en este caso no procedía la condena por salario en especie impetrada y, por ende, tampoco la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones”

⁴ “(...) En tal sentido, la Corte debe dilucidar si los denominados «beneficios mensuales» y «gastos de movilización de vehículo» tenían o no carácter salarial, y si el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al aceptar que sí lo tenían.

En tal dirección, en primer lugar, en torno a los denominados «beneficios mensuales», para la Sala es cierto que el Tribunal no analizó suficientemente el texto del contrato de trabajo, con sus cláusulas adicionales, pues allí constaba expresamente un pacto de exclusión salarial que debía ser analizado detenidamente en su validez, al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. En el referido documento quedó establecido diáfamanamente, que aparte de la remuneración básica

de \$900.000.00, la demandada iba a pagar una remuneración adicional, por «...beneficios mensuales...» igual a \$300.000.00, que se identifican allí mismo como «...beneficios y auxilios habituales... tales como bonificaciones, prima extralegal de servicios, prima extralegal de antigüedad, auxilio extralegal... alojamiento (habitación) y alimentación dentro de las instalaciones de su sede en Bogotá D.C. o en las sedes donde se haya suministrado o decida suministrarse a cualquier título, dentro del horario ordinario de trabajo o en tiempo suplementario, o en jornadas ordinarias o dominicales y festivos.»

Como puede notarse, la cifra de \$300.000.00 no estaba encaminada a remunerar «horas extras», como se anotó equívocamente dentro del texto de la liquidación de prestaciones sociales, sino exclusivamente prestaciones extralegales como «bonificaciones», «primas extralegales» y «auxilios por alojamiento», que encajan perfectamente dentro de los rubros respecto de los cuales, por su naturaleza, las partes pueden convenir que no constituyen salario, en el marco de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, así como al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con arreglo al cual, no constituyen salario, entre otros, «...los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.» (Resalta la Sala).

La Corte ha dicho frente al punto que «...el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario. Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que “Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales”. (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)...» (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35154).

Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «...no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475), lo cierto es que en el expediente no existen elementos de juicio suficientes que contradigan el hecho de que, en este caso, la cláusula del contrato de trabajo estaba encaminada a retribuir beneficios extralegales pactados contractualmente, respecto de los cuales las partes convinieron su falta de carácter salarial y que, en la realidad, no eran pagos que conforme a la ley necesariamente debían ser concebidos como salario.”

⁵ “Si bien el acuerdo de exclusión salarial entre las partes es válido a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, aquella norma no debe ser entendida como una autorización incondicional e ilimitada a las partes para disponer que no constituya salario cualquier pago extralegal dado al trabajador, habida cuenta que esa interpretación desnaturalizaría la connotación de salario que tienen algunos beneficios extralegales, y desatiende el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo establecido en el artículo 53 constitucional.

Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia CC C-710-1996:

[...]

En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del

servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.

Así las cosas, debe entenderse que el artículo 128 se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. Por tanto, la norma, así entendida, es constitucional.

El artículo 128, como norma de carácter general, no es contraria a la Constitución. En caso de que los regímenes salariales a que hacen referencia los actores, desconozcan esta norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él, como se ha explicado, se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada.

[...]

La citada disposición a su vez debe ser interpretada armónicamente con el artículo 127 del CST, que consagra que es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», y con el Convenio 95 de la OIT, convertido en legislación interna mediante la Ley 54 de 1952, que ordena que debe considerarse como salario cualquier remuneración que el trabajador perciba del empleador por los servicios que el primero preste o deba prestar al segundo. En su tenor literal, el artículo 1º del convenio, reza:

A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”

Así las cosas, debe darse una interpretación sistemática del artículo 128 del estatuto laboral, que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales. Ello impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los fines y eventos enunciados en el artículo 128 referido, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo, o que no estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a que éste desempeñe adecuadamente sus funciones.

En caso contrario, a saber, cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda excluir salarialmente un pago extralegal que en realidad es recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, ese pacto deberá considerarse ineficaz, en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST.

Así se ha pronunciado en repetidas ocasiones esta corporación; como lo hizo, por ejemplo, en decisión CSJ SL 35771, 1º feb. 2011, se expuso:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

De tal suerte, a pesar de que la suscripción de la cláusula de exclusión salarial (fl.23 y 24) podría mantener la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, al excluir tales beneficios como no constitutivos de salario, lo cierto

Por su parte, en sentencia CSJ SL403-2013, expresó:

Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.

En sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481), al referirse a la interpretación de los arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en vigencia de la ley 50 de 1990, esta Sala expuso lo siguiente:

“Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el ‘salario’ propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuales son las ‘prestaciones sociales’, las ‘indemnizaciones’ y los ‘descansos’, según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral. [...]

a).- El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica --contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria-- que regule la prestación personal subordinada de servicios.

[...]

3.- La clasificación de los beneficios laborales que se ha dejado expuesta, de conformidad con nuestras normas positivas reguladoras de las relaciones entre trabajadores y empleadores del sector privado, permite resolver fácilmente el asunto bajo examen, pues aplicando los anteriores conceptos al caso litigado se impone concluir que no interpretó erróneamente el Tribunal el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ni tampoco dejó de aplicar el 128 del mismo ordenamiento. Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores”.

Por lo expuesto, no es posible considerar, como lo sugiere la censorsa, que la facultad prevista en el artículo 128 del CST, en virtud de la cual se pactó una cláusula de exclusión salarial no tenga límites; por el contrario, no es dable para el juez del trabajo avalar un acuerdo como éste, si advierte que el concepto al que se le resta esta incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente y que ingrese efectivamente al patrimonio del trabajador, como desde el punto de vista fáctico lo concluyó el tribunal.

