

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

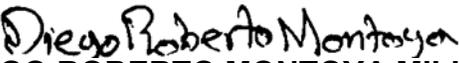
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE LUIS GOMEZ
RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 11 2019 00613 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, el cual fue remitido mediante correo electrónico el 7 de julio de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, así como las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, a través de correos remitidos a esta Corporación el 7, 8 y 13 de julio del año en curso, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de mayo de 2021, obrando de conformidad con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10/12/2020 y CSJBTA20-109 del 31/12/2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams el 26 de mayo del 2021, récord 1:35:33) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante **OSÉ LUIS GÓMEZ RODRÍGUEZ** del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el I.S.S., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. reintegrar a **COLPENSIONES**, de su propio patrimonio y debidamente indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que acepte al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por **PORVENIR S.A.**

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

SEXTO. COSTAS a cargo del fondo de pensiones **PORVENIR S.A.** y a favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta sentencia con el superior funcional”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

PORVENIR indica que para el momento del traslado de régimen pensional del actor en el año 1994, se encontraban en una primera fase del deber de información y por ende el ordenamiento jurídico no determinó una forma concreta en que las AFP debían brindar la información, ya que esta asesoría para ese momento se realizaba de manera verbal y posterior se realizaba la firma del formulario de afiliación, único documento que tenía la obligatoriedad legal y la prueba del traslado, por lo tanto considera no tiene sentido que se solicite o se requieran pruebas adicionales al formulario de afiliación, cuando la asesoría se

hacía de manera verbal y tan solo se requería la firma al formulario de afiliación como manifestación del consentimiento del afiliado, por lo tanto solicita se respete la voluntad de las partes y se le dé el valor probatorio que merece este formulario de afiliación, prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado que entendía que este acto jurídico era vital para su futuro pensional.

Aduce que el actor tiene intrínsecos deberes y obligaciones los cuales incumplió, pues en su sentir él también debía actuar con esa mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos que debía obtener información sobre el acto jurídico que estaba optando y más si esos datos relevantes se encuentran en la Ley 100 de 1993, indicando no ser justo que se premie al actor con una ineficacia de traslado, cuando nunca se preocupó por su estado pensional y solamente busca su traslado a Colpensiones porque puede allí obtener un beneficio económico, es decir, una mejor mesada pensional.

Por otro lado, solicita en caso de confirmarse la decisión se absuelva de la condena a la devolución de gastos destinados a la administración, pues tienen un deber legal y una destinación específica que en este caso cumplió su objetivo durante el tiempo en el que el demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS con su representada, manifestando tales sumas fueron debidamente invertidas en la forma en que lo exige la ley y ya no se encuentran en poder de Porvenir porque fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual del demandante como se ve reflejado en los rendimientos que se ha generado. Igualmente sostiene que tampoco es procedente que la administradora restituya las sumas que pagó por concepto de seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder, sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura de pagos de sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones durante el tiempo de vinculación del actor con Porvenir, por lo tanto, señala la cobertura también cumplió su objetivo y no resulta viable su devolución. (Audiencia virtual 26 de mayo del 2021, récord: 1:37:00)¹

¹ “Estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer el recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable tribunal superior de Bogotá, apartándome integralmente en lo dispuesto en el fallo y para esto me reitero lo expuesto en mis alegatos de conclusión y también expongo los siguientes argumentos: señores magistrados como lo he reiterado pues para el momento del traslado de régimen pensional del actor 1994, nos encontrábamos en una primera fase del deber de información y por ende el ordenamiento jurídico no determino una forma concreta que pues las AFP deban brindar la información, esta

asesoría o las asesoría para ese momento se realizaban de manera verbal y posterior se realizaba la firma del formulario de afiliación, único documento que pues tenía la obligatoriedad legal y pues la prueba del traslado; la vinculación efectuada, además tenemos que solamente fue hasta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacen nuevas obligaciones al deber de información haciendo exigibles a las administradora de pensiones, pues entregar cuadro comparativos en sus asesorías, proyecciones pensionales, brindar un buen consejo, entre otras obligaciones, por lo tanto no tiene sentido que se solicite o se requieran pruebas adicionales al formulario de afiliación, cuando pues como lo indique la asesoría se hacía de manera verbal y tan solo se requería esta firma al formulario de afiliación como manifestación del consentimiento del afiliado, por lo tanto pues no es lógico que el piso probatorio en estos procesos, partan de exigencias que nazcan con posterioridad a la afiliación del demandante.

Está claro que recibió la información en 1994 y que lo llevo al convencimiento de realizar este acto jurídico firmando este formulario de afiliación para el año 1994, pues se dio cumplimiento por parte de la administradora porvenir de la primera fase del deber de información, es por esto señores magistrados que les solicito que por haber existido un acto que verso de la voluntad del demandante, solicito que se respete la voluntad de las partes y que si se le dé el valor probatorio que merece este formulario de afiliación, prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y como lo indique la voluntad expresa del afiliado que entendía que este acto jurídico, pues era vital para su futuro pensional y que se sometía a todas las condiciones de este régimen para ese momento o todas las condiciones o cambios que podía tener durante su vinculación con Porvenir o con cualquier fondo de pensiones privado. La juez de primera instancia manifiesta que no se cuenta con pruebas de la asesoría o que se haya realizado –mejor- la doble asesoría conforme a los parámetros que ha señalado la Corte Suprema, pero téngase que esa situación, como lo he venido reiterando no estaba reglada para dicho momento, es decir no se había consolidado ese deber de información y que las asesorías para ese momento se hacían de manera verbal, insisto la única prueba de cumplimiento y la única prueba exigible, pues es el formulario de afiliación y también que la voluntad depositada en ese formulario de manera libre y voluntaria pues se mantuvo durante el tiempo de su vinculación y prueba de ello pues son las cotizaciones efectuadas al RAIS con porvenir.

También señores magistrado es importante señalar que el actor tiene intrínsecos deberes y obligaciones los cuales incumplió, él también debía actuar con esa mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener información sobre el acto jurídico que estaba optando, con mayor razón si estos datos relevantes se encuentran en la ley como es la ley 100. No se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el sistema pensional se encuentran en la ley, en la ley 100 y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa de conformidad con el artículo noveno del Código Civil, pues dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretextos para afectar de vicios el consentimiento y aunado de los años que ya han transcurrido. Habiendo dicho esto señalo que, pues no es justo que se premie al actor con una ineficacia de traslado, cuando pues él nunca se preocupa por su estado pensional, nunca lo hace durante todos estos años y cuando solamente a hoy busca que su traslado a Colpensiones pues se realice porque puede allí un beneficio económico, es decir pues una mejor mesada pensional, desconociendo los beneficios económicos que obtuvo en el fondo privado durante su vinculación, por ejemplo los rendimientos que se han generado hasta la fecha, situación que no ocurre en el RPM y lo cierto es que se único deseo para retornar al RPM es la diferencia entre las mesadas pensionales, factor que no debe ser considerado suficiente para viciar la voluntad del demandante

Ahora bien señores magistrados solicito que en caso de que ustedes decidan que si se deba confirmar este fallo, pues solicito entonces que se nos absuelva de la condena a la devolución de gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de sumas adicionales al que ha estado obligado a contratar y ello es así porque las sumas correspondientes a los gastos de administración, pues tienen un deber legal, una destinación específica que en este caso cumplió su objetivo durante el tiempo en el que el demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS con mi representada, de modo que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma en que lo exige la ley y ya no se encuentran en poder de mi representada porque fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual del demandante como se ve reflejado en los rendimientos que se ha generado, rendimientos que el actor conoció durante todo este tiempo con los extractos que él dice conocía y verificaba, por lo tanto pues no tiene sentido que en caso de que se declare una ineficacia de este acto jurídico la persona la cual se le deba restituir o devolver un bien en este caso las sumas depositadas en una cuenta, pues igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantenerse bien, para incrementarlo y que han sido en cumplimientos de mandatos legales.

En ese mismo orden pues tampoco es procedente que la administradora debe restituir las sumas que pago por concepto de seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder, ya no están en poder de la administradora, sino en la compañía aseguradora que contrato para la cobertura de pagos de sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones durante el tiempo de vinculación del actor con Porvenir,

COLPENSIONES argumenta en su alzada que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por cuanto al 1° de abril de 1994 no contaba con la edad, suscribiendo el formulario de manera voluntaria, lo que permite colegir que el traslado cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y no existe razón alguna para que la AFP negara el traslado estando vedado rechazar una solicitud cuando una persona cumple con los requisitos.

Indica que la afiliación fue voluntaria en tanto el demandante haciendo uso del artículo 13 de la ley 100 escogió el régimen al cual quería estar afiliado, además de expresar que para la fecha en que solicitó a Colpensiones su traslado se encontraba dentro de una prohibición legal, conforme al artículo 2 de la Ley 797 del 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que no se acredita ningún vicio del consentimiento dentro del expediente ni obra ninguna muestra prueba de un vicio del consentimiento contemplado en el artículo 1740 del código civil ya sea error, fuerza o dolo, por lo cual fue sin presión y no afecto la validez del acto.

Respecto del deber de información aduce no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, puesto que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

Finalmente insiste en el tema de la descapitalización del sistema, solicitando se analice en concreto el caso, esto es, si es un afiliado lego o si tiene realmente beneficios en el régimen de transición para poder llegar a una conclusión en derecho y no solamente de manera automática aplicar el precedente, solicitando se absuelva a Colpensiones. (Audiencia virtual 26 de mayo del 2021, récord: 1:44:00)²

por lo tanto la cobertura también cumplió su objetivo, la compañía pues ya hizo efectiva esta circunstancia y por lo tanto pues no es viable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esta cobertura se presentara con mayor razón si estas no cumplirían con un objetivo en el RPM, cuando allí pues no se requiere contratar este tipo de seguros, con esto entonces dejo sustentado mi recurso de alzada, solicitando que se revoque este fallo o en caso en contrario que si se confirma se absuelva a la condena de gastos y sumas adicionales, muchas gracias”.

² “Gracias su señoría estando en la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal de Bogotá sala laboral para que revoque las condenas impuestas a Colpensiones, en especial lo pertinente a recibir al demandante sin solución de continuidad como afiliado de Colpensiones. Lo primero que quiero significar es que no está en discusión que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, así lo desprende el formulario de afiliación el cual fue aceptado en el interrogatorio, sometiendo su aspiración salarial y pensional a los requisitos y parámetros de la ley 100 de 1994, igualmente no es beneficiario del régimen de transición, por cuanto al primero de abril de 1994 no contaba con la edad, el actor suscribió el

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 LUIS GOMEZ RODRÍGUEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 6 y 7 Expediente digital Archivo 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 10 Expediente digital Archivo 3), aspirando se declare la nulidad absoluta del acto de afiliación por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS, en consecuencia se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones aceptar dicho traslado, agencias en derecho y costas del proceso, condenas *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus

formulario de manera voluntaria, lo anterior permite colegir que el traslado cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, no existe razón alguna para que la AFP negara el traslado estando vedado a rechazar una solicitud cuando una persona cumple con los requisitos.

En igual sentido quiero hacer énfasis como se hizo en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión que la afiliación fue voluntaria, el demandante haciendo uso del artículo 13 de la ley 100 escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado, además para la fecha la cual solicito a Colpensiones su traslado se encontraba dentro de una prohibición legal, conforme al artículo segundo de la ley 797 del 2003 la cual modifico el artículo 13 de la ley 100 y preciso que no podía hacerse el traslado faltándole más de diez años para pensionarse. Igual vuelvo a hacer énfasis en que no es escogió un monto pensional, sino una manera de financiar la pensión.

También no se acredita ningún vicio del consentimiento dentro del expediente no obra ninguna muestra prueba de que estemos frente a un vicio del consentimiento contemplados en el artículo 1740 del código civil ya sea error, fuerza o dolo, por lo cual fue sin presión y no afecto la validez del acto, el demandante tampoco hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, de manera tacita con el transcurrir del tiempo permaneció en el RAIS validando su escogencia.

Sobre el régimen de transición tenemos que el señor en la entrada en vigencia de la ley 100 no contaba ni con la edad ni con los quince años de cotización, razón por la cual no es beneficiario del régimen, ni contaba con una expectativa legítima, ni derecho adquirido en el RPM.

Respecto del deber de información no es razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, puesto que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiente solamente la posibilidad de defensa en la oportunidad para interponer recurso, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la constitución política el ajuste a las leyes preexistentes al acto que se juzga.

Y por último quiero volver a insistir en el tema de descapitalización del sistema y también de algunos de los fallos de las salas del tribunal de Bogotá sala laboral, no todos concuerdan que la ineficacia es procedente, si bien no es un precedente que deba ser de obligatorio cumplimiento para este despacho, sería bueno traerlo a colación como las salas de la señora Ángela y del doctor David Esteer, donde definitivamente se analiza en concreto el caso, se tiene en cuenta si es un afiliado lego o no, si tiene realmente beneficios en el régimen de transición para poder llegar a una conclusión pues más en derecho y no solamente de manera automática aplicar el precedente. En este orden de ideas solicito se absuelva a Colpensiones como ya lo manifesté y dejo sentando mi recurso de apelación, muchísimas gracias.”

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 como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e interés y rendimientos, así como a devolver de su propio patrimonio y debidamente indexados los deterioros sufridos por los recursos administrados, incluidos gastos de administración. 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 esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción.

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 11 de enero de 1962 (página 27 Archivo 3 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 25 de julio del 2019 (páginas 68 a 71 Archivo 3 expediente digital) y ante COLPENSIONES el 29 de julio del 2019, esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios

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”.

para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 3 años, 10 meses y 28 días o 201,14 semanas (*Resumen historia laboral para bono pensional visible en las paginas 227 y 228 Archivo 3 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **4 de mayo de 1994** (*paginas 65, 203 y 229 Archivo 3 expediente digital*) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el registro SIAFF de 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).

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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.

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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 del 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 desfavor de los consumidores financieros (...).”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al 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, contrario a ello, se recibió como prueba testimonial, las manifestaciones de MARTHA JANETH MENDEZ AREVALO⁶, quien afirmó haber sido compañera de trabajo del demandante en el DPN por lo que tiene conocimiento que el actor se trasladó de régimen pensional

⁶ Audiencia virtual 26 de mayo del 2021, récord: 48:30

toda vez que la AFP PORVENIR fue a las instalaciones de la empresa y en una charla general informó a todos los trabajadores que el ISS se acabaría y que por ende les convenía afiliarse a esa AFP dadas las ventajas que poseía el RAIS, tales como la rentabilidad y que se podían pensionar a cualquier edad.

Igualmente, debe destacarse las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (Audiencia virtual 26 de mayo del 2021 record: 14:50) 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 dijo que el ISS se acabaría, que se iba a pensionar a una edad inferior a la exigida por la Ley y que la mesada pensional sería mayor a la del RPM pero sin mayor explicación al respecto y sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 65 Archivo 3 expediente digital), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada Porvenir (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.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la AFP PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (4 de mayo de 1994, página 65 Archivo 3 expediente digital), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, se advierte 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 PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, 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 el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose 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 (...).”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones (ver páginas 158 y 159 Archivo 3 expediente digital), respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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 con las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

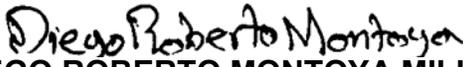
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA TERESA GARCÍA SCHLEGEL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 12 2019 00483 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR (fls. 182 a 186) y la DEMANDANTE (fl. 188), 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 y COLPENSIONES, 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 8 de junio del 2021 (Audiencia virtual, Cd fl. 173, audio 2, récord 22:37 acta de audiencia fls. 174 y 175), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA en sentido estricto de la razón jurídica de la afiliación de la demandante MARIA TERESA GARCIA SCHLEGEL realizada con la Administradora de Fondos Colmena hoy Protección de 26 de abril de 1994, la subsiguiente con la Administradora de Fondos Porvenir S.A según formulario 863160 del 04 de febrero de 1997.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante MARIA TERESA GARCIA SCHLEGEL con destino a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos, sin reconocimiento al régimen de transición, sin tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas Colpensiones y Porvenir de las demás suplicas de la demanda y **ABSOLVER** a Protección de todas y cada una de las pretensiones de la misma.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: Se CONDENA en COSTAS en la instancia.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

PORVENIR manifestó apartarse del fallo, por cuanto no se encuentra de acuerdo frente al análisis y traslado de la carga atendiendo a que la línea jurisprudencial que se trae a colación desde un aspecto factico hace referencia a casos diferentes al caso en concreto, pues los demandantes en dicha línea jurisprudencial tenían beneficios pensionales y al efectuar el traslado de régimen claramente les iba a perjudicar su situación pensional en la medida que renunciaron a dichos beneficios, aduciendo la demandante al momento de realizar su traslado de régimen no renunció a ningún beneficio pensional del cual pudiera concluirse que se le generó una afectación o un perjuicio, advirtiendo con el hecho de haber suscrito los formularios de afiliación con Colmena y con Porvenir, se acredita la voluntad por escrito, único requisito documental que debía probarse al momento del traslado.

Indica que la exigibilidad del deber de información se debe hacer en el contexto en el cual se realiza el traslado de régimen o el traslado horizontal, sin que en el presente caso se haya fracturado ese deber de información por cuanto insiste no estaba renunciando a ningún beneficio pensional al momento de efectuar dicho traslado de régimen.

Aduce que dentro del mismo interrogatorio la demandante indicó que se trató simplemente de un asunto de vinculación laboral, lo que conllevó su traslado de régimen y su posterior traslado a Porvenir, por lo que en su sentir los lineamientos para optar a las pretensiones de la demanda deben ajustarse a los supuestos facticos propuestos por la parte dentro del proceso judicial acreditados y probados, no accediendo a las mismas por cuanto existieron actos propiamente de relacionamiento ya que se estaba frente a una persona que no estaba renunciando a ningún tipo de beneficio pensional al momento de trasladarse de

régimen acreditando por el contrario un traslado horizontal. (Cd. fl. 173, record: 24:06)¹

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: La decisión adoptada por el fallador de primera instancia, atendiendo la línea jurisprudencial emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referente a los proceso de ineficacia de traslado propiamente al momento de adoptar su aplicación al caso en concreto se ajusta frente a la exigibilidad del deber de información y el traslado de la carga de la prueba a cargo de mi representada frente a la acreditación de ese deber de información, sin embargo frente al análisis y traslado de la carga de la prueba es claramente desproporcional, atendiendo que la línea jurisprudencial que se trae a colación desde un aspecto factico hace referencia a casos diferentes al caso en concreto, referente a que los demandantes en dicha línea jurisprudencial en esa primera etapa del deber de información que claramente surgió el traslado de régimen, condicionaban o se veían beneficiarios de beneficios pensionales y que efectuar el traslado de régimen claramente les iba a perjudicar su situación pensional en la medida que renunciaron a beneficios pensionales, esto es lo que la corte en su primera etapa del deber de información ha valorado para efectos de acreditarla como punto principal, para efectos también de realizar un traslado automático de la carga probatoria a las administradoras de pensiones, en el presente caso en particular la demandante al momento de realizar su traslado de régimen no renunció a ningún beneficio pensional que permitiera concluirse que se le generó una afectación o un perjuicio, claro es que en esa primera etapa considerando el mínimo de semanas que llevaba cotizadas, poco más de 30 semanas al sistema de seguridad social, pues propiamente no condicionaba ningún tipo de afectación, la situación o el efecto probado de haber suscrito los formularios de afiliación con Colmena y con Porvenir, propiamente acreditaron su voluntad por escrito que era el único requisito documental que debía supeditarse al momento del traslado de régimen frente a esta primera etapa de deber de información en la cual se dio su traslado de régimen y el posterior traslado horizontal efectuado a mi representada, en ese sentido se parte y se concluye frente a una falta de deber de información por parte del fallador de primera instancia partiéndose de la mala fe hacia las AFP, propiamente considerando que no se probó el aspecto del deber de información, propiamente la mala fe frente a las administradoras no puede acreditarse demás en más sino que debe probarse dentro de un proceso judicial el efecto de la exigibilidad del deber de información se debe hacer en el contexto en el cual se realiza el traslado de régimen o el traslado horizontal efectuado y como mencione anteriormente a la demandante en ningún momento se le fracturo su deber de información frente a que no estaba renunciando a ningún beneficio pensional al momento de efectuar dicho traslado de régimen, claro es que la desproporcionalidad de generar el traslado automático la carga de la prueba a las demandadas propiamente pone en desigualdad procesal referente a las partes para la valoración del caso en concreto.

Otro aspecto que no fue tratado en la decisión motiva fue la contradicción que existe dentro del escrito introductorio del interrogatorio de parte de la demandante, cuando en el mismo escrito introductorio se menciona una serie de motivos circunstancias que condujeron o motivaron a la demandante a realizar su traslado de régimen pensional con Colmena y propio es que dentro del mismo interrogatorio la demandante indicó que este tipo de circunstancias no le fueron mencionadas sino trato simplemente de un asunto de vinculación laboral, lo que conllevó su traslado de régimen y su posterior traslado con mi representada, en ese sentido propio es que los lineamientos para optar a las pretensiones de la demanda deben ajustarse a los supuestos facticos propuestos por la parte dentro del proceso judicial acreditados y probados dentro del proceso, no pueden desprenderse supuestos adicionales que conlleva a acceder a las pretensiones de la demanda o supuestos que no han sido probados dentro del proceso porque ellos claramente comprueba la falta de línea de conducción frente al hecho factico y al medio probatorio acreditado dentro del proceso judicial, en ese sentido pues propio es que no debió accederse a las pretensiones de la demanda, más aun cuando existieron actos propiamente de relacionamiento que si soportan los mismos supuestos facticos en el caso concreto de la demandante con la sentencia SL 3752 del 2020, en el evento en que en ese caso frente la absolución de las demandadas, frente a una persona que no era beneficiaria o no estaba renunciando a ningún tipo de beneficio pensional al momento de trasladarse de régimen acredita un traslado horizontal, pues propiamente vio circunstancias de información adicional que conllevaron su intención de permanencia dentro del RAIS, en el presente

COLPENSIONES por su parte solicita se revoque la condena impuesta a esa entidad de recibir a la demandante como afiliada al RPM, ya que dentro del proceso se configuraron actos de relacionamiento que acreditan el ánimo de permanecer en el RAIS, aunado a que tampoco se avizoran vicios del consentimiento que conlleven a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

De otra parte, solicita se revoque la absolución de los gastos de administración los cuales no fueron objeto de devolución por parte del fallador de primera instancia, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en donde se menciona que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de pensión de garantía mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, lo anterior en virtud a la declaratoria de ineficacia, en consecuencia advierte la decisión debió ir encaminada a la devolución de la totalidad de la cotización, dada la consecuencia de la ineficacia del traslado. (Cd fl. 173, record: 30:45)²

caso es que los supuestos facticos encajan al caso en concreto. Por lo anterior solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se sirva revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho, en su lugar absolver a mi representada de las condenas en las que fue incurso, gracias.”

² “Gracias su señoría en este momento procesal de la audiencia procedo a presentar recurso de apelación frente a la decisión proferida por su honorable despacho, solicito en primera lugar al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, revocar la condena impuesta a mi defendida en cuanto a recibir al afiliado al RPM, lo anterior como se ha verificado dentro del proceso se configura las causales de actos de relacionamiento que configuran el ánimo de permanecer en el RAIS por parte de la hoy demandante.

De otro lado tampoco se avizoran vicios del consentimiento que conlleven a la declaratoria de ineficacia de traslado que conforme se ha señalado las pretensiones que se hayan inmersas en el escrito de demanda son pretensiones de carácter económico que pretenden el reconocimiento de una prestación de un valor superior lo cual iría en detrimento de los recursos de la seguridad social que administra mi defendida.

De otro lado señores magistrados les solicito revocar la condena (sic) en cuanto a los gastos de representación los cuales no fueron objeto de devolución por parte del fallador de primera instancia, lo anterior sustentado en los precedentes jurisprudenciales que ha emanado la Honorable Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado, tenemos las sentencias 31989, 17795 del 2017, 4989 del 2018, 1421 del 2019, en donde se menciona que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de pensión de garantía mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales porcentaje destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, lo anterior en cuanto y en virtud a la declaratoria de ineficacia, en consecuencia la decisión debió ir encaminada a la devolución, dada la consecuencia de la ineficacia del traslado y esta consecuencia no es más de devolver la totalidad de la cotización, sin embargo se observa en el fallo que la misma no fue objeto de devolución y que no se condenó a la administradora de Fondo de pensiones privada a devolver la totalidad de la cotización, razón está que me lleva solicitar al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revocar la totalidad de la condena y absolver a mi representada de las

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA TERESA GARCIA SCHLEGEL en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (fls. 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (fls. 1 a 4), aspirando se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a Protección y Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos, los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar y a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión junto con los rendimientos bonos y/o títulos pensionales, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los valores generados por conceptos de aportes, juntos con sus rendimientos. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, COLMENA hoy PROTECCIÓN no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información cierta, suficiente y oportuna sobre la decisión que estaba tomando, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación, disponiendo que lo único que no debía devolver era lo relacionado con los gastos de administración dado que hacen parte de la gestión a favor de la actora mientras estuvo afiliada al RAIS.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora,³ los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones

pretensiones incoadas en el libelo demandatorio, muchas gracias su señoría dejando así por sentado mi recurso de apelación.”

³ 29 de septiembre de 1994 (fol. 38)

que prefirieran y 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 2002⁴.

En ese orden, en el caso de marras, se evidencia del reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones (fls. 179 y 180⁵) la actora registró afiliación a esa entidad el 21 de abril de 1993, y dado que según el formulario de solicitud de vinculación a COLMENA ésta se trasladó de régimen pensional el 29 de septiembre de 1994 (folio 38) lo procedente sería abordar el estudio de la validez del traslado previa constatación de la permanencia en el tiempo mínimo señalado en precedencia; no obstante, comoquiera que tal aspecto no hizo parte del petitum de la demanda ni 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, el cual se surte en razón a que la orden dispuesta por el Juez de primer grado puede ocasionar una eventual obligación de pago de una pensión a favor de la accionante (Ver sentencia SL 2035 del 2020⁶)

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

⁵ Impresa para mayor claridad del expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético (Cd fl. 169)

⁶ "Por tanto, contrario a lo aducido por la impugnación, la segunda instancia no tenía la limitación decisoria que ésta le enrostra, pues en virtud de la norma procesal que puso a operar, como imperativamente le

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de marzo de 1963 (fl. 15), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y PROTECCIÓN el 26 de febrero del 2019 (fls. 61 y 62) y ante COLPENSIONES el 21 de febrero del 2019 (fls. 63 y 64), es decir, cuando estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 8 meses y 14 días o 36.29 semanas (*historia laboral aportada por Colpensiones fl. 179*), 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, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de septiembre de 1994 (fls. 38 y 119) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (rta hecho 7 fl. 105 vto) y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, modificándose en este punto el fallo de primer grado en tanto se indicó que el traslado había ocurrido el 26 de abril de 1994.

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.

correspondía, debía revisar, sin restricción, la condena que en contra de COLPENSIONES fulminó el Juez unipersonal, así esta entidad hubiera apelado el primer fallo, únicamente, en punto del tema de la reclamación administrativa y a pesar de que el otro sujeto procesal, PORVENIR S.A, no haya promovido la alzada, pues es relevante que el silencio de ésta, frente al proveído inicial, se explica en que se le liberó de una eventual obligación de pago de una pensión a favor del actor, carga que se trasladó a la aseguradora de la cual es garante la Nación, en cuyo beneficio opera la dispensa del grado jurisdiccional de consulta, en el marco del debido proceso judicial, que garantiza y protege el artículo 29 de la CN. "

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁷, en los términos del artículo 1746 del

⁷ 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 de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN antes COLMENA.

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

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

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 desfavor de los consumidores financieros (...)

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

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

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

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

Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la actora, 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 demandante (Cd. fl. 173, audio 1, récord: 12:22) 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 COLMENA le indicó que debía firmar el formulario de afiliación para poder culminar su proceso de contratación, sin darle explicación alguna sobre el régimen de ahorro individual.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (fl. 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 PROTECCIÓN antes COLMENA. (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 124 y 125, 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 PROTECCION ante COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (29 de septiembre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos

que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco, incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (fl. 119) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación.

Precisando a PORVENIR y a COLPENSIONES en punto a su apelación, frente al de traslado a diversas AFP como hecho indicativo de actos de relacionamiento, debe memorarse el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y en la providencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021 donde se indicó que *“la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual”*, considerando:

iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

En este orden de ideas, no aprecia esta Sala de decisión elementos indicativos que lleven al convencimiento de que la actora efectuó diversos actos de

relacionamiento que dieran lugar a entender su voluntad de permanencia en el RAIS, pues nada de ello se adosó a los autos.

Por otro lado, se advierte a PORVENIR 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.

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

Advirtiéndose, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Ahora, para resolver la inconformidad expuesta en la alzada por COLPENSIONES, relacionada con la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la 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 accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

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.”

Así mismo en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se indicó:

“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 (...)”.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta (Ver Cd fl. 169 contestación demanda)⁹, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándose en los términos anteriores y con la modificación en relación con la fecha en que se efectuó el traslado de régimen de la actora.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia del Juez *a quo*, en cuanto a que la fecha del traslado de régimen de la actora fue el **29 de septiembre de 1994**.

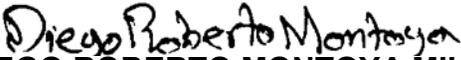
⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 12 de febrero del 2021 (fl. 172).

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para en su lugar ordenar a la AFP PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración por el periodo de afiliación de la accionante a dicha administradora.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente 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 MARIA YANETH
CAPOTE ZUÑIGA CONTRA PORVENIR S.A. y como interviniente excluyente
MARLENY TRIANA GUTIERREZ (RAD. 17 2015 00299 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada PORVENIR S.A. (folios 192 y 193), 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 a favor de la parte demandante, de la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el pasado 8 de junio de 2021, obrando de conformidad con el Acuerdo No. PCSJA21-11766 del 11 de marzo del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 25:35, Cd folio 187, acta folio 188), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda elevadas por la accionante MARIA YANETH CAPOTE ZUÑIGA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR mantener la reserva sobre el cincuenta por ciento del derecho pensional causado por la muerte del señor HECTOR FABIO HERNANDEZ MONSALVE, hasta cuando sea reclamado por la beneficiaria MARLENY HERNANDEZ TRIANA o hasta cuando jurídicamente se extinga esta ultima la posibilidad de su disfrute.*

***TERCERO: DECLARAR** probadas las excepciones de falta de causa para pedir y buena fe propuestas por la demandada Porvenir.*

***CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a la demandante como se dijo en la parte motiva.*

QUINTO: *En caso de no ser apelada la decisión conceder el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la demandante MARIA YANETH CAPOTE ZUÑIGA, de conformidad con el inciso segundo del artículo 69 del CPT Y SS."*

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 de la demandante, las pretensiones relacionadas a folios 3 a 6 del expediente, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 1 y 2 del mencionado expediente, aspirando principalmente se declare que en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por Fabio Hernández Monsalve tiene derecho a que se le pague el 100% del valor de la mesada pensional, en consecuencia se le reconozca el retroactivo del 50% del valor de las mesadas pensionales que le han sido retenidas, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso o en subsidio se hagan las declaraciones y condenas sobre todo aquello que resulte probado durante el transcurso del proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que la demandante no tiene derecho al acrecimiento de la pensión de sobrevivientes toda vez que el de cujus procreó una hija y su existencia prima sobre el derecho que pretende reclamar, precisando si bien ésta no se presentó al proceso ello no significa su renuncia a la pensión, máxime cuando a la fecha de la sentencia apenas cuenta con 12 años de edad, por lo que el restante 50% de la pensión debía continuar retenido por la AFP PORVENIR.

De tal manera, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si MARIA YANETH CAPOTE ZUÑIGA, es beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor HECTOR FABIO HERNANDEZ MONSALVE, en calidad de compañera permanente supérstite.

Así las cosas, previo a abordar el estudio de fondo ha de señalarse, no es objeto de debate en esta instancia que PORVENIR S.A. mediante comunicación del 24

de enero del 2011 le reconoció a la señora MARIA YANETH CAPOTE en calidad de compañera permanente el 50% de la pensión de sobrevivientes a partir del 8 de octubre del 2009, dejando en reserva el otro 50% correspondiente a la hija del de cujus MARLENY HERNANDEZ (ver fls. 11 y 70).

En primer lugar, sea del caso recordar, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de precisar, la norma llamada a definir el derecho a la pensión de sobrevivientes, como la del acrecimiento de sus cuotas respectivas a consecuencia de la extinción de la calidad de beneficiario de algunos de ellos, es la vigente al momento del deceso del causante (ver sentencia SL 2568 del 21 de abril del 2021)¹, por lo que la norma

¹ **“1. Norma que gobierna el derecho a la pensión de sobrevivientes y el acrecimiento de las mesadas pensionales de sus beneficiarios**

Tal y como lo precisó el juzgador acusado, la Corporación ha señalado que las normas que regulan la pensión de sobrevivientes, por regla general, son las vigentes a la fecha del fallecimiento del causante. Ese hito, igualmente, se ha fijado para los eventos en los que se resuelva el acrecimiento de la pensión, por tratarse de un derecho derivado, así se ha explicó, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL6079-2014, 14 may.2014, rad. 37169, en los siguientes términos:

Para dilucidarse el problema debe tenerse en cuenta que el acrecimiento pensional está ligado de manera necesaria a la estructuración de una pensión de sobrevivientes y a la acreditación de la condición de beneficiario de la misma. Por ello, a falta de dichos presupuestos, los aumentos que se piden por la pérdida del derecho de otro beneficiario son un imposible lógico, pues solo es dable incrementar algo que ya existe jurídicamente.

Como consecuencia, para la Corte el acrecimiento no tiene independencia frente a la pensión de sobrevivientes que le da vida, como pareció entenderlo el juzgador de segundo grado, pues, entre otras, por definición no es más que la posibilidad de ampliar un derecho ya reconocido y no el otorgamiento de uno nuevo que, por lo mismo, pueda pensarse de manera totalmente autónoma.

En tales condiciones, se reitera, la norma llamada a definir el reconocimiento de un acrecimiento pensional no es la vigente para la fecha en la que se verifica la pérdida del derecho de alguno de los beneficiarios, sino la misma que gobierna la pensión de sobrevivientes dentro de la cual opera tanto la extinción de una proporción de la prestación como el incremento consecencial de otra.

Dicha norma, de otro lado, según lo ha señalado la Sala de manera reiterada, no es otra diferente a la que tiene vigencia para la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado, de manera tal que, con arreglo a la misma, tanto para los beneficiarios como para la entidad de seguridad social que tiene a su cargo el reconocimiento de la prestación, se genera una situación jurídica que en sus condiciones esenciales no es susceptible de modificación.

En otros términos, las reglas vigentes para el momento en el que ocurre el deceso del afiliado o pensionado, que determinan la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes así como sus beneficiarios, conforman un estatuto normativo que debe regir los destinos de la prestación hasta su extinción definitiva, en todos aquellos derechos y beneficios que le son consustanciales.

Aunado a lo anterior, esta Sala de la Corte ha puntualizado que no es posible utilizar las disposiciones del sistema de seguridad social de manera retroactiva, so pretexto de aprovechar la que el interesado considere más favorable a sus condiciones, pues, por regla general, las normas sociales deben tener una aplicación general e inmediata. Frente a un caso similar al aquí analizado, en el que se discutían los porcentajes de distribución de una pensión de sobrevivientes, es sentencia CSJ SL,7 feb. 2006, rad. 26407 concluyó:

Conviene precisar que el Tribunal, para confirmar la absolución impartida por el a quo respecto de la pretensión de incremento de la sustitución pensional de la menor demandante, tomó en cuenta que por haber

que regula la situación planteada corresponde al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual se encontraba vigente para la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes a la accionante -8 de octubre del 2009- (fl.11)- data en la cual, extrae la Sala, ocurrió el deceso del señor HECTOR FABIO HERNANDEZ MONSALVE (q.e.p.d.) pues al plenario no se aportó el Registro Civil de Defunción. Dicha norma en su parte pertinente señala:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(..)

c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993².*

Conforme a tal normativa, como se indicó anteriormente, en el asunto no se discute la calidad de beneficiaria que ostenta la promotora del litigio como compañera permanente supérstite del señor HECTOR HERNANDEZ (Q.E.P.D), situación que además de haber sido así reconocida por la encartada, no fue objeto de controversia en el proceso en tanto no se discutió el cumplimiento de los requisitos a los que se refiere la preceptiva transcrita.

fallecido el señor Baldemar Rodríguez Arias el 25 de enero de 1990, fecha de la causación del derecho, eran aplicables al caso las normas que en ese momento estaban vigentes, como el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, la Ley 33 de 1973, el Decreto 690 de 1974, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, y no el inciso primero del artículo 28 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual entró a regir el 11 de abril de 1990, fecha de su publicación en el Diario Oficial, como equivocadamente lo pretende la censura.

² *Expresión subrayada 'hasta los 25 años' declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-451-05 de 3 de mayo de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández y la expresión subrayada "si dependían económicamente del causante" declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-066-16 de 17 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.*

Sin embargo, advierte la señora MARIA YANETH CAPOTE ZUÑIGA, la mesada le fue reconocida solo en un 50%, por cuanto el 50% restante se dejó en reserva a MARLENY HERNANDEZ como hija supérstite del causante.

Al respecto se tiene, de conformidad con el registro civil de nacimiento de MARLENY TRIANA HERNANDEZ, en efecto, es hija del señor HECTOR FABIO HERANNDEZ MONSALVE (Q.E.P.D); la cual nació el 2 de febrero del 2009, por lo que para la fecha del deceso de su progenitor (08/10/2009) apenas contaba con 8 meses de vida, y en esa medida, conforme al literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, es claro que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el deceso de su padre, pues en tratándose de los hijos del causante, solo se otorga la prestación siempre y cuando tengan 18 o menos años de edad o hasta 25 años si se acredita la imposibilidad de trabajar en virtud de sus estudios, precisándose la mayoría de edad solo se alcanzaría por la menor TRIANA HERNANDEZ hasta el 2 de febrero del 2027.

En esa dirección conforme lo señalado en el Decreto 1889 de 1994³ artículo 8, párrafo 1°, la parte de la pensión que se dejó en reserva (50%) por el derecho en cabeza de MARLENY TRIANA HERNANDEZ (hija del causante), solo podrá acrecentar la porción de MARIA YANETH CAPOTE ZUÑIGA quien ostenta la calidad de beneficiaria como compañera permanente supérstite, una vez expire o se pierda el derecho de la hija beneficiaria, lo cual en autos no se acreditó, pues a la fecha de la sentencia de primer grado (8/06/2021) la hija del de cujus apenas

³ **ARTICULO 8o. DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

(...)

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

PARAGRAFO 2o. La extinción del derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes.

contaba con 12 años y tampoco se demostró que hubiese fallecido, situaciones que impiden acceder a lo aquí reclamado, advirtiéndose el hecho de que la menor no se haya presentado a reclamar la prestación pensional no implica la pérdida de éste, pues ningún fundamento normativo así lo contempla.

Así las cosas, no se cumplen los presupuestos para la procedencia de las pretensiones anheladas, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia.

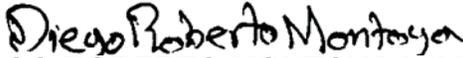
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

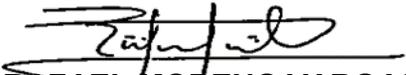
R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C.

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 PROMOVIDO POR CELESTINO NORIEGA SÁNCHEZ
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP (RAD. 21 2019 00467 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de conclusión por el extremo demandado (fl. 111), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de junio de 2021 (Cd. a folio 102, record 31:01 acta a folio 106), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CELESTINO NORIEGA SÁNCHEZ.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido conforme lo dicho en la parte motiva.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, a favor de la parte demandada, las cuales serán liquidadas por secretaria, las cuales se incluirán como agencias en derecho la suma de \$300.000 pesos.

CUARTO: En caso de no ser apelada esta decisión, CONSÚLTESE con el Superior por ser adversa a los intereses de la parte 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 del demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante señor CELESTINO NORIEGA SÁNCHEZ, las pretensiones relacionadas a folio 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 y 3, aspirando principalmente se condene a la demandada a indexar la primera mesada de su pensión de jubilación, con fecha de efectividad 13 de noviembre de 2003. En consecuencia, se disponga el pago de las diferencias pensionales resultantes hasta la fecha de inclusión de esta novedad, sin perjuicio de los reajustes anuales y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones** por cuanto se absolvió a la demandada de las aspiraciones incoadas en su contra por el actor, imponiendo costas a cargo de este último. Lo anterior tras considerar que la liquidación efectuada por CAJANAL en el acto administrativo de reconocimiento se ajustaba a los parámetros legales, como quiera que indexó el ingreso base de liquidación, esto es, lo actualizó al momento de reconocimiento, anotando, en la liquidación efectuada por el Juzgado se obtuvo un valor inferior al reconocido por la demandada al actor y en esa medida, no había lugar a acceder de manera favorable a lo pretendido.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa, debe precisarse, no fue materia de controversia ni lo es ahora, que al demandante le fue reconocida por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL pensión de jubilación, mediante Resolución No. 16112 de 13 de agosto de 2004 (folios 12 a 15), con fundamento en lo previsto en la Ley 33 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual se encontró beneficiario, a partir del 13 de noviembre de 2003 en cuantía inicial de \$931.439,43, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 3 años de cotización que arrojó la suma de \$1.241.919,24, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%.

Precisando lo anterior, en lo que toca a la indexación de la primera mesada pensional, valga recordar, la forma de reconocimiento del derecho pensional, el tipo de pensión o la data en que se haya reconocido la misma, no es óbice para la procedencia de esta actualización monetaria, así lo ha considerado la Corte Constitucional¹, y en el mismo sentido, pero por motivaciones distintas, la Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia SL736 de 2013, radicación No. 47709, en la cual concluyó la necesidad de reconsiderar su orientación y retomar la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a 1999, aceptando que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL1195 del 29 de enero de 2014 y SL4578 del 9 de abril de 2014.

De tal manera, resulta procedente indexar el monto del salario promedio devengado por el actor, siempre que este pierda su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo entre la fecha de retiro o finalización del contrato de trabajo y la data a partir de la cual se reconoce el derecho pensional.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que las pensiones liquidadas conforme se hizo en el presente asunto, esto es, bajo la égida de la Ley 100 de 1993², incluso en aplicación del régimen de transición, cuentan con su propio sistema de actualización, el cual consiste normalmente en la aplicación de la

¹ Sentencia C860 de 2006: “Adicionalmente, el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos –los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.” (negritas fuera de texto).

² Artículo 36 de la Ley 100 de 1993: (...)

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”

EXP. No. 21 2019 00467 01 CELESTINO NORIEGA SÁNCHEZ CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE.

Bajo tal orientación, la figura de la indexación de la primera mesada opera más comúnmente para pensiones reconocidas directamente por el empleador en los que el retiro del servicio se produjo en data considerablemente anterior al momento en que se cumple la edad para la pensión, razón por la cual el salario sufre envilecimiento y por ello debe ser indexado al momento del reconocimiento de la prestación.

La situación anterior, no se enmarca en el asunto de marras, por cuanto al demandante, como ya se dijo, le fue reconocida una pensión a cargo del sistema de seguridad social por ser beneficiario del régimen de transición al tenor de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así pues, es posible constatar de la liquidación efectuada por CAJANAL en el acto administrativo de reconocimiento (folio 12 a 15) que, en efecto, el promedio mensual para las anualidades 1994, 1995 y 1997 fue actualizado tomando en cuenta la variación del IPC anual, respectivamente, y, con base en ese salario indexado, se obtuvo el ingreso base de liquidación, así (folio 13):

F A C T O R E S	I.P.C	PROMEDIO MENSUAL	PROMEDIO ACTUAL (IPC)	PROPORCIÓN POR AÑO
1994 ASIGNACION BASICA	22.59	\$ 274694.44		
HORAS EXTRAS		\$ 111433.55		
FERIADOS		\$ 26620.00		
(Promedio mensual de 270 días)		\$ 412747.99	1361354.55	873456.04
(Aplica: IPC94-IPC95-IPC96-IPC97-IPC98-IPC99-IPC00-IPC01-IPC02)				
1995 ASIGNACION BASICA	19.46	\$ 330630.00		
HORAS EXTRAS		\$ 101555.14		
(Promedio mensual de 105 días)		\$ 432185.14	1179872.24	290132.52
(Aplica: IPC95-IPC96-IPC97-IPC98-IPC99-IPC00-IPC01-IPC02)				
1997 I.B.C.	17.68	\$ 342337.50		
(Promedio mensual de 52 días)		\$ 342337.50	643215.37	76330.68
(Aplica: IPC97-IPC98-IPC99-IPC00-IPC01-IPC02)				
T O T A L =			\$ 1,241,919.24	
I.P.C. --> 1994:22.59 1995:19.46 1996:21.63 1997:17.68 1998:16.70				
1999: 9.23 2000: 6.75 2001: 7.65 2002: 6.99				
Pension : (\$1,241,919.24 X 75%) = \$931,439.43				

La anterior información puede sintetizarse de la siguiente forma:

EXP. No. 21 2019 00467 01 CELESTINO NORIEGA SÁNCHEZ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

AÑO	DÍAS	PROMEDIO MENSUAL	PROMEDIO ATUALIZADO	PROPORCIÓN POR AÑO (actualizado)
1994	270	\$ 412.747,99	\$ 1.381.354,55	\$ 873.456,04
1995	105	\$ 432.185,14	\$ 1.178.872,24	\$ 290.132,52
1997	52	\$ 342.337,50	\$ 643.215,37	\$ 78.330,68
DÍAS	427	IBL		\$ 1.241.919,24 75% \$931.439,43
		TASA DE REEMPLAZO		
		PENSIÓN		

En orden de lo analizado, es claro que los salarios que sirvieron de base para liquidar la prestación, pese a que perdieron su poder adquisitivo entre su causación y la fecha en que se calculó la prestación, fueron debidamente indexados a la fecha de reconocimiento pensional (2003) y, por ende, no hay lugar a acceder a lo pretendido por el demandante.

En todo caso, no está demás anotar que, efectuados los cálculos de rigor por la Sala, con apoyo del grupo liquidador dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, atendiendo los salarios considerados por CAJANAL en su liquidación –mismos que no son materia de controversia en esta instancia- se obtuvo por concepto de mesada pensional actualizada al 13 de noviembre de 2003, la suma de **\$929.139,46³**, cifra que resulta levemente inferior a la liquidada por la entidad pensional -\$931.439,43-, situación que ratifica la imposibilidad de ajustar la primer mesada pagada al actor por no existir diferencias a su favor.

Atendiendo las anteriores consideraciones, es claro que, tal como lo concluyó la *a quo*, las aspiraciones en las que se funda el libelo introductorio no tienen vocación de prosperidad.

3

Cálculo IBL							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1994	270	14,93	49,83	3,338	\$ 412.747,99	\$ 1.377.577,52	\$ 12.398.197,66
1995	105	18,29	49,83	2,724	\$ 432.185,14	\$ 1.177.462,30	\$ 4.121.118,06
1997	52	26,55	49,83	1,877	\$ 342.337,50	\$ 642.511,40	\$ 1.113.686,42
Total días	427	Total devengado actualizado a:				2003	\$ 17.633.002,15
Total semanas	61	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.238.852,61
Total Años	1,18	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 929.139,46
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2003	\$ 332.000,00

De esta manera surtido el grado jurisdiccional de consulta, se agota la competencia de la Sala, por lo que al haberse arribado a idénticas conclusiones a las vertidas por la juez de primer grado, habrá de confirmarse la misma.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

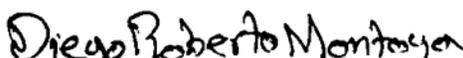
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

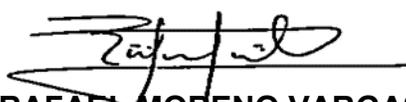
RESUELVE

PRIMERO: 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROBERTO TOVAR CRUZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS hoy SKANDIA, PROTECCIÓN S.A. y la vinculada como litisconsorte necesario PORVENIR S.A. (RAD. 23 2019 00434 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 416 y 417) y DEMANDANTE (fls. 419 y 420), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 13 de mayo del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. fl. 411, récord 1:19:43, acta fl. 410), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Protección, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir, Old Mutual Pensiones y Cesantías hoy Skandia Pensiones y Cesantías y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor demandante.*

***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** al señor demandante a favor de las demandadas.*

***TERCERO:** De no ser apelada la presente sentencia se Ordena se surta grado jurisdiccional de **CONSULTA**, se revise la totalidad de la decisión a favor del señor demandante, teniendo en cuenta que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones.”*

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, expresando que si bien el juez de primera instancia aduce que el demandante obtuvo conocimiento de que le era más conveniente retornar al RPM hasta al año 2012-2014, lo cierto es que se intentó hacer un retorno, pero el mismo fue negado alegando que la afiliación no era legible.

Expresando se debe tener en cuenta la sentencia No. 1421 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia en el entendido que el supuesto de re asesoría no subsana esa deficiencia de información que precisamente se da en el momento en que se realiza el traslado inicial, por lo que en su sentir las AFP demandadas no lograron acreditar que en el momento en que se hizo ese traslado inicial hayan brindado una información, clara, concreta y transparente respecto a cada una pues de esas implicaciones que acareaba ese traslado de régimen pensional, reiterando se debe revisar en detalle el presente litigio. (Cd fl. 411, record: 1:20:31)¹

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

¹ “Gracias su señoría con todo respeto me permito manifestar que me aparto de la decisión tomada por el despacho, procedo a interponer recurso de apelación el cual se sustenta en los siguientes términos:

Respetuosamente le ruego a los Honorables magistrados tener en cuenta que en el caso en particular en concreto, si bien el juez de primera instancia aduce que el demandante obtuvo conocimiento de que le era más conveniente retornar al RPM hasta al año 2012-2014, lo cierto es que si intenta hacer un retorno y esto está acreditado y así como en la contestación de la demanda se manifiesta por la misma entidad demandada, esta Skandia y es que se radico una reclamación, Primero que todo que mi mandante nació el 25 de octubre de 1966 y para el 06 de septiembre del 2018, pues contaba con 51 años para esa fecha, para el 24 de octubre del 2018 se realiza una solicitud de traslado de régimen pues precisamente para Colpensiones esta solicitud se radica ante Skandia Pensiones y Cesantías y esta administradora hace caso omiso a esta solicitud y apenas un mes y medio después contesta, esto es respuesta que pues también en el expediente para el 24 de octubre del 2018, rechazando la afiliación y alegando que pues la afiliación no era legible, esto que nos lleva a concluir que efectivamente mi mandante si trata de retornar, sin embargo pues esta administradora no lo permite y de ahí es que el decide empieza a buscar la forma precisamente de retornar y es cuando pues presenta la acción de tutela que el aduce en su interrogatorio, en este punto honorables magistrados les ruego se tenga en cuenta la sentencia 1421 del 2019 emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en el entendido que el supuesto de re-asesoría no subsana esa deficiencia de información que precisamente se da en el momento en que se realiza el traslado inicial, es claro como el mismo juez de instancia lo resaltó pues estas administradoras no lograron acreditar que en el momento en que se hizo ese traslado inicial hayan brindado una información, clara, concreta y transparente respecto a cada una pues de esas implicaciones que acareaba ese traslado de régimen pensional y la parte que se ruego a los Honorables Magistrados es que se revise en detalle, es que efectivamente si se presentó esa reclamación y si se intentó el retorno estando aún más de los diez años para precisamente perder el derecho de retorno, entonces en estos términos señores magistrados vuelvo y repito se tenga en cuenta la sentencia 1421 del 2019, así como la reclamación de fecha 06 de septiembre del 2018 y que efectivamente mi mandante realizo aun encontrándose con 51 años de edad por lo que era dable autorizar ese retorno al RPM, en estos términos honorables magistrados pues dejó sustentado mi recurso de apelación, rogando se revoque la sentencia de instancia, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **ROBERTO TOVAR CRUZ** 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 2 a 6), aspirando se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando su traslado y afiliación a Colpensiones, en consecuencia solicita se ordene a OLD MUTUAL S.A. (fondo de afiliación actual) a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieran causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir ello con su propio patrimonio y en caso de haberse otorgado pensión hasta tanto se trasladen todos los recursos a Colpensiones, costas del proceso que incluyan las agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **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, tras considerar que la AFP PROTECCIÓN había logrado acreditar, principalmente con el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, la suficiencia de la información entregada sobre la cuenta de ahorro individual, la forma de pensionarse en ese régimen y otros aspectos propios del RAIS, enfatizando, el actor conoció sobre la posibilidad de trasladarse al ISS, además adujo haber recibido una reasesoría y proyección de mesada pensional para los años 2012 a 2014, obteniendo con ello una confesión sobre su deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual, con lo cual se acredita la información clara y oportuna por parte de las AFP.

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

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 25 de octubre de 1966 (folio 96), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 6 de septiembre del 2018 (fls. 70 y 71) la cual fue negada por la causal “*Traslado rechazado por afiliación ilegible*” (fl. 73) y ante PROTECCIÓN y OLD MUTUAL el 12 de marzo del 2019 (fls. 80 y 83), precisando si bien la solicitud de traslado ante el RPM se efectuó cuando le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, se tiene que tal aspecto no es sobre el cual se funda la ineficacia del traslado, por ende la Sala continuara con el estudio del punto objeto de apelación el cual se centra en establecer la omisión en el deber de información por parte de las AFP.

De esta manera, como ya se indicó 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 11 de julio de 1995, con fecha de inicio de efectividad el 1° de agosto de 1995, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP de folio 375, **precisándose** en este punto en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues PROTECCIÓN desde la contestación de la demanda aceptó que el actor se trasladó mediante afiliación realizada el 11 de julio de 1995 (al pronunciarse sobre el hecho 2 y la pretensión primera fls. 355 y 360), 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.

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

Así las cosas, 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 tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos

pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de

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

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.

una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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, para esta Corporación en manera alguna se encontró acreditado, 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 el demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad y con un monto más alto al que le otorgaría el ISS, no comentó como podría ser ello posible dentro del régimen pensional al que se estaba afiliando. Adicionalmente, aunque dijo que se le advirtió de la apertura de una cuenta de ahorro individual y la generación de rendimientos, desconocía qué se hacía con el dinero, qué eran los aportes voluntarios, las condiciones para acceder a una pensión anticipada, qué ocurría si fallecía o sobre la existencia de beneficiarios. Igualmente, pese a que relató, le informaron que sus semanas cotizadas en el ISS serían trasladadas al nuevo fondo, no indicó cómo sería el proceso para que ello ocurriera.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, el 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 el actor, 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 reconocería el ISS. Estas características estaban contenidas en las regulaciones

⁵ Cd fl. 411, récord 12:58.

vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

A más de lo anterior, se advierte si bien en el interrogatorio señaló el actor que recibió una reasesoría pensional, tal situación no prueba de forma alguna el suministro de información señalado en esta providencia, pues conforme se ha venido señalando, **debe ser suministrada es para al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con la información dada para los años 2012 y 2014, pues el traslado de régimen se efectuó mediante la afiliación a Protección el día 11 de julio de 1995 (fl. 375).

Tampoco, incide el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (ver fl. 61) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación.

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 y lo expuesto en reciente providencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021 donde se indicó:

iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCION S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (11 de julio de 1995, folio 375), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de OLD MUTUAL hoy SKANDIA como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (fl. 64), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales 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 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 de la demandante.

Además, se advierte, 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 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, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, 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.”

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 y Protección (fls. 267 y 364)⁶, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, 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 y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante autos del 30 de enero del 2020 y 3 de agosto del 2020 (fls. 388 y 402).

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)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, ordenando a la demandada OLD MUTUAL hoy SKANDIA, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN 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

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

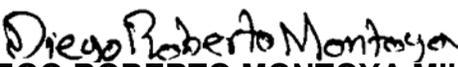
PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por ROBERTO TOVAR CRUZ el 11 de julio de 1995 al Régimen de Ahorro Individual, con fecha de efectividad 1° de agosto de 1995 y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

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

TERCERO: CONDENAR a la demandada **OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración y seguros previsionales.

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

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 JAIRO ALEJANDRO FERNANDEZ ORTEGA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (RAD. 26 2019 00571 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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 105 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 102 a 105), 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 desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado

22 de abril de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 45:26, CD folio 80, acta folios 81 a 83), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante JAIRO ALEJANDRO FERNANDEZ ORTEGA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir de septiembre de 1999, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y que contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: DECLARAR como petición antes de tiempo la solicitud de pensión.

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia.”

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 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 del demandante JAIRO ALEJANDRO FERNANDEZ ORTEGA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 5 y 6) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 5), aspirando se declare que fue mal asesorado e informado por parte de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 1999 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional; que no hubo una asesoría que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez; que a través de información no veraz COLFONDOS lo llevó a tomar la decisión de trasladarse de

régimen pensional prometiendo iguales y/o mejores beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media; que la AFP demandada le generó una afectación de sus derechos pensionales; que la vulneración a su derecho de información derivó en la afectación a la su vida digna y vulneró los principios objetivos contenidos en la Ley 100 de 1993 en razón a que le está generando un detrimento patrimonial. En consecuencia, se declare la *“nulidad e ineficacia del traslado de la afiliación (sic) en pensiones con COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS”* en razón a que la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia de este. Igualmente, pide se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes junto con los rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene COLFONDOS S.A., condenando a la primera a activar su afiliación en el RPM, recibir los recursos trasladados por la AFP y permitirle solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez una vez acredite los requisitos contemplados en dichas disposiciones. **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 COLFONDOS, disponiendo a esta última como actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, ordenando igualmente a COLPENSIONES aceptar los recursos trasladados y actualizar la historia laboral del actor. 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 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 2002¹.

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 3 de mayo de 1959 (folio 16 y vto.), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de mayo de 2019 (folio 19), 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 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 27,57 semanas cotizadas (reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones CD folio 77) equivalentes a 0,58 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de septiembre de 1999** (folio 24) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

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

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

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 tunc², 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

² Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de

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

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

(…)

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

(…).

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

decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁴ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que el asesor de COLFONDOS le manifestó que el ISS tenía problemas de liquidez y se iba a cerrar, siendo recomendable afiliarse a ese fondo porque tendría iguales o mejores expectativas de pensión y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Tampoco deviene acreditado con lo advertido por el representante legal de COLFONDOS⁵, en tanto fue enfático en manifestar que la asesoría brindada al convocante se otorgó de manera verbal, por lo que no tenían soporte documental distinto al formulario de afiliación, por lo que infiere que el asesor entregó la información completa al demandante por ser esta una política de la sociedad y dada la capacitación brindada a sus trabajadores.

⁴ Audiencia virtual realizada el 22 de abril de 2021, CD folio 80, récord 08:07.

⁵ Audiencia virtual realizada el 22 de abril de 2021, CD folio 80, récord 23:07.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 24), 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 se advierte ausentes en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (12 de septiembre de 1999, folio 24), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Igualmente, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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 la administradora de pensiones COLFONDOS a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual 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, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia 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 actor.

Asimismo, 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 y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

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.”

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 Consulta⁶ (folio 69), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 6 de abril de 2021, folio 79.

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 y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la

pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

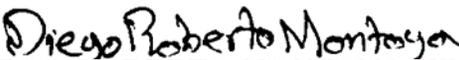
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GONZALO MONTOYA
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL
Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
– (RAD. 27 2019 00667 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 41 y 42) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de mayo del 2021 (Cd. fl. 34, record 16:16), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al señor GONZALO MONTOYA una pensión restringida de jubilación a partir del 24 de marzo del 2018 en cuantía inicial de \$1.206.318, la cual deberá ser reajustada anualmente y pagarse en catorce mesadas al año.

SEGUNDO: DECLARAR que la pensión aquí reconocida es compartible con la que eventualmente llegue a reconocer Colpensiones o la que ya haya reconocido, en este caso quedara a cargo de la UGPP, únicamente el mayor valor si lo hubiere y la mesada catorce en caso de que la pensión reconocida por Colpensiones no sea en catorce mesadas al año.