*Al respecto, en el presente evento, de la valoración de la prueba testimonial arrimada al proceso, se colige, que el **auxilio educativo mensual recibido por la demandante, a diferencia del semestral que percibía por el mismo concepto, era una remuneración directa del servicio, no solo por la habitualidad con la que se recibía el mismo, sino porque aquel no estaba sometido para su pago al cumplimiento de condición alguna, era remunerativo del servicio prestado por la trabajadora, y por lo tanto era salario.**”*

es que en este especial caso, en lo que tiene que ver con el “*bono de mera liberalidad*” y “*auxilio de alimentación*” si bien fueron excluidos por el demandante y MASIVO S.A.S. como no constitutivos de salario, lo cierto es que pese a tal pacto de exclusión, la demandada no probó en autos que tales sumas de dinero fueran destinadas para el beneficio que se otorgó, es decir, para la alimentación y por el cumplimiento de metas, objetivos, comportamiento disciplinario etc.

Aunado a que, conforme a los comprobantes de nómina allegados por la propia demandada visibles a folios 155 a 169, el “*bono de mera liberalidad*” y el “*auxilio de alimentación*” siempre le fueron cancelados al actor quincenalmente, por ende es evidente que se trató de un pago habitual y con el ánimo de retribuir los servicios por el prestados, precisando el pacto efectuado en el contrato de trabajo **se ha de entender como una mera nominación que en la realidad nunca se llevó a cabo**, pues se itera no se probó por parte de la accionada MASIVO S.A.S. que se destinaran para los gastos propios de alimentación y que el “*bono de mera liberalidad*” se otorgará en virtud del cumplimente de metas, objetivos o buen comportamiento del promotor del litigio, al obrar siempre, según se reporta, relacionados habitualmente en la nomina de cada mes, solo bajo la denominación formal atrás citada, pero sin otro medio de convicción que lograra acreditar que dicha nominación correspondiera a la realidad.

Sobre este aspecto la Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL 986 del 24 de febrero del 2021 sostuvo:

“ (...)

- a) *En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.*
- b) *Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que **el salario se define por su finalidad o destino.***
- c) *Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.*

- d) *Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cubre, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.*
- e) *En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.*
- f) *Lo que conduce a concluir en este tema concreto, que si el trabajador logra acreditar que los denominados “gastos de viaje” eran habituales, periódicos y permanentes, y el empleador no logra probar, que el propósito era, precisamente, ayudar en el cabal desempeño de las funciones propias del servicio de transporte de pasajeros intermunicipal, se tendrá que tales sumas tenían como fin retribuir el servicio, y por ende, con incidencia prestacional.*

*Resaltado lo anterior, desde el punto de vista jurídico, el Tribunal sostuvo correctamente, que «por el simple hecho de haber sido consignados al demandante en su cuenta de ahorros bajo el concepto “abono dispersión pago nómina Copetran” no podía tenerse tales sumas como constitutivas de salario, (...) además de que según las reglas mencionadas previamente, **la denominación de un pago no es lo que determina si es o no salarial, sino su destino o finalidad;** (...).*

*Como se explicó previamente, una de las características para considerar un pago salarial, es la carga de prueba, (...), pues como se explicó en la sentencia rememorada, **«el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018)».***

*Aspecto que se destacó en la sentencia SL4866-2020, al haberse indicado que, **«al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.»**De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico».*

En ese orden de ideas, si el demandante acreditó que el pago era habitual, periódico y permanente, al empleador le correspondía demostrar que su finalidad era contribuir en la prestación eficiente del servicio, más no su remuneración, y no dar por descontado y en forma automática con la simple mención de la empleadora, que se debía partir del hecho de que «tales dineros eran consignados para solventar gastos propios de la operación del vehículo, incluido manutención y hospedaje, que tiene relación directa con la operación de transporte de buses intermunicipales bajo el rubro de gastos de viaje, cuyo monto era variable en la medida que atendían el recorrido efectuado de las rutas programadas», y que la prueba en contrario, recaía nuevamente en el trabajador.”

Por las razones anteriores, tal como lo estableció la Juez de primer grado resulta procedente la reliquidación pretendida en este litigio, confirmándose en es este punto el fallo de primer grado, advirtiendo la Sala la liquidación y sumas efectuada por la a quo y las sumas por ella obtenidas no fueron objeto de reproche por la enjuiciada.

Finalmente, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.** a la cual fue condenada la pasiva, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe⁶. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁷.

De tal manera, en el presente asunto como se dijo en líneas anteriores, la empresa demandada debió pagar las acreencias laborales del actor incluyendo como factor salarial las sumas devengadas por concepto de BONO POR MERA LIBERALIDAD y AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, por ende como se efectuó la liquidación desconociendo tal situación, justificándose en un pacto de exclusión inexistente, se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a

⁶ Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

⁷ "...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)."

pagar las acreencias debidas al actor con el verdadero salario por éste devengado, razón por la cual resulta procedente la condena a esta indemnización, advirtiéndose como quiera que el salario del actor superaba el mínimo legal mensual vigente la sanción de 1 de salario por cada día de retardo aplica por los primeros 24 meses luego de finalizado el vínculo contractual, pues a partir de allí solo proceden los intereses moratorios, encontrándose ajustada a derecho la decisión de la Juzgadora de primer grado.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

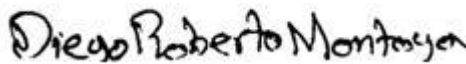
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
ACLARA VOTO


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