TERCERO: CONDENAR a la UGPP a pagar al señor GONZALO MONTOYA en caso de existir diferencias pensionales a su cargo o en caso de tener a su cargo la mesada catorce, dichas sumas de dinero de manera indexadas desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectuó el pago.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción y las demás excepciones propuestas por la UGPP, conforme a lo aquí explicado.

QUINTO: CONDENAR a la demandada UGPP en la suma de \$850.000 como agencias en derecho.”

Contra lo así decidido, el extremo demandado interpuso recurso de apelación señalando que el demandante no cumple con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión sanción dispuesta por el artículo 8 de la Ley 171 del 1961 que tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha en la cual empezó a regir el artículo 143 de la ley 100 de 1993, disposición que no contemplaba las pensiones por retiro voluntario, por lo que en su sentir el señor Gonzalo Montoya al 01 de abril de 1994 no había cumplido las condiciones de 60 años de edad, puesto que a esta fecha tenía 36 años y ocho días de edad, como tampoco demostró el despido sin justa causa (Cd fl. 34, record: 17:39)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 GONZALO MONTOYA en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 6 del expediente, 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 2 de febrero de 1977 al 30 de diciembre de 1992; que en audiencia especial de conciliación, dieron por terminado el contrato de trabajo a término indefinido por mutuo consentimiento a partir del 31 de diciembre de 1992, por ende tiene derecho a la pensión de

¹ “Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho, indicando que respecto del reconocimiento de la pensión de jubilación proporcional que se dio en esta presente sentencia el demandante no cumple con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión sanción dispuesta por el artículo octavo de la ley 171 del 1961 que tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a la cual empezó a regir el artículo 143 de la ley 100 de 1993, disposición que no contempla las pensiones por retiro voluntario, en consecuencia el señor Gonzalo Montoya al 01 de abril de 1994 no había cumplido las condiciones de 60 años de edad, puesto que a esta fecha tenía 36 años y ocho días, en ese sentido tampoco demostró el despido sin justa causa, de igual manera su señoría me reitero en todos los argumentos que se expusieron tanto en la contestación de la demanda para presentar este recurso de apelación y cada uno de los argumentos que están en el acta de comité de conciliación 2561 del 11 de mayo del 2021 que expresa el sentir de la entidad que represento y de igual manera lo expuesto en los alegatos de conclusión para que se tenga en cuenta todo ello, presentado este recurso de apelación contra las sentencia proferida por el despacho el di de hoy, muchas gracias.”

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 24 de marzo de 2018, 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 24 de marzo del 2018, en cuantía inicial de \$1.206.318, y disponiendo que la UGPP solo debía cancelar el mayor valor a su cargo en el evento de haber sido ya reconocida una pensión de vejez a favor del actor, tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley para adquirir el derecho a la pensión restringida de jubilación, aclarando que la edad es un requisito de exigibilidad mas no de causación.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa por vía de apelación y consulta en favor de la UGPP, es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (obrante a folio 20), el demandante se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. el 2 de febrero de 1977 y se desvinculó el 30 de diciembre de 1992; año en que el accionante y la Caja Agraria resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, a partir del 31 de diciembre de 1992 en audiencia especial de conciliación, llevada a cabo el 11 de diciembre de 1992 ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia (página 21).

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), el accionante nació el 24 de marzo de 1958 por lo que cumplió la edad de 60 años el **24 de marzo de 2018**, así como, de conformidad con la certificación atrás referida obrante a folio 20, se puede corroborar que éste prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, por espacio de 15 años, 10 meses y 5 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 2014² y la SL 3443 del 21 de agosto del 2019³, por lo que sin lugar a dudas, el señor GONZALO MONTOYA reúne 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, 24 de marzo del 2018, como así se definió en sentencia de primer grado.

² “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 8º 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 8º, 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, (...)”

³ “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 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”

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 del accionante, 31 de diciembre de 1992 (fl. 22), 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 2010⁴ y en la SL 5031 del 9 de diciembre del 2020⁵.

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

⁴ “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”.

⁵ “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. 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.”

*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*⁶, 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 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 2008⁷, 36224

⁶ *“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:
(...)

⁷ *“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.

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 2010⁸, 45545 del 6 de septiembre de 2011, 38051 del 4 de julio de 2012⁹ y más recientemente en la SL839 del 1° de marzo del 2021¹⁰.

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 rad. No. 38885¹¹, SL13192 del 23 de septiembre de 2015 rad. 62723¹² y SL2427

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”.

⁸ **“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...”**

⁹ *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”.

¹⁰ *“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.”*

¹¹ *“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 1°, 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 1° 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

del 17 de febrero de 2016 radicación No. 52339¹³, 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 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 tercero¹⁴ de dicha disposición.

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.

¹² *“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 1° de la Ley 33 de 1985, que a la letra reza:*

“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.

Y su liquidación se hará conforme a lo señalado en el mentado artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año que modificó el 3° de la ley anterior y que así dice:

“Artículo 1°. 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.”

¹³ *“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.”*

¹⁴ 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**

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 **\$204.036** (fl. 20), el cual solo puede incluir los factores salariales reseñados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 percibidos por el actor, esto es, asignación básica (\$161.933) y prima de antigüedad técnica, ascensional y de capacitación (\$42.103) advirtiendo los demás factores que podían tenerse en cuenta no fueron devengados por el accionante.

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2018 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470¹⁵ y 31222¹⁶, valor

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.

¹⁵ *Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.*

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

¹⁶ *“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

al cual se le aplica el porcentaje proporcional hallado de 59.44% por los 5707 días laborados¹⁷, que corresponde a la proporción señalada en la norma así:

VH	IPC Final Dic/17	IPC Inicial Dic/91	VA	Monto	Valor Primera Mesada Actualizada
\$204.036	138,85	13,90	\$2.038.158,17	59.44%	\$1.211.481,22

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 la Juez de instancia (**\$1.206.318**), 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, estas deben corresponder a **14 mesadas**, pues a pesar de haberse causado la pensión en 1992, 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 -24 de marzo de 2018- (cuando el demandante alcanzó los 60 años de edad), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto

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...

¹⁷ 02/02/77 al 30/12/92= 5707 días x 75/7200=59.44%

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 compartibilidad de dicha pensión con la que le fue reconocida por el sistema general de pensiones al accionante, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, si lo hubiere, precisando la Sala se desconoce el valor que le fue otorgado por parte de COLPENSIONES mediante Resolución No. 135385 del 5 de mayo del 2016, pues solo se cuenta con el registro RUAJ donde se anota tal información (ver fl 40), no siendo posible por ende establecer en esta instancia el valor adeudado por retroactivo de diferencias pensionales.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada (Archivo 3 expediente digital)¹⁸, debe señalarse en éste punto, no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 24 de marzo del 2018 data en la que el demandante cumplió los 60 años de edad (fl. 19); presentando reclamación el 20 de marzo del 2019 (fl. 24), siendo negado su derecho pensional mediante acto administrativo RDP 019449 del 27 de junio del 2019, notificada el 8 de julio del 2019 (expediente administrativo en Archivo virtual), acudiendo entonces a la jurisdicción el actor el 21 de octubre del 2019 (fl. 26), por lo que evidentemente, no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo, prohiéndose la sentencia consultada también en éste punto.

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

¹⁸ Por auto del 6 de mayo del 2021, se tuvo por contestada la demanda de la UGPP (Archivo 6 expediente virtual).

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 24 de marzo del 2018, 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.

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 actor¹⁹, 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.

¹⁹Ver 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,

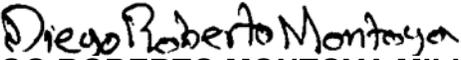
RESUELVE

PRIMERO: 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LENNIS BAEZ ALVAREZ CONTRA ANTEK S.A.S. y ANKAA ENERGY S.A.S. (RAD. 30 2018 00369 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el apoderado del demandante (fls. 211 y 212) y de ANKAA ENERGY S.A.S. (fls. 208 y 209), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante y la apoderada de Ankaa Energy S.A.S., contra la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo de 2021 (Cd. fol. 199 record 37:36 acta a folios 200-202), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARESE que entre la demandada ANKAA ENERGY S.A.S., como empleadora, y el señor LENNIS BAEZ ALVAREZ, identificado con C.C. No. 91.179.876, como trabajador, existieron dos contratos de trabajo, el primero por obra o labor determinada desde el 26 de noviembre de 2014 al 02 de agosto de 2015 y el segundo contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desde el 25 de diciembre de 2015 hasta el 30 de junio de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENESE a ANKAA ENERGY S.A.S. a pagarle al demandante LENNIS BAEZ ALVAREZ, identificado con C.C. No. 91.179.876 las siguientes cantidades de dinero y conceptos:

- a. \$11.750.866 por concepto de liquidación del contrato de trabajo por obra o labor contratada con extremos laborales del 26 de noviembre de 2014 al 02 de agosto de 2015.
- b. \$10.428.400 por salarios correspondientes al 25 de diciembre de 2015 al 30 de junio de 2016.
- c. \$869.033 por cesantías.
- d. \$50.516 por intereses a las cesantías.

- e. \$869.033 por prima de servicios.
- f. \$434.517 por compensación en dinero de las vacaciones.
- g. Al pago diario de \$56.066,66 a partir del 01 de julio de 2016 hasta el 30 de junio de 2018 que asciende a la suma de \$40.368.000 y a partir del mes 25 a pagar intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la superintendencia financiera para créditos de libre asignación, liquidados por salarios, cesantías y prima de servicios por indemnización moratoria art. 65 del CST.
- h. A pagar los aportes pensionales causados durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2016 hasta el 30 de junio de la misma anualidad, pago que deberá efectuarse a la administradora de pensiones PROTECCION S.A. o a donde se encuentre afiliado el demandante, y quien deberá acreditarlo ante este despacho o ante la demandada, teniendo en cuenta para el efecto como IBC el salario equivalente \$1.682.000.

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ABSUELVASE a la demandada ANKAA ENERGY S.A.S. de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARESE probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO formuladas por ANTEK S.A.S. y no probadas las formuladas por ANKAA ENERGY S.A.S.

QUINTO: ABSUELVASE de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a ANTEK S.A.S.

SEXTO: CONDENESE en costas a la demandada ANKAA ENERGY S.A.S. Líquidense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$4.000.000 a favor de la demandante.

SEPTIMO: CONDENESE en costas al señor LENNIS BAEZ ALVAREZ. Líquidense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$800.000 a favor de ANTEK S.A.S.

OCTAVO: SEÑALESE como gastos de curaduría la suma de \$600.000, a favor de la auxiliar de la justicia de ANKAA ENERGY S.A.S. y que debe cubrir el demandante y se debe tener en cuenta al momento de liquidar costas, si se acredita su pago.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante recurre la decisión en lo atinente a que no se declaró como verdadero empleador del demandante a la empresa ANTEK S.A.S., argumenta la abogada que con la demanda se aportaron dos pruebas que dan fe de la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la empresa ANTEK S.A.S. y que corresponden a un correo electrónico de fecha 25 de agosto de 2014 remitido al demandante por la señora Diana Téllez en calidad de analista de selección de ANTEK S.A.S. donde la remitente le envía al señor Lennis Báez la remisión para los exámenes médicos de ingreso y le da instrucciones respecto a los documentos que debe aportar para la vinculación contractual; también hace referencia a un abono que la compañía ANTEK S.A.S. realizó a favor del demandante el 04 de enero de 2016 y a las declaraciones de los testigos del demandante a quienes califica de coincidentes o congruentes al

manifestar que las personas que le daban las ordenes al demandante eran trabajadores de la compañía ANTEK S.A.S tales como Alejandro Soto y tales como el gerente general de la misma compañía, razón por la que para la recurrente es evidente que ANTEK S.A.S. era la verdadera empleadora y no ANKAA ENERGY S.A.S. empresa esta última que cataloga de papel, porque todas las actividades que el demandante desempeñó en los extremos temporales aludidos en la sentencia fueron a favor de ANTEK S.A.S. únicamente.

La recurrente solicita que en caso de que no se acceda a la declaratoria de ANTEK S.A.S. como verdadera empleadora se estudie la posibilidad de declarar la solidaridad de esta empresa frente a las condenas que se impusieron a cargo de ANKAA ENERGY S.A.S. porque considera que se demostró que la obra o labor desempeñada por parte del señor Lenis Baez está dentro del objeto social de ANTEK y ANKAA ENERGY S.A.S y porque la beneficiaria de la labor era ANTEK S.A.S.

Por otro lado, la apoderada del demandante solicita se acceda al reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa por considerar que está demostrado que el empleador nunca manifestó su intención de terminar la relación laboral y mantuvo vigente durante bastante tiempo el vínculo laboral, hasta que el demandante tuvo que buscar trabajo en otra empresa para poder garantizar su mínimo vital y por último, solicita se revoque la condena en costas a favor de ANTEK S.A.S. y a cargo de su poderdante.¹ (Cd. fol. 199, record 42:10 acta folio 200).

¹ “De conformidad con la sentencia que acabó de emitir el despacho de primera instancia me permito presentar recurso de apelación en los siguientes términos: sea lo primero en resaltar que el despacho decidió no declarar la solidaridad existente entre la compañía ANKA ENERGY S.A.S y ANTEK S.A.S manifestando que no había prueba suficiente respecto del vínculo que tenían estas dos empresas o mejor de la prestación del servicio que había hecho el señor Lenis Báez para la empresa ANTEK S.A.S y por ende no emitió condena alguna en contra de la compañía ANTEK S.A.S; en efecto es importante señalar al despacho que, si bien manifestó dentro de la parte considerativa de su sentencia que se había aportado un correo o un pantallazo de correo electrónico que no se encontraba dirigido a nadie como prueba documental me permito manifestar que, el folio que se aportó si está dirigido y pues, me permito leerlo y mencionarlo está dirigido el día 25 de agosto del 2014 hora 17:23 por parte del correo selección@anteksa.com y está dirigido al señor Lenis Baez, lo que quiere decir que si hay prueba fehaciente de que este correo se emitió al señor demandante, en este sentido me permito manifestar y abro comillas del contenido del correo “*buenas tardes señor Lenis Baez tal como acordamos telefónicamente adjunto remisión de exámenes médicos para que por favor vayas a las 7 am en ayunas a la dirección que aparece en la remisión la última comida que puedes consumir del día es a las 8 pm debes llevar esta remisión con la fotocopia de tu cedula estos exámenes incluyen la vacuna del tétano, la vacuna de la fiebre amarilla te la debes poner por tu parte y en caso de no tenerla, esa la ponen gratis en la terminal o los aeropuertos 2. Lista de documentos para que por favor diligencias completos y me los traigas el miércoles a primera hora en caso de que no te lleguen los resultados mañana por favor me avisas para reprogramar la entrega de documentos y te recomiendo la carta de prácticas de la universidad para que por favor me la envíes escaneada a este correo apenas te la entreguen cualquier duda que tengas me escribes por favor gracias. Cordialmente Diana Tellez*”. Diana Tellez en calidad de analista de selección de ANTEK S.A, quiere decir que el señor Lenis Baez a pesar de cómo lo manifestó la apoderada de la compañía ANTEK S.A

en liquidación si tuvo un vínculo con la compañía ANTEK y adicionalmente es importante traer a colación que dentro de la documental que se aportó con el escrito de la demanda como prueba documental está un abono que realizó la compañía ANTEK S.A.S al señor Lenis Baez y este abono lo realizó en la fecha del extracto correspondiente al 4 de enero del año 2016 quiere decir que no se entiende por qué el despacho interpretó que no había existido ningún tipo de vínculo o relación entre el demandante y la compañía ANTEK S.A.S cuando hay 2 pruebas tales como el correo electrónico que acabo de citar y el pago a favor que se hizo por parte de ANTEK S.A.S a favor del señor Lenis Baez toda vez que estos 2 documentos dan prueba fehaciente de que hubo algún tipo de vínculo o relación y además conviene subrayar que el despacho no valoró adecuadamente la prueba en que se hizo el pago toda vez que como lo manifestó erróneamente la apoderada de ANTEK S.A.S ella manifestó que nunca habían tenido en ningún registro al señor Lenis Baez y si eso fuera cierto porque entonces la compañía ANTEK S.A.S efectuó un pago a favor del señor Lenis Baez para el mes de enero exactamente el 4 de enero del año 2016 quiere decir que si hubo un tipo de relación un tipo de vínculo entre el señor Lenis Baez y ANTEK S.A.S y ahora bien para determinar el tipo de vínculo es importante manifestar que se equivoca el despacho también respecto a la apreciación que le dio al vínculo o a la inexistencia mejor del vínculo que manifestó el despacho cada vez que los dos testigos acudieron al juzgado fueron coincidentes o congruentes al manifestar que las personas que le daban las ordenes al demandante eran trabajadores de la compañía ANTEK S.A.S tales como Alejandro Soto y tales como el gerente general de la misma compañía y pues, no se entiende porque el despacho no valoró estas apreciaciones cuando los dos fueron coincidentes y porque habrían de conocer los nombres de las personas que trabajaban o que pertenecían a ANTEK si supuestamente el demandante no tenía ningún vínculo o no prestaba ningún servicio para la compañía ANTEK S.A.

También es importante señalar que dentro de los testimonios que se rindieron, como bien lo dijo el despacho en el resumen de los testimonios de los testigos, valga la redundancia, es importante señalar que ellos manifestaron que todas las instrucciones todas las ordenes todos los equipos todos los vehículos todos los elementos eran administrados por ANTEK quiere decir que efectivamente aquí se presentó una relación laboral bajo las premisas o bajo la figura del contrato realidad con la compañía ANTEK S.A.S en la liquidación toda vez que si bien dentro del escrito y de la prueba documental que valora el señor Juez aprecia solo el contrato de trabajo y solo se atiene a lo que se firmó en su momento como bien lo dijeron el mismo demandante y los testigos al momento de rendir sus declaraciones es que la empresa era prácticamente la empresa ANKAA ENERGY S.A.S era una empresa de papel y todas las actividades todo lo que se ejecutó durante la vigencia de la relación laboral fue con ANTEK S.A entonces por esa razón, es pertinente traer a colación que el contrato de trabajo fue realmente con la compañía ANTEK S.A.S y no con la compañía ANKA ENERGY S.A.S sin embargo y si el tribunal considera que en este caso no hay lugar a la declaratoria de la relación laboral con ANTEK S.A.S por cualquiera que sea el motivo es pertinente señalar que si hay lugar a la declaratoria de la solidaridad que erróneamente negó el despacho toda vez que como manifesté en la pruebas que se allegaron al expediente más los testigos que no fueron tachados de sospechosos ni tampoco tuvieron algún tipo de controversia por parte de las demandadas por cuanto ANKA ENERGY S.A.S compareció por parte de curador y pues la compañía ANTEK S.A.S no allegó ningún testigo, no allegó ninguna prueba que contradijera lo que manifestaron los testigos dentro de la diligencia que se llevó acabo para escuchar sus testimonios pues, ahora queda declarar la solidaridad entre estas dos empresas y porqué hay que declarar la solidaridad porque se configuran los elementos de que ANTEK S.A o ANTEK S.A.S en liquidación era beneficiaria de la obra o labor desempeñada por parte del señor Lenis Baez y además dentro del objeto social tanto de ANTEK y ANKA ENERGY S.A.S tenían los mismos objetos sociales quiere decir que por este hecho debe ser declarada solidariamente en caso de que no se tenga el contrato realidad por parte del tribunal.

El segundo punto que se debe tener en cuenta es que el despacho si bien se manifestó sobre las obligaciones que se causaron por parte de la compañía ANKA ENERGY S.A.S manifestó que no era procedente la declaratoria ni la condena de la indemnización por despido sin justa causa al aducir que para el mes de Julio del año 2016 el demandante ya estaba laborando con otra empresa aquí es pertinente señalar como bien lo manifestó el despacho que el demandante estuvo esperando el llamado de su empleador para efectos de reingresar al servicio entonces obviamente como no hubo ningún llamado pues él tuvo que acudir a encontrar otro trabajo a vincularse con otra compañía pues para poder garantizar su mínimo vital y para poder subsistir de esta manera erróneamente aprecia el despacho que fue la voluntad del demandante quien dio por terminada la relación laboral toda vez que primero está demostrado que el empleador nunca manifestó su intención de terminar la relación laboral y segundo, pues, el vínculo laboral se mantuvo vigente como bien lo señaló el señor Juez durante vario tiempo porque no hay prueba pues al tenerse una formalidad, una ritualidad en un contrato de trabajo termino fijo tampoco se manifestó la intención de ninguna de las partes de terminar el contrato de trabajo especialmente del empleador quiere decir que, al no manifestar esa intención correspondía condenar la carga al empleador en este caso ha ANKAA ENERGY S.A.S como lo adujo el despacho para efectos de condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

El tercer punto objeto de pronunciamiento son las costas que se condenaron a favor de ANTEK y en contra del demandante como se está manifestando en el recurso de apelación, claramente la pretensión principal fue

Por su parte la curadora de ANKAA ENERGY S.A.S. presentó apelación contra la sentencia del Juez de primer grado por considerar que hubo un error en la valoración probatoria. Indica que en todas las pruebas aportadas y practicadas se indicó expresamente que el demandante prestó sus servicios laborales para ANTEK S.A.S. y no para ANKAA ENERGY S.A.S., razón por la cual en su opinión no se puede condenarse solamente a la sociedad ANKAA ENERGY S.A.S. sociedad con la que a su modo de ver nunca se materializó una relación laboral con el señor Lennis Báez, pese a que existen dos contratos laborales.

En virtud de dicho argumento solicita se evalué o se exonere de responsabilidad a ANKAA ENERGY S.A.S. toda vez que no se configuraron los elementos esenciales de un contrato de trabajo como lo establece el art. 23 del código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad o en última instancia se declare una solidaridad entre la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. y la empresa ANTEK S.A.S. toda vez que no es claro y no está probado que el demandante haya prestado sus servicios ante su representada². (Cd. fol. 199, record 56:13 acta folio 200).

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

declarar el contrato de realidad con ANTEK por que como efectivamente se señaló en los argumentos anteriores todas las actividades, toda la actuación, todos los extremos que se llevaron a cabo durante la vigencia de la relación laboral fue entre ANTEK y el señor Lenis Baez quiere decir que, pues, la demanda estuvo debidamente sustentada y formulada además con las pruebas que el señor Juez echo de menos o que no valoro de manera adecuada respecto de los pagos y respecto de las ordenes e instrucciones que había emitido ANTEK al señor demandante por lo que no es lógico que para estos eventos se condene en cosas porque el señor Juez absolvió de manera errónea a ANTEK a sabiendas de que con ellas o bien hubo un contrato laboral o bien es solidariamente responsable de todas las condenas y de todas las acreencias laborales que surgió en ese momento con la relación laboral entre Lenis Baez y las demandadas en estos términos solicito muy comedidamente a los honorables magistrados del tribunal que modifiquen la sentencia dictada por el señor Juez de primera instancia en el sentido de declarar efectivamente el contrato de trabajo existente entre ANTEK y el señor demandante con todos los parámetros que manifestó el señor Juez incluyendo la declaratoria de la solidaridad por actuar en la compañía ANKAA ENERGY S.A.S como simple intermediario por tener el mismo objeto social y además que en este caso se tenga en cuenta que ANTEK era el verdadero empleador en caso de que el tribunal considere que ANTEK no era el empleador solicito por favor la sentencia se amplifique en el sentido de tener a ANKA ENERGY S.A.S como empleador con todas las condenas que ordenó el señor Juez adicionando la condena de despido sin justa causa pero además teniendo como responsable solidaria a la compañía ANTEK S.A.S por ser beneficiaria del servicio reitero por tener el mismo objeto social del empleador que el despacho de primera instancia menciono también quiero hacer una adición a la pretensión principal y es que también se declare que ANTEK S.A en caso de que se declare el contrato de realidad se tenga como que se efectuó el despido sin justa causa por parte del empleador ANTEK S.A.S y como consecuencia de ello se condene a la indemnización por despido sin justa causa y en segundo lugar solicito también a los honorables magistrados que se revoque la condena en costas que se puso en contra de mi representado a favor de ANTEK por lo que manifesté en la apelación y como se sustentó en la apelación en estos términos dejo presentada mi apelación señor Juez muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor Lennis Báez Álvarez, las pretensiones visibles a folios 43 - 53, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 35-43, encaminadas a que se declare que entre el señor Lennis Báez y la empresa ANTEK S.A.S existió un primer contrato por obra o labor contratada desde el 26 de noviembre de 2014 hasta el 02 de agosto de 2015 y un segundo contrato a término indefinido desde el 25 de noviembre de 2015 vigente hasta la fecha de presentación de la demanda; que la demandada ANTEK S.A.S. no ha cumplido con la obligación de cancelar las acreencias laborales y aportes a seguridad social a favor del señor Lennis Báez; que la demandada se encuentra en mora en el pago de salarios y prestaciones sociales; que la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas que se llegaren a proferir en contra de ANTEK S.A.S. y como consecuencia se condene a las demandadas al pago de liquidación del primer contrato de trabajo, salarios, vacaciones, primas de servicio, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías adeudados desde el 25 de noviembre de 2015 hasta que se dé por terminada la relación laboral; horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, estos conceptos causados desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016; pago de diferencias por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral para los meses de noviembre y diciembre de 2014 y desde el 25 de noviembre de 2015, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso; De no accederse a las pretensiones principales la apoderada de la parte demandante solicitó subsidiariamente se declare que entre el señor Lennis Báez y la empresa ANKAA S.A.S existió un primer contrato por obra o labor contratada desde el 26 de noviembre de 2014 hasta el 02 de agosto de 2015 y un segundo contrato a término indefinido desde el 25 de noviembre de 2015 vigente hasta la fecha de presentación de la demanda; que la demandada ANKAA S.A.S. no ha cumplido con la obligación de cancelar las acreencias laborales y aportes a seguridad social a favor del señor Lennis Báez; que la demandada se encuentra en mora en el pago de salarios y prestaciones sociales; que la empresa ANTEK S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas que se llegaren a proferir en contra de ANKAA S.A.S. y como consecuencia se condene a las demandadas al pago de liquidación del primer contrato de trabajo, salarios, vacaciones, primas de servicio, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías adeudados desde el 25 de noviembre de 2015 hasta que se dé por terminada la relación laboral; horas extras, recargos nocturnos, dominicales y

festivos, estos conceptos causados desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016; pago de diferencias por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral para los meses de noviembre y diciembre de 2014 y desde el 25 de noviembre de 2015, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. Subsidiariamente a dichas pretensiones solicita se declare que entre el demandante y ANTEK S.A.S. existieron dos contratos: el primero por obra o labor contratada desde el 26 de noviembre de 2014 hasta el 02 de agosto de 2015 y un segundo contrato a término fijo desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016, el cual se terminó sin que se emitiera previo aviso por escrito con 30 días de antelación; que ANTEK S.A.S. se encuentra en mora por el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes en seguridad social; que ANKAA ENERGY S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas que se llegaren a imponer a cargo de ANTEK S.A.S. y, en consecuencia se condene a las demandadas al pago de salarios, vacaciones, primas de servicio, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, estos conceptos causados desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016; pago de diferencias por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016, sanción por no pago de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso o como subsidiarias a estas últimas se declare que entre el demandante y ANKAA ENERGY S.A.S. existieron dos contratos: el primero por obra o labor contratada desde el 26 de noviembre de 2014 hasta el 02 de agosto de 2015 y un segundo contrato a término fijo desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016, el cual se terminó sin que se emitiera previo aviso por escrito con 30 días de antelación; que ANKAA ENERGY S.A.S. se encuentra en mora por el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes en seguridad social; que ANTEK S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas que se llegaren a imponer a cargo de ANKAA ENERGY S.A.S. y, en consecuencia se condene a las demandadas al pago de salarios, vacaciones, primas de servicio, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, estos conceptos causados desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016; pago de diferencias por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral desde el 25 de noviembre de 2015 al 25 de febrero de 2016, sanción por no pago de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS, indexación, derechos ultra y

extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, por cuanto el Juez de primer instancia declaró que entre el demandante en calidad de trabajador y la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. existieron dos contratos de trabajo: el primero por obra o labor determinada desde el 26 de noviembre de 2014 al 02 de agosto de 2015 y el segundo contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desde el 25 de diciembre de 2015 hasta el 30 de junio de 2016 y condenó a ANKAA ENERGY S.A.S. al pago de liquidación del contrato de trabajo por obra o labor; al pago de salarios causados desde el 25 de diciembre de 2015 al 30 de junio de 2016, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, sanción moratoria, aportes pensionales, se absolvió a la demandada de las demás condenas incoadas en su contra; se absolvió a ANTEK S.A.S.; condenó en costas a ANKAA ENERGY S.A.S. a favor del demandante y condenó en costas al demandante a favor de ANTEK S.A.S.

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

Así las cosas, los problemas jurídicos que deberá dilucidar esta instancia son: i) determinar si ANTEK S.A.S. fungió como verdadero empleador del señor LENNIS BAEZ durante la vigencia de los dos contratos señalados en la sentencia de primera instancia; ii) en caso afirmativo se deberá determinar si es procedente declarar la responsabilidad solidaria de ANKAA ENERGY S.A.S. respecto de las condenas a cargo de ANTEK S.A.S. o, de resultar negativo el primer problema jurídico se determinará si: iii) ANTEK S.A.S. es responsable solidaria de las condenas impuestas a cargo de ANKAA ENERGY S.A.S y como último problema jurídico se determinará si: iv) es procedente emitir condena por indemnización por despido sin justa causa.

El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Por su parte, el canon 24 de la misma obra, prevé que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un

contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; sin embargo, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

En consecuencia, para descartar el elemento esencial de la subordinación, incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que, no obstante tratarse de un servicio personal, él no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, o que no hubo salario sino el precio de una obra o el valor de unos honorarios, 3 modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Esa presunción ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, en sentencia SL6621-2017 radicación No. 49346:

“...el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Igualmente cabe advertir que el artículo 53 Superior, establece la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Cabe advertir, que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, además de acreditar la prestación personal de servicios, le compete al trabajador, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros.

Considerando los presupuestos normativos y jurisprudenciales expuestos, pasa el Despacho al estudio de los elementos materiales de prueba aportados al expediente a fin de verificar si acreditó o no la existencia de una prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de ANTEK S.A.S.

En la demanda la apoderada del señor Lennis Báez aseguró que su representado suscribió un contrato por duración de la obra o labor contratada con la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. el 26 de noviembre de 2014 que se mantuvo hasta el 26 de noviembre de 2014 y que luego suscribió otro contrato bajo la modalidad de término fijo desde el 25 de noviembre de 2015 y que tenía una vigencia hasta el día 25 de febrero de 2016.

Advirtió la parte actora que ANKAA S.A.S. le dio la indicación al demandante de presentarse ante la empresa ANTEK S.A.S para que cumpliera sus funciones en esa sociedad, desempeñando el cargo de auxiliar de campo y luego el de operario con los elementos de trabajo y directrices que le proporcionaba ANTEK S.A.S..

En la contestación de la demanda ANTEK S.A.S. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el señor demandante no laboró para ANTEK S.A.S. y que una vez revisó los archivos de esa sociedad no se encontró registro alguno de la existencia de un vínculo laboral con el señor Lennis Báez.

A folio 4 aportado por el demandante obra liquidación de contrato de trabajo a término de obra o labor correspondiente al trabajador Lennis Báez Álvarez con membrete de la sociedad ANKAA ENERGY S.A.S., en dicho documental se registra como fecha de inicio del contrato el 26 de noviembre de 2014 y como fecha final el 02 de agosto de 2015, dicha documental no se encuentra suscrita por el demandante, ni por representante alguno de ANKKA ENERGY S.A.S., sin embargo, dicha documental fue presentada por la parte demandante a fin de acreditar el inicio de su vinculación con ANKAA ENERGY S.A.S. y la existencia del primer contrato bajo la modalidad de obra o labor contratada, hecho que no fue debatido por la pasiva y documental que se presume auténtica en virtud de lo dispuesto en el inciso 5º del art. 244 del Código General del Proceso.

A folios 5-8 obra contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre ANKAA ENERGY S.A.S. y el señor Lennis Báez Álvarez de fecha 25 de noviembre de 2015, en dicha documental se observa que el demandante fue contratado por ANKAA ENERGY S.A.S. para desempeñar el cargo de operario, por el término de dos meses, al revisar en su integridad dicho contrato no se observa que se haga referencia alguna a la empresa ANTEK S.A.S. o a que el

demandante tuviera que desempeñar alguna labor específica a favor de un tercero o específicamente a favor de ANTEK S.A.S.

A folio 9 obra el correo electrónico al que la apoderada del demandante hace referencia en su apelación, en esa copia del mensaje de datos se observa que data del 25 de agosto de 2014, está dirigido al señor Lennis Báez y como remitente firma la señora Diana Téllez en calidad de Analista de selección de ANTEK S.A.S. mensaje enviado desde la dirección electrónica selección@anteksa.com, en ese correo se le manifiesta al demandante que adjunto a dicho correo se le enviaba la remisión de exámenes médicos, ello con el fin que el señor Lennis Báez procediera a realizarse los exámenes médicos de ingreso y además se observa que se le dan algunas instrucciones respecto a documentales que debe allegar, sin embargo, del texto de dicho correo no se desprenden las razones por las cuales al señor Lennis Báez se le requirieron dichas documentales y examen de ingreso, máxime cuando ha de tenerse en cuenta que la relación laboral inició con ANKAA S.A. el 26 de noviembre de 2014 como lo acepta el mismo demandante, es decir, tres meses después de la fecha del correo en mención; es válido advertir en este punto que es evidente que el correo provino específicamente del área de selección de la empresa ANTEK S.A.S. sin embargo, de dicha remisión no es dable concluir que efectivamente el demandante materializó alguna prestación de servicio a favor de ANTEK S.A.S., por lo que dicho documento en el trámite procesal no es más que un mero correo que no brinda mayores soportes probatorios al problema jurídico objeto de estudio.

Ahora, respecto de la documental obrante a folio 10 del expediente a la que también hace referencia la recurrente se observa que corresponde a un extracto de los meses de enero a marzo de 2018 de la cuenta de ahorros de la que es titular el señor Lennis Báez, en ese extracto se observa que se registró un pago por valor de \$247.664 denominado “abono ach Bancolombia de Antek S.A.S” el día 04 de enero de 2016, sin embargo, de dicho documento no se pueden colegir las circunstancias por las cuales ANTEK S.A.S. realizó dicho pago a la cuenta del demandante.

Ante el Juez de primer grado se recepcionó el interrogatorio del señor demandante Lennis Báez y de los testigos Carlos Augusto Gómez Mejía y José Gabriel Álvarez.

El demandante indicó que suscribió dos contratos de trabajo con la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. empresa que aseguró fue creada por la dueña de ANTEK S.A.S. para poder presentar un proyecto de recuperación de bordas aceitosas con Rubiales y que se llevaría a cabo en Yondó y Sabanero; manifestó que ANTEK se vio en la necesidad de presentar el proyecto a través de la empresa ANKAA ENERGY S.A.S., que calificó como empresa de papel, porque ANTEK ya tenía en ejecución otros proyectos con Rubiales.

Indicó que su jefe inmediato era el señor Alejandro Soto hermano de la dueña de ANTEK S.A.S. y que a través de esta empresa se le pagaba el salario, los viáticos, traslados, se le capacitaba, se le suministraban las dotaciones, los equipos de trabajo, se le expedían las autorizaciones para los exámenes médicos de ingreso, las certificaciones para apertura de cuentas y que el personal gerencial de ANTEK era quien le suministraba las órdenes.

Manifestó el demandante que el primer contrato estuvo vigente desde el 15 de noviembre de 2014 hasta agosto de 2015 y que el segundo contrato se mantuvo desde el año 2016 al año 2017, último contrato que nunca fue terminado y que se suspendió porque había unos problemas con las licencias de la obra, razón por la cual asegura que su jefe inmediato lo envió a casa bajo la promesa de que los llamarían para continuar con el contrato, hecho que asegura nunca se dio y que en razón de dicha espera no se vinculó con otra empresa situación que asegura afectó el mínimo vital propio y de su familia.

El testigo Carlos Augusto Gómez Mejía manifestó que conoció al demandante cuando trabajaron juntos en las empresas ANTEK S.A.S. y ANKAA ENERGY S.A.S.; dijo el testigo que trabajó como auxiliar de campo durante unos cinco años con ANTEK S.A.S. pero no de forma continua sino cada vez que lo llamaban a ejecutar un proyecto, primero desde el 2012 al año 2013, luego en el año 2015 hasta febrero de 2016 época desde la cual asegura le fue suspendido el contrato sin previo aviso.

Respecto a la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. manifestó que era una empresa apéndice de ANTEK S.A.S. para que esta última pudiera presentar un proyecto de obra ante Rubiales que se ejecutaría en Sabanero, pero indicó que quien daba la logística, suministros, dotaciones, vehículos para el transporte y se encargaba del pago de salarios era la empresa ANTEK S.A.S.

Dijo que las órdenes directas en campo las daba una ingeniera y el jefe directo señor Alejandro Soto Castro quien figuraba como trabajador de ANKAA ENERGY S.A.S. pero quien debía dar cumplimiento a las ordenes gerenciales que recibía por parte del gerente de ANTEK S.A.S.

El testigo José Gabriel Álvarez indicó que es primo del señor Lennis Báez, que juntos trabajaron para ANTEK S.A.S.; cuando se le preguntó por los extremos temporales en los cuales el testigo mantuvo un vínculo laboral con ANTEK S.A.S. indicó que desde el año 2012 hasta el año 2016, pero en audiencia se dejó constancia de que el testigo estaba consultando las fechas en un documento.

Dijo el testigo que su primo Lennis Báez empezó a trabajar con ANTEK S.A.S. en noviembre de 2014 y que sabe que trabajó con dicha empresa hasta el año 2016 porque para esa data ANTEK entro en crisis y esa empresa era la que les pagaba.

Respecto a la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. manifestó que era un proyecto y que ANTEK S.A.S. creó esa empresa para presentarse ante Rubiales, pero que los salarios eran cancelados por ANTEK S.A.S.

En este testimonio el señor José Gabriel indicó en primera instancia que sabía que su primo el señor Lennis Báez había suscrito un contrato con ANKAA ENERGY S.A.S. pero luego indicó que el contrato había sido suscrito en calidad de empleador por ANTEK S.A.S. imprecisión que luego aclaró indicando que las ordenes y la logística era suministrada siempre por ANTEK S.A.S. asegurando que en campo nunca se hacía referencia o se escuchaba a la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. y que siempre consideró que ANKAA era el nombre del proyecto para el que trabajaba, desempeñándose como supervisor.

Del recuento de las pruebas relacionadas, se tiene en primer lugar que se acredita el cumplimiento de la carga procesal del demandante, esto es la demostración de la prestación personal del servicio como auxiliar de campo en la obra que la empresa Rubiales estaba ejecutando en Yondó y Sabanero, pero como trabajador de la empresa ANKAA ENERGY S.A.S., si bien es cierto en los testimonios y en la declaración del demandante siempre se hace referencia a la empresa ANTEK S.A.S. como encargada directa de la logística y de los pagos de los trabajadores, no es menos cierto que en esas mismas declaraciones los entonces trabajadores hacen referencia a que la empresa con la que Rubiales contrató el proyecto fue

con ANKAA ENERGY S.A.S. empresa que al verificar el certificado de cámara y comercio de fecha 11 de mayo de 2017, obrante a folios 28-34 fue matriculada ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 23 de mayo de 2012 y renovada su matrícula el 31 de marzo de 2016 y que tiene por objeto social la prestación de servicios, asesorías, el desarrollo de proyectos, las actividades de exploración, explotación, transporte, refinación y comercialización de hidrocarburos, gas natural, metales y minerales; la exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos, la prestación de servicios de consultoría, de diseño y de servicios de ingeniería especializados, actividades que efectivamente tienen que ver con las labores para las que fue contratado el señor Lennis Báez quien siempre se desempeñó como auxiliar de campo u operario en el proyecto que Rubiales había contratado con la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. como se logró acreditar con los testimonios practicados, pues, los señores Carlos Augusto Gómez Mejía y el señor José Gabriel Álvarez coincidieron en afirmar que el proyecto fue contratado por Rubiales con la empresa ANKAA ENERGY S.A.S. toda vez que ANTEK S.A.S. ya se encontraba ejecutando otro proyecto con la misma empresa; ahora en cuanto a la afirmación de que ANKAA ENERGY S.A.S. era una empresa de “papel” creada por la misma propietaria de ANTEK S.A.S. no está acreditada documentalmente en el plenario, pues, al comparar los certificados de existencia y representación legal de ambas empresas no se observa que exista algún tipo de identidad en las personas que fungen como representantes legales, ni se observa documento alguno que acredite que los socios de ANTEK S.A.S. eran los mismos de ANKAA ENERGY S.A.S. y si bien es cierto, el demandante manifestó que las órdenes, las capacitaciones, las dotaciones y los pagos eran suministrados por ANTEK S.A.S. la única prueba que obra de dicha manifestación es su dicho, pues, el demandante no aportó ninguna prueba que respalde tales afirmaciones, como las citaciones a capacitación, documentos de entrega de las dotaciones o cualquier otro elemento del que se pudiera colegir con toda certeza que el servicio fue prestado única y exclusivamente para ANTEK S.A.S. y que dicha empresa es la directa empleadora.

No puede dejar de advertir esta sala que los testigos traídos por el demandante, señores Carlos Augusto Gómez Mejía y el señor José Gabriel Álvarez, indicaron que tenían un litigio pendiente con las mismas empresas y respecto de los mismos hechos, razón por la que se entiende que dichos testimonios no fueron espontáneos máxime cuando en el caso del señor José Gabriel Álvarez primo del demandante y quien se desempeñaba como supervisor del proyecto llevado a

cabo por ANKAA ENERGY S.A.S. se dejó constancia que estaba consultando documentos.

Así las cosas, y al no tener certeza está colegiatura de la calidad de directa empleadora de ANTEK S.A.S. se confirmará la decisión del a quo respecto a este punto.

En lo que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad solidaria se llega a la misma conclusión que el Juez de primer grado con base prácticamente en el mismo argumento ya esbozado, pues, en el caso en estudio no se logró acreditar que ANTEK S.A.S. haya sido la beneficiaria del servicio o dueña de la obra para la cual prestó sus servicios el señor Lennys Báez esto en los términos establecidos por el art. 34 del CST y de la SS , pues, como ya se expuso lo único que se encuentra acreditado es que ANKAA ENERGY S.A.S. era la empresa contratista de Rubiales en el proyecto de Yondó y Sabanero en el que el demandante prestó sus servicios como auxiliar de campo, contratado directamente por ANKAA ENERGY S.A.S como se logra establecer con la liquidación de contrato de obra y con el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y ANKAA ENERGY S.A.S., documentales aportadas por el demandante y obrantes a folios 4-8 del expediente.

Es válido advertir que de las manifestaciones del demandante y de los testigos respecto de que “ANKAA ENERGY S.A.S. era una empresa apéndice de ANTEK S.A.S.” se podría llegar a colegir una unidad de empresa³ , sin embargo, al tener

³ Se entiende como una sola empresa “*toda unidad de explotación económica o varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio*”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia (SL432-2021 de 15 de febrero de 2021), analizó el concepto, naturaleza y alcances de la unidad de empresa, teniendo como base lo ya indicado en su momento por la sentencia C-1185 de 2000, así:

“La unidad de empresa es un instituto jurídico propio del derecho laboral que busca hacer realidad el principio de igualdad entre todos los trabajadores que laboran para un mismo patrón, entendiéndose que lo hacen cuando prestan sus servicios en una o varias empresas dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que desarrollen actividades similares conexas o complementarias. La igualdad se hace realidad reconociendo a todos los trabajadores un mismo sistema especial salarial y prestacional, con fundamento en la capacidad económica de quien se considera un único patrón. Sobre la finalidad de la institución, la jurisprudencia del h. Consejo de Estado ha señalado que ella radica en “evitar que, mediante la constitución de diferentes sociedades, que jurídicamente son personas diferentes de los socios, se oculte o simule la verdadera realidad económica en perjuicio de los trabajadores vinculados a ellas... Por consiguiente, la declaratoria de unidad de empresa tiene por objeto hacer prevalecer, para los efectos indicados, la realidad económica sobre la jurídica, bajo el concepto de “unidad de explotación económica”, que no puede confundirse con el de sociedad...”.

Tal concepto fue reforzado en su análisis con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral – la cual ha manifestado que, para que pueda dar lugar a la unidad de empresa, se debe tener en cuenta el predominio económico de una de las empresas con relación a las demás, así:

en cuenta lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es suficiente con demostrar que las personas naturales o jurídicas realicen actividades similares, conexas o complementarias, sino, que es necesario que se verifique el predominio económico de una de ellas con relación a las demás, predominio que en este caso tampoco ha sido demostrado.

Por otro lado y en lo que tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa, la Sala debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido reiterada al indicar como debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007); de tal manera que al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra que el demandante no asumió la carga de la prueba que le correspondía, pues, no demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo, hecho que se ratificó con los testimonios de los señores Carlos Augusto Gómez y José Gabriel Álvarez quienes afirmaron que la empresa nunca les manifestó la intención de dar por terminada la relación laboral, no existiendo certeza respecto de las circunstancias en que se dio por terminado el vínculo laboral, razón por la que no es procedente emitir condena por la indemnización establecida en el art. 64 del CST y de la SS, al no encontrar asidero para una condena en este sentido.

Finalmente frente a las costas procesales, el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada

“en los términos del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 32 de la L. 50 de 1990, cuando la declaratoria de unidad de empresa recae sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, para el caso a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados.”

en costas procesales, motivo por el cual como quiera que ANTEK S.A.S. fue absuelto de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

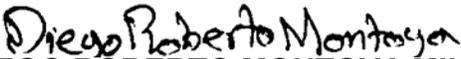
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

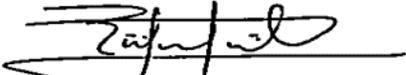
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo del demandante y a favor de las demandadas.

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 DEL PILAR PACHECO HERNÁNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. (antes OLD MUTUAL) Y PORVENIR S.A. (RAD. 30 2019 00789 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de julio 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 258 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PROTECCION (fls. 241 a 243), PORVENIR (fls. 249 a 253), COLPENSIONES (fls. 255 a 258) y DEMANDANTE (fls. 271 y 272) 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, PROTECCIÓN y SKANDIA,

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 23 de abril de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 3:00:14, parte I y II, CD folio 230, acta folios 231 a 234), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora MARIA DEL PILAR PACHECO HERNÁNDEZ del Instituto de Seguros Sociales a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, mediante formulario No. 01245438, con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1999 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante señora MARIA DEL PILAR PACHECO HERNANDEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora o de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por los dos periodos en que permaneció en dicho régimen, esto es desde el 1 de noviembre de 1999, o por los dos periodos que permaneció en dicho fondo, esto es desde el 1 de noviembre de 1999 al 31 de julio de 2003 y del 1 de enero de 2013 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos, costos cobrados por concepto de gastos de administración, deben ser devueltos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero además deben ser devueltos debidamente indexados.

CUARTO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, desde 1 de agosto de 2003 a 31 de noviembre de 2010, los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

QUINTO: CONDÉNESE a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, desde que se hizo, es decir desde el 1° de diciembre de 2010 a 31 de diciembre de 2012, los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

SEXTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora MARIA DEL PILAR PACHECO HERNANDEZ, 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.

SÉPTIMO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

OCTAVO: CONDÉNESE en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Liquidense por secretaría incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de

TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$3'488.000) a favor de la demandante.

NOVENO: *CONDÉNESE en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Líquidense por secretaría incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$3'488.000) a favor de la demandante.*

DECIMO: *CONDÉNESE en costas de esta instancia a SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Líquidense por secretaría incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000) a favor de la demandante.*

DECIMO PRIMERO: *SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

DECIMO SEGUNDO: *CONCÉDASE el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por haber salido esta decisión en contra de los intereses del régimen de prima media con prestación definida y que de acuerdo a lo dispuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, estas decisiones deben ser consultadas”.*

Inconformes con la decisión, los apoderados de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, la apelaron.

Inicialmente PORVENIR, solicitó se revoque la sentencia y en su lugar sea absuelta de todas las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello, aduce, no le asiste razón al juzgador de primer grado al declarar la ineficacia del traslado con base en una falta de información, pues para esa época no era su obligación legal brindar la misma a la demandante, precisando, en los términos de la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, cuando la actora se trasladó sólo se exigía la expresión de voluntad por parte del afiliado a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, único requisito a efectos de materializar el negocio jurídico y darle validez, y como así lo hizo, asevera, cumplió con ello todos los presupuestos exigidos para el momento en que la convocante realizó el tránsito de régimen, voluntad de afiliación que advierte libre, voluntaria, informada y ratificada en el tiempo.

En el mismo sentido, señala, no es posible obligar a esa administradora a aportar documentos que para la fecha de traslado no eran obligatorios, como son la simulación pensional y otros a los que alude la parte actora en su demanda, toda

vez que conforme la regulación vigente, bastaba el otorgamiento de una asesoría verbal.

Por otra parte, indica, no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración en tanto, al tenor de lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, además, sostiene, estos recursos no hacen parte integral de la pensión y por ende, están sujetas al término prescriptivo y así debe declararse, anotando, la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020 indicó de forma expresa que las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos más no lo atinente a seguros previsionales como quiera que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Sobre ello además, considera, el ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a su favor por cuanto no existe norma que disponga tal devolución, pues no otra interpretación merece el artículo 113 numeral b de la Ley 100 de 1993 en el que se especifica cuáles son los dineros que deben ser remitidos cuando existe un cambio de régimen, enfatizando, esos dineros pertenecen al fondo por su excelente gestión en el incremento del capital de la cuenta de ahorro individual de la afiliada¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a

¹ “Muchísimas gracias su señoría y de manera muy respetuosa presento recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en sede de segunda instancia se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y con base en las siguientes razones y es que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado en base a una falta de información cuando no le era obligatorio a mi representada brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendieran no solo materializados sino validos el traslado al 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 y tal y 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, voluntaria e informada que se ratificó en el tiempo.

De otro lado, no podemos decir que mi representada hubiese ofertado su deber de información obligándole aportar documentos que para la fecha de su traslado no le eran obligatorios como lo son una simulación pensional y demás documentos que aduce la parte demandante y como lo pone de presente el decreto 663, posteriormente la ley 1328 del 2009, las AFP si estaban obligada a brindar una asesoría de manera completa, sin embargo no se dice en ningún lado que las mismas debían estar soportadas con documentales conforme si lo estableció la ley 1748 del 2014 que es la que hace alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo a lo que a pensión se refiere y establece la obligación de enviar los extractos de la

través de la plataforma Microsoft Teams, récord 3:17, parte II, CD folio 230, acta folios 231 a 234).

PROTECCIÓN, por su parte, presenta recurso únicamente frente a la condena de devolución de comisiones de administración, señalando, la deducción de este concepto se efectuó como consecuencia de una disposición legal válida, aplicable y vigente, no por capricho de esa sociedad, puntualizando, se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que, en el hipotético caso que se asuma que se mantenga esa determinación, deben ser retornados los rendimientos a esa AFP y que fueron generados mientras la demandante estuvo afiliada a esa administradora, pues estos fueron el resultado de la gestión y buena administración de esa sociedad² (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80

cuenta de ahorro individual, sin embargo debemos tener en cuenta que esta entra en vigencia a partir del 26 de diciembre del 2014, razón suficiente para establecer que para el 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 sentado una falta de información al momento del traslado.

De otro lado su señoría debemos tener en cuenta que no es factible también ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo estipulado en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de cotización para financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman de la parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos de la prescripción, además necesario resaltar que la Superfinanciera en concepto emitido el 15 de enero del 2020 indicó de forma expresa que en los eventos en los que procediera una ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que procediera una devolución de temas de seguro previsional y considerando que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

De igual manera, merece atención el hecho que el ordenar el traslado de estos gastos de administración hacia la co-demandada Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida de que no le existe norma que disponga tal devolución, pues de forma clara y sin lugar a ningún otra interpretación diferente el artículo 113 numeral b de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que se evidencie que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la excelente gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Finalmente deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración, primas de seguro, cualquier suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada o los rendimientos financieros, por cuanto no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales, en cuanto no financian la pensión de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de la que goza el derecho pensional. De esta manera considero entonces que los supuestos sobre los cuales se condena a mi representada no se encuentran acreditados, en consecuencia solicito de manera muy respetuosa al Honorable Tribunal revocar en su totalidad la condena impuesta a mi representada en este proceso y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda, muchas gracias.”

² *“Gracias señor juez. señor juez y honorables magistrados estando dentro del término procesal pertinente interpongo recurso de apelación parcial, en cuanto a la sentencia que se dio en el presente proceso, en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración por parte de Protección S.A el cual argumento de la siguiente manera: se debe tener en cuenta que la devolución del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante para este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, aplicable y vigente no por capricho de mi representada y se trata de comisiones ya pagadas y*

del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 7:58, parte II, CD folio 230, acta folios 231 a 234).

A su turno, SKANDIA, en similares términos a los expuestos por PROTECCIÓN, manifestó su discordancia con la decisión de devolver los gastos de administración, en razón a que, en su sentir, estos son una imposición normativa que los obliga a generar el cobro de los mismos como una contraprestación por los servicios prestados al afiliado durante el periodo que estuvo afiliado a esa administradora y que se distribuyen en la compra de la póliza para los riesgos de invalidez o muerte de la que se benefició la actora durante el todo el tiempo de vinculación con ese fondo, y a la cuota de manejo o mantenimiento de la cuenta de ahorro individual, obligaciones que por ser de tracto sucesivo ya se encuentran consumadas, razón por la cual, dice, esos dineros no se encuentran en las cartas de la AFP y el devolverlas indexadas le genera un detrimento a su patrimonio.

Con todo, solicita se revise dicho ítem, teniendo en cuenta para el efecto los rendimientos *“son más que suficientes para cubrir la diferencia o no que pudiese salir al momento de liquidar la mesada pensional”*³ (Audiencia virtual concentrada

causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y en el hipotético caso que se asuma de que Protección no realizo su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones será procedente hacer la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliado a mi representada y que fueron enviados a Skandia cuando la demandante se trasladó a dicha AFP, pues estos se generaron producto de la gestión y de la buena administración y en ese sentido solo habría lugar a que se trasladaren los aportes pero sin los rendimientos generados, además en caso de declararse la nulidad o ineficacia de traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que se deberían trasladar solo los aportes que se encuentran acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados en el RAIS por mandato de la ley, de haber estado todo este tiempo afiliado al RPM no se hubieran aceptado tales rendimientos, muchas gracias señor juez”.

³ *“Gracias su señoría por encontrarme dentro del término procesal pertinente me permito a continuación formular mi recurso de apelación, únicamente a lo que refiere a los gastos de administración porque esto en razón a que los gastos de administración son una imposición normativa la cual nosotros nos vemos obligados a cobrar, son básicamente una contraprestación que nosotros como fondo prestamos al afiliado durante el tiempo de su estancia con nosotros, esta contraprestación se divide en dos servicios diferentes el primero la compra de una póliza de riesgo invalidez o muerte el cual el afiliado es beneficiario durante todo el tiempo de su afiliación, si bien no fue necesaria en este caso, no la utilizó en caso de que hubiese sido necesaria pues la tenía en su libre disposición para beneficio propio o de sus familiares. Ahora a lo que refiere al segundo servicio corresponde la cuota de manejo, en lo que refiere al mantenimiento de la cuenta de ahorro individual con solidaridad pues establece claramente dentro de la ley 100 de 1993 y de forma tácita que dichos emolumentos serán descontados directamente de la cuenta de ahorro individual con solidaridad por cuanto pues establece claramente que son unas disposiciones normativas que nosotros tenemos la obligación de cumplir, ahora bien estas obligaciones son de tracto sucesivo; al ser de tracto sucesivo nosotros nos vemos en la obligación de hacer el pago inmediato una vez se descuentan estos dineros de ambas obligaciones y por este motivo ya no se encuentra este dinero en las arcas de la AFP, al no encontrarse en las arcas de la AFP y al solicitar que se devuelvan debidamente indexadas genera un inconveniente para mi representada debido a que se ve obligada a entrar en detrimento propio de su patrimonio para cubrir dichos gastos de administración que se nos está obligando a devolver mediante la sentencia del a quo, solicito por*

artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 9:44, parte II, CD folio 230, acta folios 231 a 234).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 100 y 101) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 101 a 103), aspirando se declare la ineficacia de su afiliación, por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A., atendiendo la falta en el deber de información, estableciendo para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliada al RAIS y, en consecuencia, se ordene su inscripción en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, disponiendo a COLPENSIONES aceptar su traslado y condenando a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual. **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 AFP, 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 y los costos cobrados por concepto de administración por los lapsos en que permaneció vigente la afiliación de la actora en esa administradora, declarando igualmente que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES, entidad a la que ordenó actualizar la historia laboral de la convocante. Asimismo, condenó a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., como administradoras de pensiones a las que estuvo vinculada la demandante, devolver los costos de administración**

favor señores magistrados se revise el presente ítem teniendo en cuenta que los rendimientos son más que suficientes para cubrir la diferencia o no que pudiese salir al momento de liquidar la mesada pensional pues entiendo bien que esto se realiza en busca de proteger a Colpensiones, pero también es necesario denotar que si se van a retrotraer los objetos como si nunca hubiesen sucedido dichos rendimientos jamás hubieran existido por cuanto en el RPM No se generan, entonces bajo este precepto señores magistrados me permito pro favor solicitar la revisión y revocar el ítem de los gastos de administración, muchas gracias.”

recibidos en el interregno en que la actora fue su afiliada, respectivamente. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de enero de 1965 (folio 42), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 2 de octubre de 2019 (folios 91 y 92) y PORVENIR, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL el 10 de septiembre de 2019 (folio 73 a 75, 77 a 79 y 82 a 84) , esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 48,57 semanas cotizadas que corresponden a 0,9 años (*historia laboral expedida por COLPENSIONES, expediente administrativo CD folio 230*)), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de

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

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 **24 de septiembre de 1999** (folios 49, 207 y 208) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en

el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

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

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.

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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 indicó que los asesores de PORVENIR dieron una charla grupal en la que informaron sobre la situación de liquidación del ISS y la

⁷ Audiencia del 23 de abril de 2021, parte I, récord 19:13, CD folio 230.

imposibilidad de los afiliados a ese instituto de pensionarse, por lo que esa administradora era la mejor opción para el reconocimiento de su derecho en tanto podrían obtener la pensión a cualquier edad, con el último salario que estuviera devengando al momento de reclamar la prestación, sin que se le advirtiera sobre la existencia de la cuenta de ahorro individual, el capital requerido para pensionarse, las modalidades de pensión, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, la generación de rendimientos u otras particularidades del RAIS. Además, dijo, no se le hizo un parangón con el ISS.

Tampoco deviene acreditado con lo ilustrado ante el estrado por la testigo LUISA FERNANDA HOLGUIN SILVA⁸, por cuanto refirió, en términos similares a los expuestos por la convocante, que les dijeron que el ISS lo estaban liquidando por lo que si se querían pensionar debían hacer el cambio, con la ventaja de que en esa administradora podrían pensionarse en cualquier momento, sin requisito de edad y con el último salario, anotando igualmente, que no les comentaron sobre el capital, los aportes voluntarios u otros, y que, aunque hicieron mención a los rendimientos financieros, ello fue haciendo referencia al respaldo económico que tenía la AFP y la solidez del fondo.

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 49 y 208*), 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.

Respecto al comunicado de prensa (*folios 210 a 211*), 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

⁸ Audiencia del 23 de abril de 2021, parte I, récord 1:15:07, CD folio 230

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 (24 de septiembre de 1999), 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.

Valga aclarar en este punto, no incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 207) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS. Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 216), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimiento, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), 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 igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que 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 (...).”

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.**”*

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR, que el concepto No. 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada SKANDIA (antes OLD MUTUAL), es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional pues lo que se busca

garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁹ (folios 202 a 203 y pág. 10 contestación Colpensiones CD folio 230), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. 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 y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de noviembre de 2020, CD folio 230.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

SIN COSTAS en esta instancia.

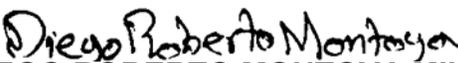
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

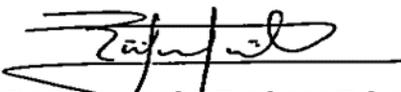
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) 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 YENIS DEL SOCORRO
GUZMAN SANCHEZ CONTRA CESAR CASTELBLANCO PIÑERES (RAD. 31
2019 00688 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia (fl. 37) 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 apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de marzo del 2021 (Cd. fl. 33, record 23:01), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JENNY DEL SOCORRO GUZMAN SANCHEZ en calidad de trabajador y CESAR CASTELBLANCO PIÑERES en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 15 de enero del año 2015 al 04 de septiembre del año 2019.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la parte demandada CESAR CASTELBLANCO PIÑERES a reconocer y pagar a la demandante JENNY DEL SOCORRO GUZMAN SANCHEZ la suma de:*

- \$3.959.216 por concepto de cesantías
- \$2.017.020 por concepto de prima de servicios
- \$350.019 por concepto de intereses a las cesantías
- \$2.40.000 por concepto de vacaciones

***TERCERO: CONDENAR** a la parte demandada CESAR CASTELBLANCO PIÑERES a pagar los aportes a pensión en el fondo en el cual se encuentra afiliada la demandante JENNY DEL SOCORRO GUZMAN SANCHEZ por el periodo*

comprendido entre el 15 de enero del año 2015 al 04 de septiembre del año 2019, tomando como salario base de cotización para los años 2015, 2016, 2017 y 2018 el salario mínimo legal mensual vigente y para el años 2019 la suma de \$ 1 200 000.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada CESAR CASTELBLANCO PIÑERES al pago de COSTAS y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante a la demandada.”

Inconforme con la decisión la parte actora a través de su apoderada recurrió la decisión por no compartir la absolución impartida por la Juez *a quo* frente al no pago de la indemnización por no consignación de cesantías y de la indemnización moratoria, señalando que si bien es cierto dentro de los hechos se indicó que la terminación del contrato se debió al cierre de los negocios, se debe observar que durante el periodo en el que se desarrolló esta relación laboral es decir a partir del año 2015 el señor Cesar Castelblanco Piñeres no cumplió con ninguna de sus obligaciones laborales, precisando ni tan siquiera consignó las cesantías de los años 2016 a 2019 antes del 15 de febrero de año siguiente, de lo que se infiere que ello no se debió a un problema económico que bien pudo tenerlo pero no quedo demostrado al final de la relación laboral, por lo que al no existir buena fe frente a la relación que lo vinculo con la señora Jenny del Socorro Guzmán, solicita se impartan dichas condenas. (Cd. fl. 390, record: 40:51)¹

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

¹ “Gracias señora juez si bien es cierto muy acertadamente y con respaldo jurisprudencial se decretó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el periodo comprendido entre el 15 de enero del 2015 y el 04 de septiembre del 2019, esta apoderada no comparte esta decisión respecto de absolver cesar castelblanco piñeres del pago de la indemnización por falta de pago contenida en el artículo 64 (sic) y la indemnización contenida en el artículo 95 (sic) de la ley 50 de 1990, como bien lo dijo la señora juez al momento de sustentar esta decisión estas sanciones no son de aplicación automática sino se debe observar el actuar que ha tenido el señor Cesar Castelblanco Piñeres y si bien es cierto dentro de los hecho se indicó que la terminación del contrato se debió en atención al cierre de los negocios, observe magistrados del honorable tribunal superior sala laboral de Bogotá que durante el periodo en el que se desarrolló esta relación laboral es decir a partir del año 2015 el señor Cesar Castelblanco Piñeres no cumplió con ninguna de sus obligaciones laborales, esto es que el debió consignar para el año 2016, 2017, 2018 y 2019 antes del 15 de febrero de año siguiente el auxilio de cesantías ósea esto no se debió a un problema económico que bien pudo tenerlo y que no quedo demostrado al final de la relación laboral, entonces como no está demostrado dentro del proceso que el señor Cesar Castelblanco Piñeres haya actuado de buena fe frente a la relación que lo vinculo a la relación laboral que lo vínculo con la señora Jenny del Socorro Guzmán, solicito que se condene con respecto a las pretensiones de la sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la indemnización de falta de pago por las prestaciones sociales, única y exclusivamente presento recurso sobre estas dos pretensiones, en lo demás estoy conforme a lo que la señora juez en esta instancia condenó, muchas gracias señora juez, solicitándole a los Honorables Magistrados del tribunal Superior de Bogotá sala laboral condenar en los conceptos anteriormente indicados, muchas gracias”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 3 a 4, las cuales fundó en los hechos narrados a folio 4, solicitando principalmente se declare la existencia de un contrato de trabajo del 15 de enero del 2015 al 13 de septiembre del 2019, en consecuencia solicita se condene al pago del auxilio de transporte, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, indemnización por no pago de intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción de la Ley 50 de 1990 art. 99, indemnización por falta de pago, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social integral, indexación, derechos extra y ultra petita, gastos y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** pues se declaró la existencia del contrato de trabajo del 15 de enero del 2015 al 4 de septiembre del 2019, condenando al pago de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes a pensión, tras considerar que la certificación obrante en el expediente expedida por el demandado da cuenta de la relación laboral que sostuvieron las partes y como quiera que no obra prueba del pago de prestaciones sociales y vacaciones condenó a su pago, indicando como fecha final de la relación laboral la de la suscripción de tal misiva, precisando que no procedía la indemnización moratoria ni por no consignación de las cesantías, dado que la misma demandante adujo en los hechos del libelo que el demandado cerro el negocio por cuestiones económicas, situación que en sentir de la juez *a quo* exoneraba al demandado de dichas sanciones, igualmente indicó en sus consideración que los derechos laborales causados con anterioridad al 4 de septiembre del 2016 se encontraban prescritos (3 años atrás de la finalización del contrato de trabajo).

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora 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 que existió entre las partes

del 15 de enero del 2015 al 4 de septiembre del 2019, como tampoco la remuneración devengada por la actora del 2015 al 2018 en el salario mínimo mensual legal vigente y para el 2019 en \$1.200.000, aspectos señalados por la Juez *a quo* en las consideraciones de su decisión y respecto de los cuales no se muestra inconformidad por las partes aquí en contienda.

En esa dirección, en primer lugar debe precisarse tanto para la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.**, como para la **indemnización por no consignación de cesantías**, le corresponde al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar salarios y prestaciones o hacerlo de manera extemporánea y para no consignar el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe². En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³.

De esta manera, ha de advertirse la primera de las sanciones procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, considerando esta Corporación en el presente asunto es claro que el demandado debió pagar las acreencias laborales de la actora durante la ejecución del vínculo laboral, esto es, desde el año 2015 hasta el 2019, por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto, se estima desdeñable la

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

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

posición del llamado a juicio al sustraerse del pago de las acreencias debidas a la accionante, razón por la cual y contrario a lo referido por la falladora de primer grado resulta procedente la condena a esta indemnización, precisándose si bien en el hecho 14 de la demanda se indica “*El demandado manifestó a mi poderdante que iba a cerrar el negocio*” (fl. 4) de allí no se puede extraer que fue por razones de orden económico y aunque fuese así, se tiene que las crisis financieras de los empleadores no constituyen por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, pues debe probarse que dicha circunstancia le generó una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales, situación que en el presente caso no se acreditó en tanto el accionado compareció al proceso a través de curador ad litem y por ende no obra prueba de dicha situación.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio sobre los demás y es por ello que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

En este contexto, sobre la insolvencia económica del empleador, ha precisado la Sala de Casación Laboral, entre otras en la SL 2448-2017, lo siguiente:

“(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe (ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 ago. 2012. Rad. 37288).”

Por ende, se itera al no evidenciarse una situación que enmarque al señor Cesar Castelblanco Piñeres en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión de la accionante, advirtiéndose como quiera que el último salario de la actora superaba el mínimo legal mensual vigente (\$1.200.000 para el año 2019) 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, en tanto la demanda se presentó el 18 de octubre del 2019 (fl. 10) dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato, que lo fue el 4 de septiembre del 2019 según lo considerado por la Juez de primer grado.

Conforme lo anterior, se revoca la absolución de primera instancia y se condena al pago de **\$28.800.000** (\$1.200.000 x 24 meses) por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA causada del 5 de septiembre del 2019 al 4 de septiembre del 2021 y a partir del día siguiente -5 de septiembre del 2021- se ordenará el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas que se adeuden por prestaciones en dinero.

Ahora, en cuanto a la **indemnización por la no consignación de las cesantías**, como ya se dijo de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su inciso 3º, esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectuó el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías sin que tenga incidencia alguna que para el trabajador sean exigibles a la finalización del contrato.

Conforme lo anterior y una vez revisadas las documentales aportadas al expediente se tiene que el señor CASTELBLANCO PIÑERES en efecto nunca consignó dicha prestación, lo que conlleva al pago de la referida indemnización; precisando la Sala no obra prueba de haberse efectuado la consignación de ésta prestación social en las fechas correspondientes, lo que permite inferir que el comportamiento del empleador de la demandante estuvo orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago de las cesantías que por ley le correspondía, no encontrándose justificación alguna para tal circunstancia, evidenciándose por ende la mala fe del aquí demandado.

Determinado lo anterior, procede la Sala a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, teniendo en cuenta la prescripción señalada por la Juez a quo en sus consideraciones, esto es, todos los derechos laborales causados con anterioridad al 4 de septiembre del 2016, y como base para la liquidación el salario mínimo correspondiente a los años 2016 a 2018, precisando, que sobre las cesantías causadas en el año 2019, la obligación de consignación surgía el 15 de febrero de 2020, data posterior a la fecha de terminación del contrato de trabajo (4 de septiembre del 2019) por lo que no procede la indemnización por el auxilio correspondiente al año 2019.

En ese orden las operaciones matemáticas arrojan como sanción la suma de **\$25.792.356**, por lo que se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia en lo pertinente, para condenar por dicha sanción.

<i>PERIODO DE CAUSACION</i>	<i>FECHA INICIAL</i>	<i>FECHA FINAL</i>	<i>DIAS DE MORA</i>	<i>SALARIO MENSUAL</i>	<i>SALARIO DIARIO</i>	<i>TOTAL MORA</i>
2015	15-feb-16	3-sep-16	<i>Prescritas</i>			
	4-sep-16	14-feb-17	161	\$ 644.350	\$ 21.478,33	\$ 3.458.012
2016	15-feb-17	14-feb-18	360	\$ 689.455	\$ 22.981,83	\$ 8.273.460
2017	15-feb-18	14-feb-19	360	\$ 737.717	\$ 24.590,57	\$ 8.852.604
2018	15-feb-19	4-sep-19	200	\$ 781.242	\$ 26.041,40	\$ 5.208.280
					TOTAL	25.792.356

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 revocatoria parcial de la sentencia apelada.

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

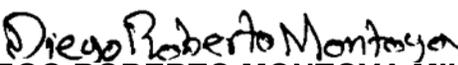
PRIMERO.- REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones

precedentemente expuestas, para en su lugar CONDENAR a CESAR CASTELBLANCO PIÑERES a pagar a la demandante las siguientes sumas:

- a. **\$28.800.000** por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA causada del 5 de septiembre del 2019 al 4 de septiembre del 2021 y a partir del día siguiente -5 de septiembre del 2021- los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas que se adeuden por prestaciones en dinero.
- b. **\$25.792.356** por concepto de INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS de los años 2015 a 2018.

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 JULIO CESAR MELO
MARTÍNEZ CONTRA LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
COLOMBIA – FUAC (RAD. 31 2020 000177 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 6 y 7), 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 por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de abril de 2021 (Audiencia de trámite y juzgamiento, récord 54:59, archivo 023, expediente digital, CD folio 2), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de varios contratos de trabajo, siendo el último contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante JULIO CESAR MELO MARTINEZ y la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1999 al 06 de julio del año 2020.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a reconocer y pagar al demandante la suma de:*

- 1. \$ 2.490.026 pesos por concepto de cesantías del año 2018*
- 2. \$ 1.378.592 pesos por concepto de cesantías del año 2019*
- 3. \$ 405.195 pesos por concepto de cesantías del año 2020*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de:*

- 1. \$7.992.545 pesos por concepto de salarios insolutos del año 2019.*

2. \$ 2.352.744 pesos por concepto de salarios insolutos del año 2020.
3. \$ 763.006 pesos por concepto de prima legal del año 2019.
4. \$ 432.370 pesos por concepto de prima extralegal del año 2019.
5. \$ 1.608.357 pesos por concepto de prima extralegal de diciembre del año 2019.
6. \$ 405.195 pesos por concepto de prima legal del año 2020.
7. \$ 262.632 pesos por concepto de prima extralegal del año 2020.
8. \$ 405.195 pesos por concepto de vacaciones del año 2020.
9. \$ 24.987 pesos por concepto de intereses a las cesantías.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada al pago de COSTAS y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante,”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia únicamente en lo atinente a la absolución por el despido sin justa causa y las sanciones moratorias previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T.

Frente a esto último, recuerda, el empleador tiene la obligación de consignar las cesantías a más tardar el 15 de febrero de cada año y aquí se demostró que no se consignaron las cesantías de los años 2018 y 2019, y aunque se aseveró que la demandada hizo todo lo que tenía a su alcance para cumplir con sus obligaciones, adujo no ser ello cierto, enfatizando quedó acreditado que hubo docentes a los que, por ejemplo, en el año 2018, si le cancelaron sus prestaciones sin que se justificara la existencia de ese trato diferencial y discriminatorio.

Por otra parte, sostiene frente a la iliquidez de la universidad convocada a juicio, existe un patrimonio que sirve para cubrir las obligaciones, incluida esta, empero, pese a que se aseguró que se constituyó un fideicomiso para garantizar las mismas, ello no se probó dentro del proceso, desconociéndose por tanto la existencia de esos convenios para pagar salarios y prestaciones. Sobre ello además dice, también se adujo la venta de inmuebles la cual no se realizó en 2018, ni en 2019 y la cual se está aplazando para efectos de aumentar su el costo de los bienes.

En esa medida señala, debe aplicarse la sanción por lo menos para las cesantías del año 2018 al igual que la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T a la finalización de la relación laboral, porque hasta el momento no se acreditaron las ofertas hechas al demandante para el pago de sus acreencias, simplemente le dijeron, después de 20 años que el trabajo se acabó por la mala administración,

pero no pagaron las prestaciones de 2018, 2019 y las causadas a la terminación de la relación laboral.

Con relación al despido, aduce, el juzgado incurrió en un error en la interpretación dada a la estabilidad laboral contenida en la convención colectiva de trabajo, al señalar que este se aplica solo en los procesos disciplinarios pues, en su sentir, esto es predicable respecto de cualquiera de las razones por las que termina el vínculo de trabajo porque precisamente el instrumento convencional lo que busca es mejorar los derechos laborales del trabajador y con la intelección que le da la *a quo*, una persona como el actor, que laboró por más de 20 años en la institución no tendría derecho a una indemnización “bien sea la del artículo 64 o artículo 65” porque lo que protege la convención es precisamente que a través de una maniobra arbitraria, como la disminución de horas laborales, se despida a un trabajador renunciando a la estabilidad y a la “indemnización del artículo 65”¹ (Audiencia de trámite y juzgamiento, récord 57:34, archivo 023, expediente digital, CD folio 2).

¹ “Entonces señores magistrados interpongo el recurso de apelación. en contra la decisión del *a quo* en cuanto primero no acceder a las pretensiones de la sanción por no consignar las cesantías del año 2018-2019 y en segundo lugar de la sanción del artículo 65 para efectos de la terminación de la relación laboral y en segundo lugar a que no declaro la existencia de un despido sin justa causa.

Frente a la primera situación de las cesantías, señala que el empleador tiene la obligación de consignar las cesantías a más tardar el 15 de febrero de cada anualidad, frente al caso en concreto se demostró que no consigno en el año 2018 y 2019, ahora para efectos de establecer el tema de la buena fe señala que la entidad hizo todo lo que tenía en sus manos para efectos de realmente cumplir con sus obligaciones, hecho que no es cierto, primero, en el 2018 como lo dijeron los testigos fue aceptado a muchos profesores le pagaron las cesantías, a mi representado no se las consignaron y no trajeron un argumento, ninguna justificación para decir porque hubo ese trato diferencial, trato discriminatorio de que a unos si se les consigno y a otros no, no dijeron cual. En segundo lugar dijeron que no tiene recursos y como ellos bien lo dijeron con el concepto de liquidez si hay un patrimonio y el patrimonio son el tema de entre cosas del tema de los inmuebles y frente a eso tienen un patrimonio que pueden garantizar muchas de sus obligaciones que están incluidas a la que hoy esta, frente al mismo dijeron que hicieron un comité de fideicomiso, fue una afirmación que no han hecho prueba, que no la probaron, no la demostraron dentro del presente proceso y hasta el momento la desconozco frente al tema de esos convenios en concreto para pagar salarios y prestaciones. En segundo lugar, que están vendiendo inmuebles, entonces comencemos que en el año 2018 no lo hicieron, en el año 2019 no lo hicieron y en este momento lo afirmaron pero no lo han probado, entonces en este momento que se puede decir de una forma clara, evidente que realmente están alejados de la buena fe teniendo un patrimonio para efectos de cumplir sus obligaciones porque como bien lo dijo el representante legal tiene inmuebles y están aplazando su venta para efectos de aumentar el costo pero en ningún momento dijeron que si se pueden vender para efectos de pagar esta clase de obligaciones, entonces de acuerdo a lo anterior por lo menos está probado que deben aplicar la sanción moratoria para lo que son las cesantías del 2018, vuelvo y repito porque a unos si le pagaron y a otros no, entre esos esta mi cliente. En segundo lugar que no se demostró teniendo un patrimonio, como digo no hay liquidez, pero si hay un patrimonio para responder y realmente todo lo que han dicho no lo corroboran no lo probaron dentro del proceso y esta misma suerte aplica para lo del artículo 65 a la finalización de la relación laboral porque hasta el momento, vuelve otra vez esas ofertas no han estado acá, ni las han exhibido, simplemente le dijeron a mi representado después de veinte años de trabajo, se acabó el trabajo por la mala administración anterior y por la propia y por muchos errores de lo que sea, pero no le pagaron esos salarios y esas prestaciones, ahora eso sería frente a la tema de la sanción diferenciada año 2018 y 2019 y la terminación de la relación laboral.

Ahora frente a la situación del despido sin justa causa es que el *a quo* cometió un error en cuanto a la interpretación de la estabilidad laboral del artículo primero, pues esta no solo se aplica a los procesos que tienen que ver con el proceso disciplinario sino también tiene que aplicarse también a cualquiera de las

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JULIO CESAR MELO MARTÍNEZ en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda inicial, la subsanación, su reforma y la corrección a la misma (archivos 1, 4, 10 y 12, expediente digital, CD folio 2) los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en los acápites respectivos (ibídem), solicitando de manera principal se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, del 27 de enero de 1997 al 6 de julio de 2020, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Igualmente que su salario promedio de 2018 era \$2.418.467 y de 2019 \$1.504.700; que no le fueron consignadas a un fondo sus cesantías de las anualidades 2018 y 2019; que a la fecha de terminación del contrato se le adeudaban salarios de febrero a julio de 2019 y 3 meses del 2020, así como las primas legales y extralegales de esos años. En consecuencia pide se condene a la demanda a pagar a su favor las acreencias y salarios adeudados a la finalización del contrato de trabajo, junto con la sanción por no consignación de las cesantías.

Adicionalmente, pretende se declare la ineficacia de la terminación de su relación laboral y, en ese orden, se disponga su reintegro al cargo que desempeñaba al momento en que fue despedido sin justa causa o a otro de iguales o superiores condiciones, cancelando las prestaciones legales y extralegales, así como los aportes al sistema integral de seguridad social, causados desde el finiquito del

situaciones que se terminen en una relación laboral ¿Por qué? Porque como se va a entrar, la convención colectiva la razón de ser es para mejorar los derechos laborales de los trabajadores y la interpretación que tiene el a quo es que entonces el trabajador pierde el derecho del artículo 64 a que por terminación que no está dentro de las causales de terminación la disminución de horas extras, entonces pierde el derecho a una indemnización porque la convención colectiva que un principio debe ser más favorable de acuerdo a esto sería inocuo que una persona como mi cliente que trabajo veintipico de años no tenga derecho a una indemnización bien sea la del artículo 64 o artículo 65 y esto obedece al título tres artículos primero debe entenderse que esta norma es aplicable tanto para las situaciones disciplinarias como para cualquier situación ¿Por qué en que consiste esta estabilidad reforzada? Que no sea a través de una maniobra arbitraria bien sea alegando una justificación para despedir a un trabajador como la disminución de horas laborales, entonces necesariamente tiene que pasar por este procedimiento pues de lo contrario no tiene otra razón de ser la norma convencional, renunciar a esta estabilidad, a la indemnización del artículo 65, de acuerdo a lo anterior término de una forma gruesa los argumentos para la apelación de la decisión”

vínculo y hasta que sea efectivamente reincorporado, debidamente indexadas a la fecha de su pago efectivo.

En subsidio, pide se condene a la Fundación Universidad Autónoma de Colombia a pagar la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T. y la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T. a razón de un día de salario por cada día de retardo, a partir del 7 de julio de 2020 y hasta que se cancelen efectivamente sus acreencias laborales.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia de varios contratos de trabajo entre las partes, último ejecutado entre el 26 de junio de 1999 y el 6 de julio de 2020, condenando a la pasiva a pagar a favor del actor las cesantías de las anualidades 2018, 2019 y 2020, los salarios insolutos, las primas legales y extralegales de 2019 y 2020 y los intereses a las cesantías de este último año, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que no había discusión respecto a las vinculaciones laborales que ataron a las partes dada la aceptación de las mismas desde la contestación de la demanda, ni frente a lo adeudado por acreencias y salarios al trabajador, por lo que era procedente su pago. Con relación al despido sin justa causa, estimó, aunque las razones expuestas en la carta de terminación no se enmarcaban dentro de aquellas contempladas en el artículo 62 del C.S.T., dentro de la convención colectiva de trabajo, de la cual adujo ser beneficiario el demandante, sí preveía como una justa causa de despido la disminución de la carga académica a 0, advirtiendo además, el procedimiento establecido en el título III era predicable únicamente frente a procesos disciplinarios y este no era el caso, por lo que, bajo ese entendido, no había lugar ni al reintegro ni a la indemnización por despido sin justa causa pretendido.

En lo que toca a las sanciones por no consignación de las cesantías y moratoria concluyó que habían circunstancias justificables y atendibles que cercenaban la posibilidad de imponer las mismas que enmarcaban su actuar en la buena fe, particularmente en razón a la intervención por parte del Ministerio de Educación, la situación financiera de la institución y los intentos de pago a través de fideicomisos

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 las relaciones laborales entre las partes, siendo la última del 26 de junio de 1999 al 6 de julio de 2020, la cual terminó por decisión unilateral del empleador, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio por la aceptación de la encartada desde la contestación de la demanda, fue una conclusión a la que arribó la juzgadora de primer grado respecto de la cual no se formuló reparo alguno.

Tampoco se discute la afiliación realizada por el actor al sindicato SINTRAFUAC pues, aunque al plenario no se arrió constancia alguna de esta situación, de los desprendibles de nómina aportados a los autos (páginas 29 a 70, archivo 12, CD folio 2) se advierte el descuento efectuado al trabajador con destino a dicha organización sindical.

En ese orden, el primer problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar si el despido del trabajador fue ineficaz, dada la insistencia en la apelación acerca de la interpretación asignada por la *a quo* a la estabilidad laboral señalada en la Convención Colectiva de Trabajo y, en consecuencia, si procede su reintegro al puesto de trabajo o a uno de igual o mayor jerarquía o, en su defecto, si tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Previo a abordar el examen de fondo de la controversia planteada, es menester recordar, 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 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 6 de julio de 2020 (pág. 94, archivo 12 y 23 archivo 10); en cuanto a su entrega al accionante, aunque este no se refiere expresamente al recibo de la misma en su escrito introductor, en los hechos tercero y cuarto (página 8, archivo 12, CD folio 2) hizo mención a la terminación unilateral del contrato de trabajo de la que fue sujeto en la fecha reseñada.

Ahora, en la misiva mencionada (pág. 94, archivo 12 y 23 archivo 10) se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“(…)

Me permito comunicarle que, dada la reducción significativa en el número de estudiantes para el segundo semestre del presente año, lo que conlleva a la supresión de cursos, su carga académica fue reportada en cero, en el Sistema de Información Académica (SUA); lo que ha hecho que desaparezcan las razones que fundaron la celebración de su contrato de trabajo.

*Por lo anterior, la Universidad ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo a partir del día de hoy, **con sustento en lo establecido en el párrafo primero del artículo 5 de la Convención Colectiva de trabajo**, suscrita con los sindicatos SINPROFUAC y SINTRAFUAC.*

Le solicito dirigirse a la Unidad de Talento Humano- Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Universidad a través del correo electrónico salocupa@fuac.edu.co, para el trámite de examen médico de egreso, dentro de los cinco (5) días siguientes a partir de su retiro, esto de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 57 del Código Sustantivo del trabajo.

Igualmente se le recuerda que debe hacer entrega formal de su cargo, para lo cual deberá utilizar el formato estandarizado FOR-09-030 del SGI, debidamente firmado

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…”*

y entregado a la Unidad de Talento Humano por correo electrónico a la dirección personal@fuac.edu.co.

Agradecemos por las labores realizadas al servicio de la Universidad Autónoma de Colombia, y le informamos que todas sus prestaciones laborales y salariales correspondientes, le serán consignados en su cuenta de nómina y para ello procederemos a tramitar los respectivos paz y salvos de Biblioteca, Cooperativa, Contabilidad, Servicios Administrativos y otros a que haya lugar.”

En los términos anteriores, es claro, lo que motivó el despido del convocante fue la supresión de la carga académica que tenía asignada, con lo cual, según la universidad, desaparecieron las razones que fundaron la celebración del contrato de trabajo, atendiendo para ello lo previsto en el párrafo primero del artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con los sindicatos SINPROFUAC y SINTRAFUAC.

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, los testigos GUILLERMO RODRIGUEZ³, jefe de contabilidad de la universidad demandada y JUAN CARLOS OSORIO⁴, Vicerrector Administrativo y Financiero de la FUAC, fueron consistentes en señalar que debido a la crisis financiera por la que atraviesa la universidad y a que el número de estudiantes disminuyó significativamente, la carga laboral de algunos docentes, entre ellos el demandante, se había reducido a cero y no tenían como pagarles, situación que conllevó al retiro de estos.

Así, aunque se entendiera acreditado con el dicho de tales deponentes el hecho atribuido como causal de despido, lo cierto es que dicha razón no se enmarca dentro de alguna de las justas causas previstas en el artículo 62 del C.S.T. para concluir su justeza.

Ahora, de acuerdo con la demandada, su proceder se encuadra dentro de lo previsto en el párrafo primero del artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con los sindicatos SINPROFUAC y SINTRAFUAC, advirtiéndose, al expediente se allegó copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA (sic) AUTÓNOMA DE COLOMBIA y los SINDICATOS DE TRABAJADORES Y PROFESORES de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTONOMA DE COLOMBIA (páginas 30 a 54, archivo 10, CD

³ Audiencia del 6 de abril de 2021, archivo 22, CD folio 2, récord 10:08.

⁴ Audiencia del 6 de abril de 2021, archivo 22, CD folio 2, récord 23:03.

folio 2) suscrita el 25 de marzo de 1993, la cual cuenta con constancia de depósito⁵ (folio 70)⁶, disposición que en su tenor literal prevé:

“Artículo 5. La carga académica de un profesor de tiempo parcial solo podrá ser disminuida por las siguientes causas:

- a) Supresión de cursos o asignaturas*
- b) Suspensión de asignaturas por reformas del pensum dentro del respectivo semestre académico*
- c) Cuando un profesor de tiempo parcial, transitoriamente se le aumente su carga académica para reemplazar algún docente por causa justificada y solo durante su ausencia.*

*Parágrafo 1. Las causas de que tratan los literales a) y b) del presente artículo no se toman como justificación de terminación del contrato de trabajo, **excepto cuando la carga académica es cero (0); y no sea posible ubicar al profesor en cátedra de su misma área.***

Parágrafo 2. En todo caso, a los docentes que se les hubiere disminuido la carga académica por los hechos de que trata el presente artículo en sus literales a) y b) tendrán derecho a que se les asigne la misma carga a la reapertura de cursos o de las asignaturas.

(...)”

Los docentes tiempo parcial, según el artículo 4 de dicho instrumento, también son denominados hora cátedra, que era precisamente el cargo desempeñado por el demandante conforme a las certificaciones laborales que militan en el archivo 20 (CD folio 2) y que fueron allegadas igualmente con la subsanación y la reforma de la demanda (archivos 4 y 12, CD folio 2).

Conforme la norma convencional transcrita entonces, puede considerarse justa causa de despido la reducción de la carga académica de un docente de tiempo parcial a 0, cuando se suprimen cursos o asignaturas, o se suspenden las mismas por reformas al pensum en el semestre, siempre y cuando no sea posible ubicarlo en otra cátedra, caso que no es el de autos por cuanto es distinta la supresión o eliminación de asignaturas a la reducción del número de estudiantes, pues esto último, no implica necesariamente que se produzcan modificaciones en las asignaturas que tiene establecidas la universidad para cada uno de los programas académicos.

⁵ Del 14 de abril de 1993 (página 54, archivo 10, cd folio 2), por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

⁶ Sin que ahora se discuta su aplicabilidad al actor.

Sobre el particular entonces, y en el caso concreto del demandante, contrario a lo concluido por la Juez *a quo*, para esta Corporación no se configura dicha causal convencional por cuanto, si bien se redujo la carga académica del demandante a 0, la razón por la que ello ocurrió fue la disminución de estudiantes y la crisis financiera de la universidad, circunstancias estas que no guardan correspondencia alguna con los literales a) y b) de la preceptiva reseñada, anotándose igualmente, tampoco se acreditó, a través de ninguno de los medios de convicción acopiados, la imposibilidad de la demandada de ubicar al demandante en otras asignaturas de su misma área.

Bajo tal entendido, el despido del actor no fue justo.

Ahora bien, como quiera que lo pretendido de manera principal es la ineficacia del despido y el consecuente reintegro del trabajador, procederá la Sala a verificar su procedencia.

Sea lo primero 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 2007⁷,

⁷ “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 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.

criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y más recientemente en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017⁸.

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 éste 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, entrándose de trabajadores beneficiarios de la convención colectiva, se debe verificar el artículo primero del Título III “*Normas de aplicación general, aplicables a trabajadores docentes y no docentes*” denominado “**RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN Y ESTABILIDAD LABORAL**”, el cual prevé:

“ARTÍCULO 1ro. ESTABILIDAD LABORAL. *La FUAC con el objeto de garantizar la estabilidad para todos y cada uno de sus trabajadores, no dará por terminado el contrato de trabajo a ningún trabajador sino por justa causa debidamente comprobada la cual será calificada y resuelta por una comisión de estabilidad integrada de la siguiente manera: dos (2) representantes del a Fuac y dos (2) representantes de los trabajadores, uno designado por el sindicato de profesores sinprofuac y otro designado por el sindicato de trabajadores Sintrafuac, todos con sus respectivos suplentes.*

⁸ “*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, sí 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.º86-89).”

La presunta falta se comunicará por escrito al trabajador con copia al Sindicato simultáneamente. Esta notificación será personal y deberá hacerse dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia de los hechos.

(...)

Parágrafo 2. *Si se pretermitieran los procedimientos anteriores, o el despido fuere injustificado, no surtirá efecto ningún despido, ni sanción y el trabajador será reintegrado en forma inmediata y automática pagándole todos los salarios y prestaciones sociales causadas durante el tiempo cesante.*

Al tenor de dicha preceptiva, para la Sala, en contraposición a lo advertido por la juzgadora de primer grado, esta norma no prevé un procedimiento solo para la verificación de faltas y la aplicación de sanciones disciplinarias, sino también para despedir a un trabajador con justa causa, precisándose, basta con constatar la inobservancia del procedimiento dispuesto en la mentada cláusula o la falta de justeza, para que el finiquito del vínculo provocado de manera unilateral por el empleador se torne ineficaz.

Sobre la intelección de dicha cláusula, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL16187 de 2015, estimó:

*“Conforme a lo anterior, en criterio de la Sala, la supresión de cargos derivada de la mencionada reestructuración académica de la Universidad, aunada al hecho de contratar a una empresa para que asumiera las asignaturas de inglés, no configura una justa causa de despido de las contenidas en el C.S.T. artículo 62, modificado por el Decreto 2351 de 1965 artículo 7°, por lo que esa determinación debe catalogarse como injusta, y en tales circunstancias la actora deberá ser reintegrada al cargo que desempeñaba, tal como como lo dispone la cláusula convencional de estabilidad laboral, prevista en el Título III, artículo 1°, parágrafo 2°, que a la letra reza: «Si se pretermitieran los procedimientos anteriores, **o el despido fuere injustificado**, no surtirá efecto ningún despido, ni sanción y el trabajador **será reintegrado** en forma inmediata y automática pagándole todos los salarios y prestaciones sociales causadas durante el tiempo cesante» (las negrillas no son del texto).*

Ese mismo razonamiento que se ha dejado consignado con precedencia, fue expuesto por la Corporación al dirimir una controversia contra la misma universidad demandada, en la que se debatió la justeza o no de un despido de un profesor de cátedra, soportado en las mismas motivaciones esgrimidas en este asunto, esto es, la reestructuración académica de la Universidad, para lo cual puede consultarse la sentencia CSJ SL 2052 – 2014.

Bajo tal derrotero, al ser injustificado el despido del demandante, tal proceder de la demandada conlleva a concluir que resulta procedente el reintegro pretendido, cuyo derecho se encuentra expresamente consagrado en la norma convencional ya

referenciada, de la cual como se dijo, es beneficiario el actor, razones por las cuales habrá de revocarse la sentencia de primer grado en este punto.

Valga señalar, el reintegro del señor JULIO CESAR MELO deberá hacerse al mismo cargo que ocupaba dentro de la universidad convocada a juicio al momento de ser despedido, o a otro de igual o superior categoría, si aquél no existiere junto con el pago de los salarios, con los aumentos que se hubiesen efectuado y a las prestaciones sociales legales y convencionales, dejadas de percibir, al igual que los aportes a la seguridad social, hasta el momento de su reinstalación. Para ello se tendrá en cuenta el último sueldo promedio devengado el demandante.

Por otra parte, en lo que toca a la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y moratoria del artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia que dichas sanciones no proceden de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador⁹, examinando la situación específica del mismo en cada caso, para determinar los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea.

De tal manera, frente a la primera sanción, se advierte, la demandada debió consignar las cesantías de 2018 y 2019 a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación, no obstante ello nunca ocurrió. Como justificación de dicha conducta, la universidad demandada alude a la crisis financiera por la que atraviesa, desde hace ya varios años, que le imposibilitó seguir asumiendo el pago de las prestaciones económicas adeudadas a sus trabajadores y derivó en la intervención por parte del Ministerio de Educación.

⁹ "...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).

Así, del elenco probatorio se advierte que mediante resolución 005766 del 6 de junio de 2019 (páginas 22 a 59, archivo 9, Cd folio 2) “*Por el cual se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Fundación Universidad Autónoma de Colombia – FUAC- en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia*”, el Ministerio de Educación consideró:

“En el caso de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia -FUAC-, la Subdirección de Inspección y Vigilancia del Ministerio de Educación Nacional, a través de sus diferentes equipos técnicos, constató en las visitas administrativas practicadas y en los informes rendidos, la existencia de deficiencias que inciden de manera directa en las condiciones de calidad exigidas en la Ley 1188 de 2008 y el Decreto 1295 de 2010 (esta última norma recopilada en el Decreto 1075 de 2015), particularmente en lo que refiere a aspectos financieros e indebida conservación de sus recursos, lo que incidió en el normal desarrollo de sus actividades, puesto este es un aspecto sustantivo para garantizar la calidad y la continuidad en la prestación del servicio de la educación superior, constituyéndose en deficiencias que deben ser objeto de medidas inmediatas y urgentes de vigilancia especial que corrijan y normalicen tales situaciones, conforme lo señala la Ley 1740 de 2014.

Desde el informe de visita realizada a Fundación Universitaria Autónoma de Colombia - FUAC- los días 22, 23, 24, 25 y 26 de mayo de 2017, se advirtió acerca de las dificultades financieras en que la Institución podía verse avocada, en razón a los compromisos presupuestales adquiridos, y la inadecuada planeación financiera, situación que no mejoró en la vigencia subsiguiente, como se constató en la visita realizada los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018, oportunidad en la que se advirtió sobre un elevado gasto adquirido con la fijación de beneficios económicos extralegales aún vigentes, y la ineficiente gestión para la recuperación de cartera, por captar estudiantes y promover otras estrategias de obtención de recursos.

Dichas dificultades se han prologado y aún persisten, tal como da cuenta el informe sobre la situación financiera de la Institución rendido por la Subdirección de Inspección y Vigilancia de este Ministerio el día 20 de mayo del año en curso.”

Por esas y otras razones, dicha cartera ministerial decidió adoptar “*medidas preventivas para la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia -FUAC-, con el objeto de promover el restablecimiento de las condiciones de calidad, de forma que ésta pueda “superar situaciones que están afectando la adecuada prestación del servicio de educación”, y amenazando «el cumplimiento de sus objetivos»; igualmente, para propender por «el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias en concordancia con lo establecido por el artículo 10 de la Ley 1740 de 2014.*”

Por lo anterior, a juicio de esta Sala de decisión, es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición de la resolución en comento, no derivó de una o buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos, en aras de ejecutar la implementación de las medidas de salvamento dispuestas por el Ministerio de Educación, por lo que, a partir de la expedición de dicha resolución, no antes, sí surgió una justificación legal que impidió el pago derivada de las implicaciones sociales que surgen de la situación de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, circunstancia que ubica entonces a la demandada en el terreno de la buena fe, pero se itera sólo a partir de la expedición de la resolución en comento, esto es el 6 de junio de 2019.

En ese entendido, procedente resultaba el pago de la sanción por no consignación de las cesantías del año 2018, las que debían ser depositadas en la cuenta a nombre del trabajador en el respectivo fondo a más tardar el 14 de febrero de 2019, situación que no fue satisfecha por la demandada, indemnización que se causa a partir del 15 de febrero de 2019 y hasta el 6 de junio de 2019 cuando fue intervenida la Universidad por el Ministerio de Educación, por lo que, efectuados los cálculos de rigor y tomando como salario promedio de 2019 la suma de \$1.378.592 determinada por la *a quo*, sobre la que no se presentó objeción, arroja la suma de **\$5.054.837,33**¹⁰ a favor del demandante.

Por las mismas consideraciones antedichas, no hay lugar a imponer la sanción respecto de la no consignación de cesantías del año 2019, pues, como ya se dijo, la demandada para en la fecha en que debieron ser pagadas las acreencias del trabajador, se encontraba en una situación de control que le impedía efectuar pagos y que ubica en el plano de la buena fe su omisión.

En ese sentido, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en tanto absolvió de la sanción a la demandada, para en su lugar disponer el pago de la sanción por no consignación de las cesantías de 2018, entre el 15 de febrero de 2019 y el 6 de junio de 2019.

Por último, frente a la petición efectuada por el demandante en sus alegatos de conclusión ante esta instancia, respecto de imponer condena de oficio por los

Inicio	Fin	Total días	Salario diario	INDEMNIZACIÓN (SALARIO DIARIO X TOTAL DÍAS)
6/06/2019	15/02/2019	111	\$ 45.953,07	\$ 5.054.837,33

¹⁰

aportes a seguridad social causados entre el 1 de diciembre de 2018 y el 30 de diciembre de 2019, frente a los cuales no se pronunció la *a quo*, baste con señalar, para negar tal pedimento, que los mismos no fueron objeto de alzada, por lo que la Sala, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T) se encuentra imposibilitada para adentrarse al estudio de tal aspecto, anotando igualmente que, en los términos del artículo 287 del C.G.P.¹¹ “El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión la haya apelado” situación esta última que, como se indicó, en autos se echa de menos.

Adicional a lo anterior debe precisarse al recurrente que aunque la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 66 A del C.P.T mediante sentencia C-968 de 2003, bajo en el entendido “que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre os derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador”, ello claramente, y al tenor de lo dicho por ese Alto Tribunal, solo es posible bajo el supuesto de que el asunto sea materia de apelación.

De lo que viene de exponerse, no hay lugar a revocar la sentencia apelada en este punto.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a distintas conclusiones a las halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia.

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 el numeral QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la demandada

¹¹ Aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

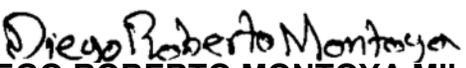
del reintegro solicitado por el actor, y en su lugar, se condena a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a **REINTEGRAR** a JULIO CESAR MELO MARTÍNEZ al mismo cargo que ocupaba al momento de ser despedido, o a otro de igual o superior jerarquía, si aquél no existiere; al pago de los salarios, con los aumentos que se hubiesen efectuado y a las prestaciones sociales legales y convencionales, dejados de percibir desde el 7 de julio de 2020, como también a los aportes a la seguridad social, hasta el momento de su reinstalación; para lo cual se tendrá en cuenta el último sueldo mensual devengado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a pagar a favor de JULIO CESAR MELO MARTÍNEZ, la suma de **\$5.054.837,33** por concepto de sanción por no consignación de las cesantías del año 2018 causada entre el 15 de febrero y el 6 de junio de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
SALVA VOTO PARCIAL


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO CONTRA MERCADO ZAPATOCA S.A. (RAD. 31 2020 00338 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada (fls. 7 a 10), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del señor MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO y de MERCADO ZAPATOCA S.A., contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 6 de mayo de 2021, en la que se resolvió (Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, récord 44:22, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams):

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, entre MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO, en calidad de trabajador, y MERCADO ZAPATOCA S.A., en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 10 de julio de 2018 al 03 de enero de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada MERCADO ZAPATOCA S.A. a reconocer y pagar al demandante MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO la suma de:

- a. \$1.085.060 correspondiente a horas extras, recargos por trabajo nocturno, trabajo dominical, festivo del año 2018.
- b. \$4.565.157 correspondiente a lo adeudado por horas extras, recargo nocturno, recargo por trabajo dominical y festivos del año 2019.
- c. \$405.892 por reliquidación de cesantías del año 2018
- d. \$380.162 por reliquidación de cesantías del año 2019.
- e. \$405.892 por reliquidación de prima de servicios del año 2018.
- f. \$380.162 por reliquidación prima de servicios del año 2019.

- g. \$23.000 por reliquidación intereses a las cesantías del año 2018.
- h. \$45.619 por reliquidación de intereses a las cesantías del año 2019.
- i. \$692.907 por reliquidación de vacaciones.
- j. El pago de \$100.000 adicionales, mensuales, por el periodo comprendido entre el 10 de julio del año 2018 al 31 de diciembre del año 2018, suma de dinero que deberá ser cancelada a PORVENIR S.A., que aparece como fondo de pensiones del demandante y durante el año 2019 del 01 de enero al 31 de diciembre de 2019, la suma de \$380.162 pesos mensuales, adicionales al salario base sobre el que cotizó.

TERCERO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la parte demandada MERCADO ZAPATOCA S.A. en cuantía de 1 SMLMV.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación advirtiendo, que el trabajo extra diurno está reconocido y, por lo tanto, el perseguido con la demanda es ese trabajo nocturno, tanto dominical y festivo, desarrollado durante el periodo en el que se prestó servicios a la demandada, por cuanto no le fue cancelada suma alguna por trabajo nocturno (nocturno dominical y nocturno festivo), durante la vigencia del contrato, razón por la que no se comparte la liquidación efectuada por la juez de primer grado. Igualmente, que está acreditada la mala fe de la demandada, por lo que resulta procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria¹ (014. Ordinario 11001310503120200033800-20210506_153515-Grabación de la reunión, récord 47:48; 015. 2020-338 Acta Fallo).

A su vez, la apoderada de la demandada también interpuso recurso de apelación e indicó que, para acceder a la condena reclamada, era necesario que las horas extras estuvieran acreditadas por cada periodo reclamado; circunstancia que no se

¹ “Voy a interponer recurso de apelación en contra la sentencia proferida por su despacho en los siguientes aspectos: Los recursos se basan en las siguientes situaciones, es claro que, en la demanda, el demandante reconoce el pago del trabajo extra diurno, el recargo extra diurno lo reconoce, él lo que está demandando sería ese trabajo nocturno, tanto dominical, festivos y, es así, que durante todo su tiempo de trabajo con la demandada nunca le fue reconocido. Esos aspectos que aparecen en los desprendibles de nómina corresponden nuevamente lo reitero su señoría es al trabajo extra diurno que igualmente está reclamando, pero respecto al trabajo nocturno nunca le fue cancelado su trabajo nocturno dominical, ni el recargo nocturno festivo, es así como respetando la liquidación que hace su despacho pues la misma no se comparte su señoría.

Así mismo, respecto al reconocimiento de la indemnización moratoria hay lugar su señoría, porque en efectos hubo mala fe del empleador es más el despacho le manifestó que el empleado nunca había trabajado en horario nocturno, igual quedo probado y demostrado que si lo trabajo, es decir estaba ocultando dicho trabajo suplementario. Igualmente, su señoría otro debate de la demandada, es que su contestación de la demanda fue extemporánea y por no contestada, lo que conlleva a tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión y que mi representado si trabajo en horario nocturno y esto conlleva al reconocimiento de ley de sus prestaciones y sus recargos de ley. Reitero, nunca se le reconoció fue el trabajo nocturno y eso fue lo que se demandó, el trabajo diurno no hay discusión, en ese sentido, su señoría, quedan sustentados los alegatos de conclusión, solicitándole al Honorable Tribunal Sala laboral de Bogotá pues que con todo respeto modifique la sentencia y acoja las pretensiones de la demanda, muchas gracias”

podía derivar del interrogatorio al representante legal de la demandada, pues no se cumplían los requisitos para valorar una confesión.

Por otra parte, señala que existen claras contradicciones entre los dichos del demandante, en su interrogatorio, y lo manifestado por los testigos del demandante, aunado que lo informado por los testigos no resulta concluyente para determinar la jornada de trabajo del señor MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO.

Finalmente, resalta que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en establecer que para concederse trabajo suplementarios y recargos, resulta necesario que estén debidamente probados, pues no es algo susceptible de presumirse. Por ello, deberá revocarse la sentencia y absolver a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra² (014.

² *“Me permito manifestar al despacho que interpongo recurso de apelación, bajo las siguientes consideraciones: En el presente asunto se debe tener en cuenta que las horas extras debían estar demostradas para cada periodo reclamado, situación que no se acredita con los medios de prueba allegados por la parte demandante. También es dable decir que del mismo interrogatorio no se infiere la confesión y no cumple con los requisitos del artículo 191 del CGP, en ese sentido la parte demandante no demostró el número de horas diurnas o nocturnas laboradas para cada periodo.*

Por otra parte, frente a lo manifestado por el apoderado, teniendo en cuenta que se dio por no contestada la demanda y que los hechos eran susceptibles de confesión, el abogado, era en la oportunidad correspondiente, nada manifestó, lo que está diciendo que él ... (se interrumpe momentáneamente la conexión)

Por otra parte, importante indicar que en el interrogatorio de parte que se le hizo al demandante, en varias oportunidades (se interrumpe momentáneamente la conexión) expreso el mismo que no, después dijo, la señora juez manifestó ¿No había nadie más allá? Y el demandante contestó “no señora a veces durante en unos pocos meses donde daban los dos cambios de turnos del mes y daban un día que a veces mandaba el señor Ovidio Villareal a hacer el relevo de ese día, hacia un solo relevo por eso era muy remota vez” ¿En cuántas oportunidades el señor Ovidio fue? El demandante “Lo vi como en tres o cuatro veces” Esa manifestación que hace el demandante es contradictoria por lo que manifestó el testigo John Dairo que, inclusive, manifestó que ellos dos eran los que trabajaban en ese parqueadero y el señor John Dairo manifestó que el señor Ovidio iba cada mes o cada mes y medio, entonces se están contradiciendo porque pues el demandante está diciendo que fue 3 o 4 veces durante más de un año que presto servicio, casi dos años y el otro manifestó que cada mes y medio entonces no coincidieron en su dicho. También indicó que hacia una semana de día y una semana de noche frente al testigo John Dairo y el señor Milton Cesar y en el interrogatorio que le hace la señora juez el demandante manifestó, primero que trabajaba una semana de día y una semana de noche 12 horas y todos los viernes tenía que hacer 24 horas como lo manifestaba el compañero o John para que descansara y poder hacer cambio de turno y cuando le pregunto la señora juez ¿Cuántos turnos hacía de 7 de la noche a 7 de la mañana? El manifestó... (se interrumpe momentáneamente la conexión) ... que de 7 de la noche a 7 de la mañana, entonces interrogatorio es totalmente contradictorio porque si trabaja 24 turnos (no es claro lo que dice) ...

También es importante resaltar que el señor Ceferino Sánchez y tal como lo indico la señora juez no tenía conocimiento frente a los turnos que está aquí el demandante y el señor Juan de Jesús López inclusive en principio dijo que lo conocía en el parqueadero de Mosquera, cuando realmente el nunca trabajo o se evidencio dentro del presente proceso que trabajo fue en el parqueadero de Madrid, después dijo que no que en el parqueadero Madrid-Mosquera y también cuando se le pregunto ¿Cuántos turnos hizo en el parqueadero de Madrid? Indico que cuatro veces durante quince días, pues se ve o se percibe que los testimonios son totalmente contradictorios y no lograron probar cuantas horas extras trabajo el demandante o lo que el pidió en su demanda, por lo anterior no hay lugar a condena alguna frente al pedimento que hizo la parte demandante.

Es importante resaltar que la jurisprudencia ha sido clara, entre ellas la sentencia de la corte suprema de justicia sala laboral 8675 del 2016 radicado 47738, del magistrado ponente Fernando Castillo Cadena que indicó “No es posible, sin embargo como lo plantea que debe ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y

Ordinario 11001310503120200033800-20210506_153515-Grabación de la reunión, récord 51:06; 015. 2020-338 Acta Fallo).

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 MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 6 y 7), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 3 a 6, encaminadas principalmente a que se declare que entre este y MERCADO ZAPATOCA S.A. existió una relación laboral, mediante un contrato de trabajo a término fijo, del 10 de julio de 2018 al 03 de enero de 2020, el cual finalizó por decisión unilateral del empleador sin que mediara justa causa, razón por la que procede el pago de la indemnización por despido.

Así mismo, solicitó se reliquiden los pagos realizados por prestaciones sociales y vacaciones, con base en las horas extras nocturnas, recargos nocturnos y recargos nocturnos dominicales y festivos, causados del 10 de julio al 30 de diciembre del año 2018 y del 2019, en lo que respecta a las prestaciones y por la vigencia del contrato, en lo que concierne a vacaciones y que se reliquide lo pagado por trabajo suplementario proporcional por las horas extras nocturnas, recargos nocturnos y recargos nocturnos dominicales y festivos, así como por horas extras nocturnas dominicales y/o festivas, desde el 10 de julio de 2018 hasta el 03 de enero de 2020.

Finalmente, se reclama el pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST y que se reliquiden los aportes al sistema general de pensiones, proporcional a lo que no fue pagado por horas extras nocturnas, recargos nocturnos,

contabilizar por todo el tiempo de servicios máximo de horas, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una” cosa que no ocurrió en el presente proceso, por lo anterior solicito a los honorables magistrados se tengan en cuenta pues las sentencias que sobre horas extras ha indicado la Honorable Corte suprema de justicia y también lo que ha reiterado inclusive en las sentencias SL1994-2020, en donde se indicó que la línea jurisprudencial decantada por esta sala de la corte, ha sido reiterada e inequívoca en el sentido de exigir que cuando el reconocimiento trabajo suplementario en los días de descanso obligatorio se trata el requisito de mérito de tal pretensión (no es claro lo que dice), con el carácter de preponderante en número de horas adicionales a la jornada máxima legal y las que se prestó (el servicio)... requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador pues es a el quien le interesa probar estos supuesto facticos para que a su vez el juez pueda fijar el monto de la condena.

Por lo anteriormente expuesto solicito a los honorables magistrados que se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad y se condene a la parte demandante en costas, muchas gracias su señoría”

recargos nocturnos dominicales y festivos, desde el 10 de julio de 2018 hasta el día 03 de enero de 2020.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, en tanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo, a término fijo, entre el señor MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO y MERCADO ZAPATOCA S.A., por el periodo comprendido entre el 10 de julio de 2018 al 03 de enero de 2020 y se ordenó el pago de horas extras, recargos por trabajo nocturno, trabajo dominical, festivo de los años 2018 y 2019, así como la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema de pensiones.

Lo anterior, tras considerar la juez *a quo*, en primer lugar, que no era objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo; en lo que respecta a los recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras, determinó que estaba acreditada la prestación del servicio, en armonía a las minutas de turnos, las cuales, pese a ser desconocidas, guardan relación y son coherentes con lo informado por los testigos y lo confesado por el representante legal de la encartada. Finalmente, se abstuvo de conceder las indemnizaciones por despido sin justa causa, pues obra misiva con la que el demandante finalizó voluntariamente el contrato de trabajo, sin imputar conducta a la demandada; y moratoria, por cuanto consideró que la demandada obró de buena fe.

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

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia, la vinculación laboral del señor MILTON CÉSAR ROMERO BUITRAGO con la sociedad MERCADO ZAPATOCA S.A., mediante un contrato a término fijo, que inició 10 de julio de 2018 y finalizó 03 de enero de 2020, aspecto que además de haber sido excluido del debate probatorio por la aceptación de las partes contratantes (Audiencia del 04 de febrero de 2021; 009. 2020-338 Art 77 04-02-21), se constata con la documental de folios 15 a 19 (001. DEMANDA_7_10_2020 21_42_40).

Del mismo modo, no se discute que el promotor del litigio ocupó el cargo de “auxiliar de parqueadero y servicios varios” y que prestó sus servicios en el parqueadero ubicado en el municipio de Madrid – Cundinamarca y, por otra parte, debe precisarse desde ya, la contestación extemporánea de la demanda no genera las consecuencias de tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión, tal como lo sugirió la parte actor en su recurso.

Así pues, en virtud del principio de consonancia, los problemas jurídicos en esta instancia se circunscriben en establecer si el demandante tiene derecho al i) reconocimiento de horas extras y recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos con la consecuente reliquidación de prestaciones, vacaciones y aportes al sistema de pensiones; ii) a un valor diferente por horas extras y recargos, de acuerdo a los montos que reconoció la demandada en vigencia del contrato y iii) al pago de la indemnización moratoria, en el evento que se determine que la encartada obró de mala fe.

De tal manera, se iniciará con el estudio de la procedencia de las **horas extras y recargos** reclamados, advirtiendo desde ya, para esta Sala de decisión resulta clara la orfandad probatoria respecto del trabajo suplementario, dominical, festivo o nocturno que diera lugar al pago de las condenas reclamadas por el actor y concedidas por la primera instancia, precisando las mismas no se pueden acreditar con las minutas de turnos visibles a folios 40 a 47 (001. DEMANDA_7_10_2020_21_42_40), las cuales, sin perjuicio de relacionarse como “Copias minuta registro jornada laboral de ingreso y salida del parqueadero Madrid”, no permiten establecer con un total grado de certeza, que aquellas hubieran sido elaboradas por el empleador o uno de sus representantes, a lo que, se suma, corresponden al periodo transcurrido entre el 14 de julio de 2018 y el 29 de agosto de 2019, sin que permitir determinar, como lo infirió la *A Quo*, las semanas en las que se prestó servicio en el turno diurno y las que se dio en el nocturno, pues para acceder a lo requerido, debían estar discriminados los días y las horas que eventualmente hubiesen sido asignadas al demandante para trabajar por fuera de su horario y que efectivamente las hubiere laborado.

Adicionalmente, de dichas planillas, no se perciben horas extras o recargos adicionales, a los que ya fueron reconocidos por la ex empleadora, que se observan

en los comprobantes de nómina allegados con la demanda, visibles a folios 20 a 38 (001. DEMANDA_7_10_2020 21_42_40).

Así las cosas, se itera, para esta Sala no hay prueba con el suficiente grado de contundencia que permita establecer si el actor realmente trabajó horas extras, o en horarios que generaran el pago de recargos y dominicales, circunstancia que impide la prosperidad de sus anhelos en este sentido, precisándose, la carga probatoria se encuentra en cabeza del actor y no le es dable al fallador efectuar cálculos o suposiciones acerca de un número probable. Nótese al respecto que la falladora de primera instancia fue quien estableció un estimado de horas susceptibles de los recargos y las semanas que se verían cobijadas por dicho beneficio.

Así mismo, los testimonios no resultaban lo suficientemente concisos como para suplir la carencia probatoria, relativa a los turnos en los que efectivamente se prestó servicios y que serían susceptibles de los recargos o incrementos por trabajo suplementario, pues aquellos no informaron con total claridad la jornada en la prestaba servicios el demandante.

En relación con el asunto materia de estudio, en sentencia SL 1149 del 25 de marzo del 2020 se indicó:

“La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario, debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los días y las horas en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones, efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo.

Ahora en lo que respecta al pago de dominicales:

“Cuando el trabajador alega que trabajó en días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado. Porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa.” (Tribunal Superior del Trabajo, sentencia de septiembre 4/48.)

Recuérdese como lo ha enseñado la H. Corte Suprema de Justicia que *“para que el juez produzca condena por (...) dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia; es decir, el caudal probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, de forma que no le sea necesario al juzgador hacer cálculos o*

suposiciones acomodaticias, para determinar el número probable de las que estimen trabajadas" (Sentencia SL 2051 Rad. 42256 del 19 de febrero del 2014).

Corolario de lo anterior, para esta Sala resulta evidente, el actor no cumplió con su carga probatoria, respecto del trabajo en horas extras, dominical, festivo y nocturno reclamado y ante una falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte demandante resulta acertada la decisión absolutoria, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es 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*" lo que se itera conlleva a la absolución de la traída a juicio.

Finalmente, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.** por falta de pago oportuno prestaciones debidas, como quiera que se despachó de manera desfavorable la condena por trabajo suplementario y recargos y de aquella derivaba la eventual condena por esta indemnización, por sustracción de materia, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre la procedencia de este pedimento.

Del mismo modo, atendiendo las resultas de la alzada propuestas por la encartada, la Sala se releva de analizar los argumentos de apelación presentados por el demandante.

Conforme lo anterior, a juicio de esta Sala de decisión, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

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,

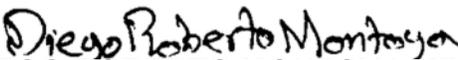
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo y tercero de la sentencia, conforme lo expuesto en la parte motiva, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones de índole condenatorio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo del 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 RAFAEL EDUARDO BLANCO SERRANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS y PORVENIR S.A. (RAD. 32 2019 00367 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 4 y 5), PORVENIR (fls. 7 y 9) 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 y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 20 de mayo del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 383, récord 1:55:40, acta de audiencia archivo 15 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante RAFAEL EDUARDO BLANCO SERRANO a través de COLFONDOS S.A., de fecha 20 de enero de 1998, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los

aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante RAFAEL EDUARDO BLANCO SERRANO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

PORVENIR manifestó apartarse del fallo, puesto que se está exigiendo a las administradoras de fondos privados que entren a probar información otorgada al momento del traslado con pruebas de la asesoría, cuando para ese momento se hacían las asesorías de manera verbal y el único documento que se exigía era el formulario de afiliación que era la prueba solemne de la debida información otorgada, por lo tanto considera no ser justo que se pidan pruebas u obligaciones que no estaban vigentes para ese momento, solicitando se respete la voluntad de las partes y se le dé el valor probatorio que se merecen esos formularios de afiliación que el accionante suscribió, ya que demuestran el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado que entendía que ese acto jurídico que estaba realizando, era vital para su futuro pensional y que se sometía a las condiciones del RAIS para ese momento.

Señala que no se puede perder de vista que los afiliados son consumidores financieros, por lo que tampoco se le debe descargar totalmente el deber de información a las AFP, toda vez que los afiliados deben conocer todas sus situaciones particulares y laborales ya que son estas las que le ayudaran a acceder a un mejor derecho pensional en cualquiera de los regímenes pensionales.

Expresa que el actor efectuó varios traslados horizontales entre administradoras de pensiones y que por ende ratifica o tiene actos de relacionamiento que permiten llegar a concluir que, si estaba conforme con este régimen de ahorro individual y que quería culminar su vida laboral en este régimen.

Por otro lado, asegura el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse buscando ahora obtener una mesada pensional mayor, pero olvidando que por mas de 20 años no ha cotizado al RPM.

Finalmente, solicita se absuelva de la condena de los gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por conceptos de las primas de los seguros previsionales, porque las sumas correspondientes a los gastos destinados a la administración tienen un mandato legal, una destinación específica y en este caso afirma ello se cumplió mientras el accionante mantuvo su vinculación con el RAIS, por lo que tales sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de su representada porque fueron destinados a cubrir todos los gastos que implicó la correcta administración de los recursos que se vieron reflejados en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y el incremento que ha obtenido estos, igualmente aduce tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que también por mandato legal se requerían, advirtiendo la destinación de estas sumas cumplió con su objetivo y en consecuencia estas se agotaron o se extinguieron. (Audiencia virtual 20 de mayo del 2021, récord: 1:57:59)¹

¹ “Si su señoría, estando en la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el Tribunal Superior de Bogotá, primero ratificándome en lo dicho en mis alegatos de conclusión y pues manifestando que me aparto integralmente en el fallo, puesto que se está exigiendo a las administradoras de fondos privados que entren a probar información otorgada al momento del traslado, con pruebas de la asesoría, cuando pues para ese momento hacían las asesorías de manera verbal y pues el único documento que se exigía, pues era el formulario de afiliación, que era la prueba solemne de la debida información otorgada, por lo tanto no es justo que se pida pruebas u obligaciones que no estaban vigentes para ese momento, por lo que les solicito señores magistrados que por haber existido actos jurídicos que verso la voluntad del demandante, pues se solicitó se respete la voluntad de las parte y que si se le dé el valor probatorio que merece pues estos formularios de afiliación que el accionante suscribió, ya que demuestran el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento, la voluntad expresa del afiliado que entendía que pues este acto jurídico que estaba realizando, pues era vital para su futuro pensional y que se sometía a las condiciones del RAIS para ese momento, para el momento de su vinculación y también incluso para el momento de hacer efectivo su derecho pensional.

El juez de primera instancia manifiesta que no se cuenta con pruebas de la asesoría que pues las pruebas allegadas no son suficientes, pero tangase, como lo indique esta situación no estaba reglada para dicho

COLPENSIONES por su parte impugnó el fallo, manifestando que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, bajo el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP Colfondos y Porvenir y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión de primer grado, ya que nada tuvo que ver con la decisión adoptada por el demandante, por lo que no se le puede condenar a recibir al actor como afiliado de nuevo al RPM pues con esta decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, precisando el dinero que sea girado por las AFP no va ser

momento, es decir no se había consolidado este deber de información y pues las asesorías se hacían de manera verbal como pues las que se realizaron en los diferentes traslados.

De igualmente, señores magistrados no se puede perder de vista de que pues los afiliados son consumidores financieros, por lo que tampoco se le debe descargar totalmente el deber de informar a la AFP, esto también debe recaer sobre el afiliado que conoce todas sus situaciones particulares y laborales y que son estas las que le ayudaran a acceder a un mejor derecho pensional en cualquiera de los regímenes pensionales, adicionalmente, pues es claro que la normatividad o lo dispuesto para el traslado de régimen estaba en la ley 100 y pues es norma de común conocimiento y pues el actor podía disponer de ella en cualquier momento.

También en este caso no pueden entenderse como un afiliado lego del RAIS al demandante, pues este efectuó varios traslados horizontales entre administradoras de pensiones y que por ende pues el ratifica o tiene actos de relacionamiento que permiten llegar a que, si estaba conforme con este régimen de ahorro individual y pues que quería culminar su vida laboral en este régimen, accediendo así a su derecho pensional en el régimen de ahorro individual en este caso con mi representada.

Adicional y como lo manifesté en mis alegatos señores magistrados, pues aquí vemos que el actor solamente se quiere trasladar a Colpensiones para obtener este beneficio económico allí y que solamente se preocupa por su estado pensional en este momento cuando ya está inmerso en la prohibición y no durante todos estos años que ha estado en este régimen privado, beneficiándose de este régimen y aportando a este durante veinte años, ahora solamente busca que su traslado se realice para obtener una mejor mesada pensional, pero olvidando que por más de veinte años no ha cotizado en este régimen pensional, pues buscando así defraudar el sistema, puesto que no ha cotizado durante este tiempo en este régimen pensional.

Ahora bien señores magistrados si ustedes consideran que si se debe confirmar este fallo, pues solicito que se absuelva a mi representada a la condena de los gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por conceptos de las primas de los seguros previsionales que está obligada a acatar y ello es así porque las sumas correspondientes a los gastos destinados a la administración pues tienen un mandato legal, una destinación específica y pues que en este caso se cumplió plenamente (sic) el demandante mantuvo su vinculación con RAIS, con mi representada y por ende esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y ya no se encuentran en poder de mi representada porque fueron destinados a cubrir todos los gastos que implicó la correcta administración de los recursos que se vieron reflejados en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y el incremento que ha obtenido estos.

En ese mismo orden tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pago por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder sino en la compañía aseguradora que contrato para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que también por mandato legal se requerían, la destinación de estas sumas pues también cumplió con su objetivo y en consecuencia estas se agotaron o se extinguieron, la cobertura que brindo la respectiva compañía pues ya se hizo efectiva y pues no puede retrotraerse las cosas por ser imposible, por esa misma razón pues no es viable que se restituyan estas sumas para que esta cobertura se presentara con mayor razón si estas pues no cumplirían ningún objetivo en el RPM, en cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que si están previstos en el RAIS, por lo tanto señores magistrados pues con esto dejo sustentado mi recurso y solicito respetuosamente revocar esta decisión o pues en el caso de que ustedes decidan confirmar pues se absuelva de devolver los gastos de administración y sumas adicionales, muchas gracias.”

suficiente para poder financiar la mesada pensional del actor. (Audiencia virtual 20 de mayo del 2021, récord: 2:04:00)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 del demandante RAFAEL EDUARDO BLANCO SERRANO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (paginas 7 y 8 expediente digital Archivo 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5 a 7 expediente digital Archivo 3), aspirando se declare la nulidad de la afiliación al RAIS realizada el 20 de enero de 1998, en consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante, a COLFONDOS y

² “Gracias su señoría estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, la cual sustento en los siguientes términos:

Solicito a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que este al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, bajo el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP Colfondos y Porvenir y en razón a que todos los actos jurídicos tiene efectos inter partes, independientemente de la decisión adoptada por el despacho en razón a la declaratoria de ineficacia o no del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión adoptada por el demandante, así las cosas solicito al honorable tribunal no se condene a mi representada a recibir al actor como afiliado de nuevo al RPM pues con esta decisión consecencial a la declaratoria de inexistencia del traslado se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, toda vez que debe que tenerse en cuenta el impacto que tiene esta decisión y no solo esta decisión sino pues las decisión que han adoptado varios despachos del país entorno a la declaratoria de ineficacia de traslados efectuados por varios afiliados del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pues se está teniendo un alto impacto en la reserva pensional y en los recursos del fondo común que administra mi representada.

Le solicito a la sala se estudie el escenario en el cual la AFP Colfondos que faltó a su deber legal de información asuma las consecuencias de dicha falta de información y que no sea mi representada quien deba pensionar al demandante en el RPM o recibir al demandante en el RPM y posteriormente pensionarlo sino que sea la AFP quien incumplió con su deber legal de información, quien asuma las consecuencias de su actuar y pensione al demandante en los mismo términos y condiciones que el demandante se pensionaria si pues nunca se hubiera trasladado al RAIS bajo los engaños y las mentiras que dice este le dijo la AFP Colfondos.

Asimismo le solicito al honorable tribunal que esta solicitud sea estudiada por la sala bajo el entendido que Colpensiones al ser un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP, pues está acarreado las consecuencias del mal actuar de las AFP y las AFP que incumplieron con su deber legal de información pues no acarrear consecuencias gravosas para sí, si bien el despacho ha ordenado tanto como a la AFP Colfondos y porvenir trasladar a mi representada los dineros existentes en la cuenta individual del demandante, así como los gastos de administración y seguros previsionales, pues este dinero no va a ser suficiente para poder financiar la mesada pensional del demandante y realmente no es una consecuencia real y jurídica frente a su falta del deber legal de información versus la consecuencia que está recibiendo mi representada que es un tercero al acto jurídico, que si se va a ver afectada realmente por esta decisión. De esta manera dejo expuestos mis argumentos del recurso de apelación y reiterándole a la sala la solicitud de revocar la sentencia en los desfavorable a Colpensiones y en su lugar se absuelva a mi representada de tener al demandante como afiliado en el RPM, muchas gracias.”

PORVENIR devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensional, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y trasladarlos a Colpensiones, costas procesales, derechos *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 el actor a COLFONDOS, ordenando a PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los valores generados por conceptos de aportes, juntos con sus rendimientos y lo descontado por gastos de administración y seguros previsionales, igualmente ordenó a COLFONDOS a trasladar las sumas que haya descontado por gastos de administración y seguros previsionales mientras el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación.

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 3 de mayo de 1956 (página 30 Archivo 3 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumplió

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”.

el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 28 de enero del 2019 (páginas 31 a 35 Archivo 3 expediente digital), ante COLFONDOS el 26 de abril del 2019 (páginas 36 a 38 Archivo 3 expediente digital) y ante PORVENIR el 3 de abril de 2019 (páginas 42 a 43 Archivo 3 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, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 9 años y 22 días o 466 semanas (*historia laboral consolidada expedida por Porvenir -pág. 196 Archivo 3 expediente digital-*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de enero de 1998** (páginas 41 y 193 Archivo 3 expediente digital) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS 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.

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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 COLFONDOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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 el demandante (Audiencia virtual 20 de mayo del 2021, récord: 18:37) 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 COLFONDOS le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado ya que sus aportes podían correr riesgo, reiterando todos los beneficios del RAIS tales como que no había un límite de edad para hacer uso de su pensión y que podía retirar sus aportes en cualquier momento.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional (Abogado) no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (*página 41 Archivo 3 expediente digital*), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada Colfondos. (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 las páginas 235 a 237 del Archivo 3, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supele el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí

se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (20 de enero de 1998, página 41 Archivo 3), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco, incide el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (pág. 193 Archivo 3) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación.

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 en reciente providencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021 se indicó:

iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico

tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

Por otro lado, se advierte 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 PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada el actor (pág. 194 Archivo 3), 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. Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

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

Advirtiéndose, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan “*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a*

Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

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 (...).”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (página 99 Archivo 3), 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, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 16 de abril del 2021 (Archivo 9 expediente digital)

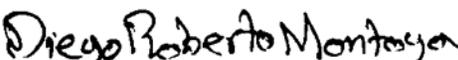
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 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 CLARA CECILIA
MARRUGO MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 34 2019 00393 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido por correo electrónico el 7 de julio de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES y PORVENIR mediante correos del 7 de julio del año en curso, 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 Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de abril de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 35:45, archivo 6.2, acta archivo 6.3, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de traslado realizado por la demandante CLARA CECILIA MARRUGO MORENO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 4 de febrero del 2002 a través de la afiliación con la Administradora de Fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora CLARA CECILIA MARRUGO MORENO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLARA CECILIA MARRUGO MORENO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los frutos e intereses o rendimientos que hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A, con motivo de la declaratoria de nulidad de afiliación de la señora CLARA CECILIA MARRUGO MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen lo dineros deberá COLPENSIONES actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas

SEXTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y a favor de la demandante. Por secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$2.000.000 de pesos.

SÉPTIMO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.”

Inconformes con la decisión, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la apelaron.

Inicialmente COLPENSIONES, resalta, un trabajador en virtud del derecho a la libre escogencia de régimen pensional puede optar por uno u otro, por lo que, de considerar que no se encuentra afiliado en el que se ajusta a su conveniencia, tiene la posibilidad de trasladarse en los términos previstos en la Ley.

Por otra parte, con relación a la nulidad, precisa, no puede alegarse la misma por tratarse de un punto de derecho que no vicia el consentimiento y, frente a la ineficacia asevera, el acto jurídico se realizó de manera libre, voluntaria y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma vigente para la fecha de traslado, siendo el formulario de afiliación el único presupuesto sustancial exigido para su formalización, pues en el consta su voluntad de afiliación. Igualmente, estima, la demandante aceptó todas las condiciones inmersas en el régimen al que se vinculó y su desconocimiento no resulta ser un argumento suficiente para declarar la nulidad del tránsito, a más que el RAIS se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993 que está a disposición de todos en cualquier momento.

De otro lado, enseña, el aporte tiene una distribución disímil en ambos regímenes y fueron 19 años en los que la demandante no ayudó a financiar las pensiones y no se efectuó el cobro de esos gastos, lo cual, en su sentir, representa un detrimento patrimonial que coloca en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a

¹ “Su señoría encontrándose dentro del término y siendo la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia anteriormente emitida por este despacho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: Lo primero que debe indicarse es que un trabajador en virtud al derecho de la libre escogencia del régimen pensional contemplado en la ley 100 de 1993 puede optar por el RPM o el RAIS de conformidad con las normas vigentes y para el efecto y de acuerdo con sus condiciones familiares, laborales y económicas, sin embargo si el afiliado encuentra que le régimen al que se encuentra afiliado no es el que le conviene la misma norma estableció la misma posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada cinco años contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltaren diez años para adquirir su derecho pensional de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003.

Ahora bien su señoría respecto de la nulidad no se puede alegar la misma ya que es un error en un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento, en cuanto la ineficacia de traslado tenemos que es fue un hecho de manera libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos que taxativamente la ley ordenaba para el año que acaeció, adicionalmente a lo anterior debe tenerse en cuenta que para la fecha de traslado de la demandante la entonces Superintendencia Bancaria hoy Financiera estableció una circular externa número 019 de 1998 que en virtud del decreto anteriormente aludido el diligenciamiento del formulario debe realizarse para hacerse efectivo en traslado de regímenes pensionales y era el único requisito sustancial que exigía la ley para la época del traslado de la demandante, pues en él se consignaba la voluntad de afiliación de quien lo suscribía. Debe indicarse además que mediante el derecho a la libre escogencia del régimen en materia pensional el aceptando está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes, además la normatividad que regula el RAIS se encuentra en el título tercero de la ley 100 de 1993 y estando esa información a disposición de todos en especial de todos los afiliados y puede verificarse en cualquier momento, pues cabe resaltar que el artículo noveno del código civil la ignorancia de ley no sirve de excusa, argumento que se encuentra en consonancia y de acuerdo con la sentencia SU 993 del 2006 la cual me permito manifestar “En desarrollo del principio de seguridad jurídica el ordenamiento civil colombiano optó el principio general de derecho romano según el cual la ignorancia del derecho no sirve de excusa con la consecuencia de que el error del derecho perjudica, así lo estableció el artículo noveno del código civil en virtud del cual la ignorancia de las leyes no sirve de excusa y el artículo 1509 de la misma norma objeto de la demanda que se estudia dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” esto último significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que por lo tanto la parte de este que lo cometió debe asumirlo con todas las consecuencias de su celebración.

través de la plataforma Microsoft Teams, récord 38:11, archivo 6.2, acta archivo 6.3, expediente digital).

A su turno, PORVENIR S.A. pide se revoque en su integridad la sentencia apelada y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones de la demanda. En sustento de ello, indica, no le asiste razón al *a quo* al declarar la nulidad del traslado con fundamento en la falta de información o en un vicio del consentimiento, cuando, conforme a la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, la única exigencia prevista para darle validez al traslado es el diligenciamiento del formulario en el que consta la manifestación de voluntad del afiliado, y en esa medida, es claro que esa administradora cumplió con las obligaciones a su cargo.

Sostiene, a la demandante se le brindó información clara y eficaz y, recuerda, la nulidad derivada de vicios de hecho es susceptible de ser saneadas al tenor del artículo 1752 y s.s. del C.C., bien por el paso del tiempo ora por ratificación tácita y, aquí, la actora decidió de manera voluntaria permanecer en el RAIS.

Advierte, el deber de información ha tenido una evolución a lo largo del tiempo y solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 se impone a las administradoras de pensiones la obligación de aportar documentos al momento de la afiliación, pero para la época de traslado la asesoría se daba de manera verbal.

En otro giro, señala, no es posible disponer la devolución de los gastos de administración, pues, de conformidad con el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, además, precisa, estos no forman parte integral de la pensión y por ende, están sujetos a la prescripción.

Finalmente su señoría debe tenerse en cuenta que el RAIS Y el RPM tiene diferente forma de distribución del aporte, por lo cual fueron 19 años en los cuales mi representada no ayudo a financiar las pensiones ni cobro gastos de administración, vuelvo y reitero van en detrimento patrimonial y por ende colocan en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en dado caso de que pues de que la actora regrese a Colpensiones como lo manifestó el señor juez. Por lo antes citado, solicito a los honorables magistrados del honorable del Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral se revoque el fallo antes proferido el cual ordena a Colpensiones a recibir nuevamente a la señora Clara Cecilia Marrugo moreno en el RPM y en su lugar se absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas por esta, en ese término dejo sustentado mi recurso, muchas gracias su señoría.”

Sobre este mismo tema, menciona, la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020 indicó que los dineros a trasladar con ocasión de una ineficacia son solamente los relativos a cotizaciones y rendimientos, siendo la declaratoria de nulidad, que es lo aquí declarado, el retornar todo a su lugar, y en ese sentido no hay lugar a devolver gastos de administración, ni los rendimientos, pues hacerlo constituiría un enriquecimiento sin causa.

Por último, pide se declare se declare la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y primas de seguro o cualquier otra suma diferente a los rendimientos financieros, por no corresponder a los afiliados² (Audiencia virtual

² “Muchas gracias su señoría siendo la oportunidad presento de manera muy respetuosa recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque en todas sus partes esta sentencia proferida para que en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda en segunda instancia a mi representada, con base a las siguientes razones:

Lo primero es que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar una nulidad de traslado con base a una falta de información o un vicio del consentimiento cuando lo era obligatorio a mi representada brindarle a la demandante la misma, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la superintendencia financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia y establecía 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 y sobre el particular, tal y como ocurrió en el presente asunto, de manera tal que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo.

Tampoco es razonable deducir que la nulidad se da por vicios del consentimiento, teniendo en cuenta que si se le brindo la información clara y eficaz al momento de brindarle una asesoría aquí a la demandante, debemos tener en cuenta que su señoría que respecto a lo planteado por las nulidades debemos tener en cuenta que la nulidad relativa por un vicio de hecho aquí decretada, queda saneada conforme al artículo 1752 y siguientes del código civil que son los respectivos al saneamiento de las nulidades por el paso del tiempo y por ratificación tácita, toda vez que el aquí demandante decidió de manera voluntaria permanecer en el RAIS.

Por otro lado su señoría y referente al deber de información debemos tener en cuenta que el mismo ha tenido una evolución por el tiempo y anteriormente las asesorías se brindaban de manera verbal, sino que conforme con la ley 1748 del 2014 que entro en vigencia a partir del 26 de diciembre del 2014 se le impuso las obligaciones a las AFP de brindar una asesoría aportando documentos para la época del traslado, debemos tener en cuenta su señoría que la época del traslado fue en el 2002 cosa que para la época ninguna AFP estaba en la obligación de brindar documentos con la asesoría brindada.

Ya también su señoría debemos tener en cuenta que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración o pues de acuerdo con el inciso segundo 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 y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración debemos tener en cuenta que no forman de la parte integral de una pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, además es necesario poner de presente que la Superfinanciera mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020 indico en forma expresa que los dineros a trasladar cuando surgieron una ineficacia serían los dineros relativos a las cotizaciones y a sus rendimientos, debemos tener en cuenta su señoría que lo que aquí se está declarando no es una ineficacia sino una nulidad del traslado por un vicio del consentimiento y que conforme a las reglas establecidas en el código civil debemos tener en cuenta que uno de los efectos de la nulidad es devolver todo al punto en el que estaba todo antes de firmarse la afiliación, razón está por la que no habría lugar a devolver ni los gastos de administración, ni los rendimientos, sin embargo debemos tener por sentado que la devolución de estos gastos de administración darían un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que no hay una norma expresa que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretación diferente a artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993 menciona que los dineros a trasladar cuando existe un cambio de régimen son los dineros existente en la el sueldo de la cuenta individual, junto con sus rendimientos lo que evidencia es que no están llamadas a financiar la prestación de vejez conforme ya se dejó dicho y por el contrario son una contraprestación al fondo privado por la excelente gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Finalmente deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los

concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 43:03, archivo 6.2, acta archivo 6.3, 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 demanda (páginas 75 a 76, archivo 01, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 51 a 52), aspirando se declare que PORVENIR S.A. la asesoró de manera errada e inadecuada desde el inicio de su afiliación el 4 de febrero de 2002, ocultando información respecto del negocio contractual que realmente estaba generando y sobre las implicaciones que tenía este, toda vez que no se cercioraron que ya se encontraba afiliada al ISS y debían asesorarla bajo los parámetros de un traslado y no de una vinculación inicial. Además, que no informó de manera completa y comprensible, antes de cumplir 47 años, la posibilidad de elegir régimen pensional, teniendo en cuenta que era el momento justo para tomar tan importante decisión que repercutiría en su futuro económico; que PORVENIR realizó la afiliación sin el lleno de los requisitos, además de encontrarse viciada en error “*al realizarse como vinculación inicial y no como traslado de régimen pensional*”, por lo que a pesar de haber firmado el formato de afiliación esta se encuentra viciada de nulidad. En consecuencia, se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada el 4 de febrero de 2002 a PORVENIR, ordenándole a esta trasladar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, “*calculo actuarial*” y semanas cotizadas y en general, todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, disponiendo a COLPENSIONES recibir dichas sumas de dinero y aceptar el traslado al RPM. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la NULIDAD del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a**

rendimientos financieros por tal no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez no puede deprecarse su imprescriptibilidad, de esta manera considero que sobre los supuestos por los cuales se condena a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia solicito de manera muy respetuosa al Honorable tribunal en su sala laboral revocar en su totalidad la condena impuesta a mi representada en este proceso y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchísimas gracias.”

esta AFP 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, como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar con todos los frutos intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieran causado sin posibilidad de descuento por gastos de administración. Lo anterior tras considerar, de una parte 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 y de otra, que se configuró una nulidad por error de hecho que vició el consentimiento de la actora.

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 24 de diciembre de 1964 (páginas 13 y 14, archivo 01, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de mayo de 2019 (páginas 33 a 37, ibídem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 244,01 semanas cotizadas que corresponden a 4,67 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”.

(historia laboral expedida por COLPENSIONES, páginas 112 a 115, archivo 01, expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 febrero de 2002** (páginas 26,116 y 180, archivo 01, expediente digital) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y la certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.

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

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…)

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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, pues indicó que la suscripción del formulario no estuvo precedida del acompañamiento por parte de un asesor de PORVENIR, en tanto se le entregó el mismo ya diligenciado por parte del área de recursos

⁶ Audiencia del 28 de abril de 2021, récord 34:48, archivo 6.1, expediente digital.

humanos de la sociedad a la que se estaba vinculando laboralmente, junto con otros documentos requeridos por su empleador para legalizar la contratación, anotando, el asesor de PORVENIR iba cada mes a recoger los formularios ya suscritos.

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 26 y 180, archivo 01, 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 se advierte ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 181 a 183, archivo 01, 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 (4 de febrero de 2002), 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 y no en la nulidad como lo determinó el juez de primer grado, razón por la cual se modificará en este punto la providencia apelada.

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

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

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

Además, se advierte, 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 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 los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia,. 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 (...).”

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto No. 2019152169-003-000 del 15 de enero de 2020 emitido por la

Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁷ (páginas 109 y 177, archivo 01, 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 la encartada, 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 y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 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

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de enero de 2021, archivo 02, expediente digital.

*Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, confirmando en lo demás de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

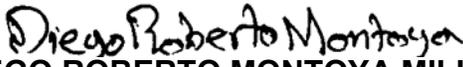
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en numeral PRIMERO para establecer que las

consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

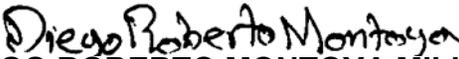
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA MARLEN
ZAPATA CARREÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 34 2019 00412 01¹).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (folios 108), apoderada principal (folios 109 y 110).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 104 a 107, 111 a 116 y 117 a 119), 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de

¹ En virtud de lo establecido en los acuerdos PSCJA20-11868 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 de 31 de diciembre de 2020, el expediente fue remitido por la sede judicial de conocimiento al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, Despacho que por auto del 8 de abril de 2021, avocó conocimiento del proceso (folio 96).

junio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 19:41, audio 2, acta expediente electrónico), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A de todas y cada una de la demanda elevada por la señora MARTHA MARLEN ZAPATA CARREÑO, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: RELEVARSE el estudio de las excepciones elevadas por las demandadas.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS incluidas las agencias en derecho a la demandante y a favor de cada una de las demandadas en la suma de \$1.000.000 de pesos.

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante.”

Inconforme con la decisión, el apoderado 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, se valoró de manera indebida el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y el testimonio de Jorge Silva, específicamente al dar por acreditada la suficiencia de información pues, desde su perspectiva, no bastaba con informar sobre las ventajas, sino que debió hacerse una explicación clara y concisa sobre las situaciones fácticas y jurídicas que implicaba el traslado, anotando, la actora en ningún momento refirió que se le hubiera ilustrado respecto de las consecuencias que tendría su tránsito de régimen, como por ejemplo, que su mesada pensional sería proyectada con base en la renta generada en su cuenta de ahorro individual y tampoco que se le hubiera indicado cómo se pensiona con Colpensiones.

Resalta, la AFP demandada debió indicarle que, atendiendo su trayectoria laboral, su mesada sería mucho más alta en el RPM toda vez que se tomaba como ingreso base de liquidación los últimos 10 años y no solamente basar el traslado en la pertenencia de esa administradora dentro del grupo.

Recuerda, a la actora se le aseguró que su mesada pensional sería más alta y a una menor edad, circunstancias estas que no se cumplieron pues a pesar de que tiene más de 57 años, aun no se ha pensionado.

Recalca, el señor Jorge Silva, aunque indicó que prefería continuar en el ISS, fue claro en referirse a la información que fue entregada por PORVENIR, que fue básicamente que la pensión sería mayor, la edad pensional menor y la conveniencia existente por cuanto el fondo de pensiones hacía parte del grupo AVAL.

Aduce, la profesión de la demandante no la ubica en un plano de conocimiento pues es evidente que los temas relativos al traslado son eminentemente jurídicos, de derecho a la seguridad social, como para concluir poseía el criterio necesario para seleccionar uno u otro régimen pensional.

Por otra parte, refiere, se echa de menos lo previsto en el artículo 271 del C.S.T por la falta de asesoría, por ende el traslado estuvo desprovisto de un estudio concreto, serio, individualizado y legítimo de la situación jurídica y fáctica de la demandante.

Con todo, considera, no hubo una información veraz y, por consiguiente, debe declararse la ineficacia del traslado, ordenarse el retorno de la afiliada a COLPENSIONES y reconocer su pensión de vejez² (Audiencia virtual de trámite y

² “Conforme a la presente, de conformidad con el artículo 65 del Código procesal laboral, interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el honorable juez del juzgado 41 laboral del circuito de Bogotá, el día de hoy 03 de junio del 2021 en su integridad de la sentencia, Dentro del proceso que proviene del despacho del juzgado 34 laboral del circuito bajo el radicado 110013105034201900412. Fundamento mi apelación en lo siguiente:

Pues en razón que inicialmente se desconoce por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la debida valoración de la prueba al desconocer la apreciación de la prueba del interrogatorio de parte de la señora Martha Marlene Zapata Carreño y respecto al señor Jorge Silva, en el testimonio del señor Silva en los siguientes términos: En razón de que si bien es cierto la carga de la prueba está a cargo de Porvenir es evidente que en la presente sentencia se trata de que de demostrar que existió de que dicha carga de la prueba fue demostrada, pero lo real y lo cierto es que no, en razón a que tan solo se sustenta la sentencia y sustenta pues las consideraciones de la sentencia en que el asesor de la administradora del fondo de pensiones Porvenir “indico la información y se apega el testimonio de la indica la confesión de la señora Martha zapata Carreño respecto de lo siguiente, respecto de que se encontraba con el mismo grupo y por tal motivo ingreso a dicho fondo, a dicha administradora de Fondos de Pensiones Porvenir” pues se precisa que la carga de la prueba para este presente caso, pues ya como ha expuesto en las sentencias que indico su señoría e igual en sentencia SL 1452 del 2019 con radicado 60852, pues precisa que no basta tan solo con manifestar digámoslo las ventajas que tiene el fondo de pensiones Porvenir o el RAIS, sino debe hacer una explicación clara, concisa, referente, a las situaciones fácticas y jurídicas que le implicaría hacer dicho traslado, sino se evidencia efectivamente en el interrogatorio de parte de la señora Martha Marlene que en ningún momento se le suministro una información adecuada acerca de las consecuencias que tendría acerca de su traslado, consecuencias que derivan en qué; en que al momento de pensionarse pues su mesada

pensional si se trasladaba con el fondo privado, en el fondo privado sería de acuerdo a la renta que le generaría en su cuenta de ahorro individual y que su mesada pensional sería proyectada con base en esos rendimientos y debió el fondo de pensiones la AFP indicar que la forma de pensionarse con Colpensiones ¿Cuál era? El promedio devengado de los últimos diez años de servicio.

Ahora es de resaltar como igualmente indico su señoría, el señor juez que el grado de profesión que tenía la doctora Martha Marlene Zapata era eminentemente comercial y que su categoría era de gerente, pues es evidente que su profesión cada día iba incrementando y sus salarios iban incrementando dentro de los finales al momento de cumplir su edad, por consiguiente la AFP debió ilustrar a la señora Martha Marlene Zapata respecto de cómo ella tenía una posición que básicamente era gerente y que podría llegar a obtener mejores puestos y un mejor ingreso y el cual con Colpensiones se iban a tomar los últimos diez años de su mesada pensional, el cálculo con los últimos diez años y por consiguiente, teniendo en cuenta que los últimos diez años en toda su vida laboral iba a ser mayor, pues lógicamente su mesada pensional debía ser mayor con Colpensiones, pues no bastaba tan solo con indicar que básicamente por ser del mismo grupo se tenía que trasladar ¿Si? Como trata de inducir del referente dentro de las consideraciones que por ser también del mismo grupo, pero ella también recordemos que la doctora Martha también en su interrogatorio de parte también indico que el fondo de pensiones le aseguro una mayor mesada pensional y una menor edad, que en ninguno de los casos en particular da en este caso, la mesada pensional que obtiene es inferior a la que realmente debió pues obtener y la edad lógicamente ya pasaron sus 57 años y en la actualidad no se ha pensionado y no se iba a pensionar antes de los 57 años y algo que debió aclarar también el fondo de pensiones, para este caso en particular, el asesor de fondo de pensiones para este caso en particular Porvenir, entonces no podemos venir a decir acá que se cumplió con la carga de la prueba al demostrar que efectivamente hubo una debida asesoría, sino que efectivamente acá lo único que se limito fue a indicar que era del mismo grupo y que se tenían que trasladar y que adicionalmente su mesada pensional iba a ser mayor y superior.

Ahora referente al testimonio del señor Jorge Silva es muy reprochable pues indicar pues referente al despacho que indica que básicamente que el testimonio el señor había indicado que no tenía interés referente a la charla, siendo que en ningún momento el testigo indicó eso, el si bien cierto indicó que él prefería seguir en el ISS para su momento, pero que la información que se le brindo por el asesor de la administradora de fondos de pensiones Porvenir fue que básicamente su mesada pensional iba a ser mayor y que la edad de pensión iba a ser menor, o sea se iba a poder pensionar con una edad menor y que adicionalmente por ser del mismo grupo, pues básicamente se tenían que trasladar a la administradora de fondos de pensiones, pues porvenir por ser del mismo grupo Aval, pero el en ningún momento indico que él no tenía interés por la reunión o que no básicamente prestó atención el manifestó lo que vio y lo que percibió en la reunión.

Ahora vuelvo y preciso se apega el referente a la profesión que tenía la doctora Martha Marlene Zapata Carreño en su momento que era una profesión netamente comercial –financiera-comercial, pues para el presente caso es evidente que los temas que estamos tocando aquí en este momento son temas de derecho de la seguridad social, que para tener conocimiento y tener criterio para hacer la escogencia de un fondo u otro o para saber qué fondo le conviene más, pues es en aquellas personas de un operador que es eminentemente experto, referente a los portafolios de pensiones y adicionalmente de las formas de pensionarse, hecho que no concuerda en absoluto que la señora sea netamente comercial y financiera. La profesión de comercial y financiera en que se desarrolla en temas contables, en temas de finanzas, mas no un tema netamente profesional referente a un portafolio de pensiones, pues por consiguiente ella no tenía conocimiento de la forma o sistema de pensionar o diferencia de cada prestación como tal en cada fondo en particular, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta también que por violación directa pues se evidencia que se faltó o va en contravía del artículo 48 referente a la seguridad social ¿Por qué razón? Porque con dicha decisión está afectando directamente el estatus de la pensión de la señora Martha Marlene Zapata ¿A Causa de qué? A causa de una información que no fue concreta ni veraz, sino fue a corta y apenas se limitaron a informar lo necesario.

Igualmente se evidencia en el proceso que por parte de las AFP del RAIS que para este caso fue Porvenir no se evidencia que hayan dado una información concreta de la forma de pensión ni tampoco una comparación con Colpensiones, pues lo cierto es que se echa de menos lo del presupuesto del artículo 271 del CST por la falta de asesoría por los oferentes, además para el presente caso pues la señora Martha Marlene Zapata al fin al cabo se dejó seducir por unos ofrecimientos de la AFP Porvenir y adicionalmente porque se encontraba del mismo grupo, que en todo caso estuvieron desprovistos que de un estudio concreto, serio, individualizado y legítimo de la situación fáctica y jurídica frente a la expectativa pensional de la señora Martha Marlene Zapata Carreño, sino precisamente como ya se expuso a indicar básicamente la información que iba a ser mejor fondo, pero no explicaron porque iba a ser mejor fondo, en ese orden de ideas no hubo un consentimiento informado al afiliado y legitimado bajo el principio pro homine pues el operador que el sí tenía en su momento conocimiento y si debió haber sido un experto en el tema de los portafolios de pensión de los dos pues no entregó esa información al usuario y no fue una información

juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 20:40, audio 2, 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 MARTHA MARLEN ZAPATA CARREÑO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 35 y 36) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 32 a 35), aspirando se declare la nulidad de “las vinculaciones realizadas” a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. toda vez que medió coacción y vicio del consentimiento para la afiliación, al no habersele puesto de manifiesto, por parte del fondo, sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional. En consecuencia, se declare la afiliación permanente y sin solución de continuidad a COLPENSIONES por todo el tiempo de cotización al Sistema General de Pensiones, condenando a PORVENIR a trasladar con destino a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y el bono pensional, si a ello hubiere lugar, los cuales deberán ser recibidos por COLPENSIONES. Así mismo, pide se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez en cuantía, como mínimo, de \$4.038.141 a partir de la fecha en que realizó su última cotización al sistema y cumplió con los requisitos de edad y semanas, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los

absolutamente ignorante referente al tema de la prestación, sino fue más que todo un tema como financiero y rentabilidad según los testigos que se evidencia pero no fue netamente al tema concreto y veraz de que le hubiese servido de utilidad al afiliado que para este caso sería la señora Martha Marlene Zapata para que ella pudiera tomar una decisión referente a su futuro pensional y referente a su estabilidad económica y a futuro y más aún donde una persona hace un trabajo de toda su vida y por siguiente a su edad de 57 años o a la edad de llegar a su mayoría de edad, poder obtener un lucro que pueda solventar por lo menos la misma estabilidad económica o el mismo nivel de vida al cual ella lleva, el cual con la presente mesada pensional no va a llegar a obtener su misma calidad de vida, es evidente.

Igualmente se precisa que en este estado pues la señora Martha Marlene Zapata no hubo una información veraz y por consiguiente se debe otorgar se debe declarar la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a la AFP Porvenir, el cual es el RAIS pues en razón de que realmente no se cumplió los parámetros de la información adecuada para ella pudiera tomar una decisión concreta y tener los elementos necesarios para tomar una decisión en verdad referente de perspectiva hacia el futuro y su mesada pensional, por consiguiente a obtener la ineficacia de traslado de régimen también se tiene y se genera unos derechos que es retornar a Colpensiones y por consiguiente sin solución de continuidad y el resultado de ello daría para el reconocimiento de su mesada pensional del RPM, en ese orden de ideas quedan plasmados mi recurso de apelación su señoría.”

derechos ultra y extra petita y las costas. **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, tras considerar que la AFP PORVENIR había logrado acreditar, principalmente con el interrogatorio de parte, la suficiencia de la información entregada a la demandante sobre la cuenta de ahorro individual, la forma de pensionarse en ese régimen y otros aspectos propios del RAIS, enfatizando, la actora conoció sobre la posibilidad de trasladarse al ISS y pese a ello no retornó al RPM, además adujo conocer y entender los extractos.

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 12 de marzo de 1962 (folio 9), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de abril de 2019 (folios 24 a 25), y a PORVENIR el 2 anterior, esto es, cuando contaba con la edad para 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 418.28 semanas cotizadas (reporte de semanas cotizadas en pensión emitido por COLPENSIONES, CD folio 68), que corresponden a 8,02 años por lo que no se

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 trabajadora del sector privado según la historia laboral.

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 **17 de julio de 1996** (folio 19 y página 3, archivo pruebas, CD folio 98) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

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.

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

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.

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

“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.

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 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 y con un monto más alto al que le otorgaría el ISS, no comentó como podría ser ello posible dentro del régimen pensional al que se estaba afiliando. Adicionalmente, aunque dijo que se le advirtió de la apertura de una cuenta de ahorro individual y la generación de rendimientos, desconocía qué se hacía con el dinero, qué eran los aportes voluntarios, las condiciones para acceder

⁷ Audiencia celebrada el 3 de junio de 2021, récord 09:30, audio 1.

a una pensión anticipada, qué ocurría si fallecía o sobre la existencia de beneficiarios. Igualmente, pese a que relató, le informaron que sus semanas cotizadas en el ISS serían trasladadas al nuevo fondo, no indicó cómo sería el proceso para que ello ocurriera. Asimismo, enfatizó que se le sugirió la afiliación porque la administradora hacía parte del grupo AVAL al cual pertenecía el Banco en el que laboraba.

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 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.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que la accionante fuera una persona con formación educativa profesional en economía, ello no implica que *per sé* que conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo hizo ver el *a quo*.

Tampoco deviene acreditado con lo ilustrado ante el estrado por la testigo MYRIAM FABIOLA REYES⁸, por cuanto no estuvo presente al momento de la afiliación realizada por la demandante, ni con lo dicho por JORGE SILVA⁹ por cuanto solo recuerda que le dijeron que su pensión sería más alta, a una menor edad y que era más conveniente el fondo que el ISS porque este último se iba a acabar.

⁸ Audiencia celebrada el 3 de junio de 2021, récord 27:05, audio 1.

⁹ Audiencia celebrada el 3 de junio de 2021, récord 32:51, audio 1.

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 19 y pág. 3, archivo pruebas, CD folio 95), 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 15 a 17 (CD folio 95, archivo pruebas contestación), 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.

Con relación a la comunicación de 28 de enero de 2009 (página 1, archivo pruebas, CD folio 95) por la cual PORVENIR informa a la demandante la posibilidad de trasladarse al ISS antes de encontrarse inmersa en la prohibición prevista en la ley 797 de 2003, sea del caso indicar que dicha misiva no cuenta con constancia de recibo por la actora.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (17 DE JULIO DE 1996, folio 19), 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 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 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, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, 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.”

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 prescripción¹⁰ (folio 63 y CD folio 95, archivo contestación), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, 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 y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 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*

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 8 de abril de 2021 (folio 96).

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, 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 1993¹¹, disposición que exige para el caso de los mujeres haber alcanzado 57 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.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a folio 9 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 12 de marzo de 1962, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2019**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a folios 12 a 18 la

¹¹ “**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. 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”.

HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR el 30 de noviembre de 2018 en las que se incluyen 539 semanas cotizadas a Colpensiones, 55 a otras administradoras y 1053 a dicha AFP para un total de **1647** semanas a octubre de 2018 (folio 18), razón por la cual es claro que para la data en que la actora cumplió los 57 años de edad, esto es, el 12 de marzo de 2019 tenía acreditadas 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, la demandante confesó en su interrogatorio que aún se encuentra laborando en el Banco AV VILLAS, de hecho, en la comunicación calendada 10 de abril de 2019 emitida por PORVENIR, en la cual se le da respuesta a la petición de traslado (págs. 4 a 7, archivo pruebas, CD folio 95), se pone de presente que *“En la cuenta de Ahorro Individual de Pensión Obligatoria de la afiliada, se registran aportes a partir de agosto de 1996 con el empleador BANCO DE BOGOTA S A hasta febrero de 2019 realizados por la empresa AV VILLAS”*, 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 12 de marzo de 2019 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, **precisando**, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3° 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, 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.

Con relación a los intereses moratorios previstos en la Ley 100 de 1993, no se impondrá el pago de los mismos pues, al no haberse hecho exigible la prestación, no puede imponerse su pago a cargo de COLPENSIONES, quien, además, solo a partir de esta sentencia tiene como su afiliada a la demandante al RPM y surge en cabeza suya la obligación de reconocimiento de prestaciones a cargo del sistema.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada PORVENIR, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada. Asimismo, se condenará a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante una pensión de vejez, exigible una vez acredite el retiro del sistema.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada 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 41 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 MARTHA MARLEN ZAPATA CARREÑO el 17 de julio de 1996 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 y seguros previsionales.

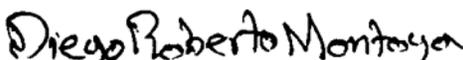
CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP PORVENIR S.A.**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

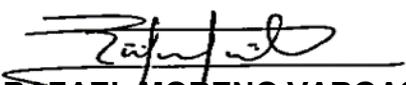
QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a favor de la demandante una pensión de vejez, al tenor de lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, la cual deberá ser calculada conforme 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.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A.

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 MARTHA CECILIA CASADIEGO BUSTOS CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP (RAD. 37 2019 00492 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la UGPP (fls. 173 y 174), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 27 de mayo de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 166, récord 16:41, audio 2, acta folios 167 a 168), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP de todas y cada de las pretensiones invocadas por la demandante señora MARTHA CECILIA CASADIEGO BUSTOS de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.*

***SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la parte demandante, para tal efecto fíjense como agencias en derecho la suma \$100.000 pesos, valor que será liquidado por secretaría en la respectiva oportunidad procesal.”*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandante, la apeló. Como motivos de discordancia aduce, traer a colación el Decreto 1158 es totalmente *“ilegal, irracional y no apto por el proceso”* toda vez que la actora cotizó bajo los parámetros del Decreto 1045 de 1978, norma que permitía unos

descuentos que se hicieron al trabajador y fueron cotizados a CAJANAL, por lo que no debe premiarse a la UGPP de no tener en cuenta los aportes que recibió, pues eso sería enriquecerla sin causa.

En ese sentido, señala, la demandante no laboró bajo el régimen de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 para validar los aportes conforme esas disposiciones y liquidar bajo su égida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Asegura, no está hablando de la aplicación retroactiva de una norma sino de los descuentos para aportes que de manera mensual se hacían a la trabajadora de su salario, primas, viáticos, horas extras, etc.

Insiste, la disposición que trae a colación como fundamento de sus aspiraciones, esto es, el Decreto 1045 de 1978, es la correcta porque es con la cual se realizaron las cotizaciones de la época a CAJANAL hoy UGPP entonces, dice, es sobre esos dineros que debe calcularse la *devolución* y aplicando el 10%¹

¹ “Gracias Honorable juez, respetuosamente le voy a solicitar que se conceda el recurso de apelación, por la siguiente manera: Cuando hablamos del decreto 1158 no reiteraba que el último no había nacido a la vida jurídica y el tiempo laborado por la demandante, entonces en este momento traerlo a colación es totalmente ilegal, irracional y no apto para el proceso ¿Por qué honorable juez? Por una simple razón, mi poderdante cotizó bajo los parámetros del decreto 1158 de 1994, 1045 de 1978 y la misma norma permitía unos descuentos, esos descuentos se los hicieron al trabajador, los efectuaron a la Caja Nacional de Previsión social en su momento CAJANAL y el mismo ministerio reconoce que hizo sus aportes, entonces en este momento premiar a la UGPP de no tener en cuenta esos aportes que recibió se está cometiendo honorable juez en un enriquecimiento sin causa, porque se está apoderando de unos dineros que recibió y no se están teniendo en cuenta, si mi poderdante hubiera laborado bajo el régimen de la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 no era discutible porque se podían descontar los aportes bajo esa norma, pero es que la norma no había ni nacido, ni siquiera había nacido el 1158 y como se lo vamos aplicar hoy en día para tenerlo en cuenta para liquidar la indemnización cuando no había ni nacido a la vida jurídica, cuando se le descontaba al trabajador sobre todo lo devengado, es algo grave honorable juez el punto de vista apreciado no estamos hablando de una norma retroactiva, estamos hablando de un descuento que se realizó es que la misma norma permitía que se le descontara, es que aquí no se está hablando de normar retroactivas, ni normas que no habían nacido es que la que no había nacido era el 1158 en ese momento en cuanto señor juez y no se puede aplicar hoy en día porque es que el mismo ni siquiera sabía que a mi poderdante le estaban descontando los aportes y a mi poderdante le descontaron de forma mensual como trabajador oficial de su salario, sus primas, sus viáticos, sus horas extras, sus horas nocturnas, le descontaban el salario porque eso lo decía el 1158 de 1994 y si se le descontaban los más correcto la normas es clara, si me lo descuentan devuélvanmelo, aquí no está hablando de pensión de jubilación era un trabajador oficial, traemos a colación la norma que no era correcta honorable juez con todo respeto, lo admiro mucho es usted muy brillante, discúlpeme su señoría pero en este momento nos hemos equivocado porque es que estamos hablando de una devolución de una indemnización que trae consigo la ley 100 y lo único que dice la ley 100 es reintégrese los dineros a la persona que lo cumple entonces ¿ bajo qué norma cotizo Del 1981 a 1993? no había nacido el decreto 1158 de 1994 y el decreto 1158 de 1994 trae consigo específico los salarios por medio la cual se van a descontar y no había nacido el decreto entonces como lo vamos a estar hoy en día para liquidar una indemnización que ni siquiera trae eso consigo, entonces si abrimos el Decreto 1158 de 1994 ahí no hay nada porque es que no había nacido, ni siquiera sabía que le estaban descontado a mi poderdante, a mi poderdante le descontaron bajo los parámetro del 1045 del 78 artículo 45 y ese dinero lo recibió la UGPP CAJANAL en liquidación en su época, entonces sobre esos dineros cabe hallar que el 1045 del 78 artículo 45 que recibió en su totalidad tiene que devolverlo si no lo devuelve en su totalidad conforme lo dice la norma aplicando el 10% |o ese punto de vista considero que el honorable despacho ha errado en este momento, en este fallo, considero que no era la norma aplicable, era el 1045 del 78 y bajo esas normas fue que se descontaron, se hicieron unos

(Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 166, récord 18:07, audio 2, acta folios 167 a 168).

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 MARTHA CECILIA CASADIEGO, las pretensiones relacionadas a folios 102 a 103, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 103 a 105, se declare que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por lo que le son aplicables las normas anteriores a su vigencia. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a su favor, con el total de semanas cotizadas y factores salariales devengados a partir de la fecha en que cumplió los requisitos de ley, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 700 de 2001, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto absolvió a la UGPP de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. Lo anterior tras considerar que la norma vigente al momento de reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a su favor era la Ley 100 de 1993, por lo que en virtud del principio de retrospectividad de la norma, era con fundamento en ella que debía proceder a la liquidación, por ello, los factores a tener en cuenta eran los previstos en el Decreto 1158 de 1994. Adicionalmente, luego de efectuar los cálculos de rigor consideró debidamente liquidada la prestación por parte de la demandada, advirtiendo, la liquidación efectuada por el Juzgado arrojó un valor inferior al obtenido por la entidad pensional.

portes, bajo esa norma lo recibió CAJANAL, bajo esa norma los certificó INVIAS diciendo que si se le había descontado bajo todo esto incluso la indemnización la reconocen con las horas extras y las horas extras no las trae consigo el 1158 y vuelve y erra la UGPP cuando reconoce la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y dice que normas aplicables para el caso ley 100 de 1993, ni siquiera le dio alcance al decreto que venía consigo para resolver esta norma, entonces respetuosamente honorable juez solicito que se reconozca el recurso de apelación para que el Honorable tribunal de Bogotá pueda revocar la sentencia argumentando en este momento que no se tuvo la norma que corresponde que se estaba solicitando aplicar referente a la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y los dineros que se debían tener en cuenta para la misma devolución de sueldos, gracias honorable juez."

Pues bien, no es objeto de controversia en esta instancia que la demandante prestó sus servicios al MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE entre el 30 de abril de 1981 y el 31 de octubre de 1993, desempeñando el cargo de APUNTATIEMPO V, en calidad de trabajadora oficial, lapso durante el cual realizaron aportes a CAJANAL, aspectos que además de no haber sido objeto de discusión, se constatan de la certificación de información laboral que milita a folio 50 y la expedida por la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal del Ministerio de Transporte (folio 90).

Tampoco se controvierte en esta instancia que a la actora le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de la UGPP mediante Resolución RDP034413 de 21 de agosto de 2015, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$5.010.505 (folios 5 a 7) por el tiempo laborado al servicio del Ministerio de Obras Públicas (1981 a 1993) y tomando como salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento actualizado anualmente con base en el IPC certificado por el DANE a la calenda de la solicitud.

En esa medida, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el que se tengan en cuenta los factores salariales establecidos en el artículo 45 Decreto 1045 de 1978, esto es, aquellos previstos para la liquidación de las pensiones reconocidas a los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Considerando lo anterior, no es objeto de la litis determinar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993², reglamentada por el artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, para la demandante hacerse acreedora de la indemnización sustitutiva, pues los mismos fueron encontrados satisfechos por la demandada UGPP en la Resolución RDP034413 del 21 de agosto de 2015 (folios 5 a 7) y por

² “**Artículo 37:** Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

ello procedió a su reconocimiento, debiendo únicamente resolver la inconformidad de la convocante frente al salario base para liquidar la prestación.

En ese orden, a efectos de desatar el problema jurídico planteado, resulta conveniente memorar, en lo que toca a la liquidación de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001³, el cual preceptúa que para determinar el monto de esta prestación se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

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

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

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

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.⁴

Esa misma disposición preceptúa que:

“En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

³ Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:

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

(...)

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

⁴ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

Por su parte, frente al *salario base de la liquidación* el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, establece:

“ARTÍCULO 6: BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados⁵ al mismo estará constituido por los siguientes factores:

1. La asignación básica mensual.
2. Los gastos de representación.
3. La prima técnica, cuando sea factor de salario.
4. Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario.
5. La remuneración por trabajo dominical o festivo.
6. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.
7. La bonificación por servicios prestados.”

Así pues, es al tenor de las normas traídas a colación que debe efectuarse el cálculo de la indemnización por tratarse de las disposiciones vigentes y aplicables para la época en que se efectuó la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez -2015-, en virtud del principio de retrospectividad de la ley, por ello, los factores salariales que habrán de considerarse a efectos de liquidar la prestación, serán los regulados en el mentado artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, anotando, esta disposición no distingue el tiempo en que se prestó el servicio sino que refiere a los servidores **incorporados** al sistema general de pensiones.

Es del caso precisar, lo anterior no obsta para que, entratándose de cotizaciones efectuadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 a diferentes cajas o fondos, se tengan en cuenta todos los factores salariales que sirvieron de base al empleador en su momento para realizarlas, como por ejemplo, aquellos enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁶, en el artículo 3 de 1985

⁵ Artículo 1 del Decreto 691 de 1994.

ARTICULO. 1º—Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

- a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y
- b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

⁶ **“ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;

modificado por la Ley 62 de 1985⁷ o los pactados convencionalmente. En este evento, será necesario que se acredite la base salarial con la cual se efectuó la cotización a la caja o fondo y, de no haberse incluido por el empleador aquellos factores salariales que legal o convencionalmente debían ser tenidos en cuenta a efectos de realizar las respectivas cotizaciones al sistema de pensiones, tal deficiencia deberá ser reclamada ante este para que la subsane, en tanto la administradora solo podrá tener en cuenta las cifras que le sean reportadas por el empleador.

En consonancia con lo dicho y descendiendo al caso concreto, se observa en el plenario certificación de salarios mes a mes expedida por el Ministerio de Transporte el 17 de diciembre de 2014 en formato No. 3 (B), en el que constan los salarios devengados por MARTHA CECILIA CASADIEGO BUSTOS como trabajadora del Ministerio de Obras Públicas y Transporte entre 1981 y 1993 según el Decreto 1158 de 1994 y los que sirvieron de base para cotización (folios 52 a 56)⁸. Dicho documento es el válido para liquidar prestaciones en el régimen de prima media.

c. Los dominicales y feriados;

d. Las horas extras;

e. Los auxilios de alimentación y transporte;

f. La prima de Navidad;

g. La bonificación por servicios prestados;

h. La prima de servicios;

i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k. La prima de vacaciones;

l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968."

⁷ **ARTÍCULO 3º. 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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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."

⁸ Para el diligenciamiento de ese formulario se hace la siguiente anotación:

"NOTA: Hasta el 31 de marzo de 1.994 se certifica el salario devengado según el Decreto 1158 de 1994. A partir del 1º de abril de 1994 se certifica el salario sobre el cual se cotizó o se debió cotizar. Para entidades del orden territorial se debe certificar el salario devengado según el Decreto 1158 de 1994 a más tardar hasta el 30 de junio de 1995 o fecha en que fue declarada insolvente la caja a la cual se efectuaban aportes"

Así, aunque las únicas casillas diligenciadas con valores son la “27. Asignación Básica Mensual” y “31. Total mes”, pues las denominadas “28. Gastos de representación”, “29. Prima técnica”, “30. Sumatoria otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158)” figuran en 0, en las observaciones se dejó constancia que

“OBSERVACIONES: los valores registrados en la Casilla 27, corresponden a la sumatoria del Jornal más la Prima de Alimentación. Esta prima se constituyó como factor salario para todos los efectos legales de acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo de fecha 26/04/1478”

Atendiendo lo anterior, únicamente los factores salariales certificados por el Ministerio eran los que debían ser tomados en cuenta por la demandada a efectos de calcular la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez causada a favor de la convocante del juicio, por ser estos los que sirvieron de base a la entidad empleadora para efectuar las cotizaciones a CAJANAL, tal como en efecto lo hizo la UGPP, dada la inexistencia de otros medios de convicción que den cuenta del ingreso base con el que se realizaron los aportes a pensión por parte del Ministerio de Obras Públicas durante el tiempo que la demandante laboró a su servicio (folios 5 a 7).

Ahora, aunque la recurrente pide se tengan en cuenta los factores salariales relacionados en el Decreto 1045 de 1978, y que pueden verificarse en la certificación que milita a folios 57 a 63, por ser los que, a su juicio, para la fecha de prestación del servicio o la labor eran los que debían considerarse para la realización de las cotizaciones, lo cierto es que ello no se torna posible en tanto el MINISTERIO DE TRANSPORTE en la certificación válida para el reconocimiento de prestaciones “FORMATO 3 (B)” (folios 52 a 56) no los incluyó en la sumatoria de la casilla 27 “asignación básica”, entendiéndose con ello que conceptos como prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad que eran recibidos por la trabajadora y que al tenor del mentado decreto son factor salarial, no fueron comprendidos en la base de cotización.

En el caso de los Regímenes especiales en la casilla No. 27 (Asignación Básica Mensual) el valor de la asignación básica, será la suma de los factores salariales que no están incluidos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se han efectuado cotizaciones para pensión (Ej.: Sobresueldo INPEC, prima de antigüedad que se paga de manera mensual, etc.) Siempre y cuando exista una norma que especifique que estos factores son válidos para Pensión”

La discusión entonces frente a la incorrecta inclusión de factores salariales en la cotización a pensión es una situación que debe ventilarse y discutirse con la convocatoria a la litis del ex empleador (MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE –hoy MINISTERIO DE TRANSPORTE), máxime cuando se asegura en la alzada que los descuentos de aportes de la actora se hicieron considerando los mismos, aseveración que valga decir no se encuentra acreditada en autos, pero ello no fue así planteado en el presente caso.

Con base en lo discurrido, efectuados los cálculos de rigor con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo –marzo de 2015, folio 5-, los salarios certificados a folio 52 a 56 y como promedio ponderado de los porcentajes de cotización el 2,28% considerado por el juez de primer grado, sobre el cual no se formuló reparo alguno, y ser el que corresponde al tenor del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 por tratarse de cotizaciones efectuadas a CAJANAL, se obtiene un valor por concepto de indemnización sustitutiva de **\$5.009.863⁹**, cifra que resulta levemente inferior a la liquidada por la UGPP, razón por la cual no hay lugar a disponer su reliquidación tal como lo concluyó el juez de primera instancia.

Agotada la competencia de instancia, por el estudio de los puntos objeto de apelación, se procede confirmar la sentencia de primer grado, pero atendiendo las razones vertidas en esta providencia.

9

Cálculo Toda La Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1981	246	0,910	82,470	90,626	\$ 13.710,00	\$ 1.242.488,00	\$ 10.188.402,00	
1982	365	1,140	82,470	72,342	\$ 18.540,00	\$ 1.341.223,00	\$ 16.318.213,00	
1983	365	1,420	82,470	58,077	\$ 23.340,00	\$ 1.355.528,00	\$ 16.492.257,00	
1984	365	1,660	82,470	49,681	\$ 29.661,04	\$ 1.473.582,00	\$ 17.928.581,00	
1985	365	1,960	82,470	42,077	\$ 35.370,00	\$ 1.488.247,00	\$ 18.107.005,00	
1986	365	2,400	82,470	34,363	\$ 43.830,00	\$ 1.506.108,00	\$ 18.324.314,00	
1987	365	2,900	82,470	28,438	\$ 54.090,00	\$ 1.538.208,00	\$ 18.714.864,00	
1988	366	3,600	82,470	22,908	\$ 67.500,00	\$ 1.546.313,00	\$ 18.865.019,00	
1989	365	4,610	82,470	17,889	\$ 87.590,75	\$ 1.566.943,00	\$ 19.064.473,00	
1990	365	5,810	82,470	14,194	\$ 107.520,00	\$ 1.526.192,00	\$ 18.568.669,00	
1991	365	7,690	82,470	10,724	\$ 136.530,00	\$ 1.464.191,00	\$ 17.814.324,00	
1992	366	9,740	82,470	8,467	\$ 171.720,00	\$ 1.453.978,00	\$ 17.738.532,00	
1993	244	12,190	82,470	6,765	\$ 216.150,00	\$ 1.462.337,00	\$ 11.893.674,00	
Total días	4507	Total devengado actualizado a				2015	\$ 220.018.327,0	
Semanas Cotizadas S.C.	643,86	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 341.719,17	
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					2,277%	
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTVA a				2015	\$ 5.009.863,00	

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

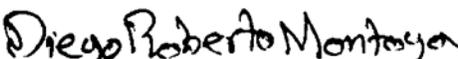
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito **pero** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la 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 HECTOR WILLIAM SANTOS JIMENEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 37 2019 00516 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR (fls. 229 a 233) COLPENSIONES (fls. 235 y 236) y el DEMANDANTE (fls. 238 y 240), 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 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 15 de junio del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 224, récord 32:18, acta fls. 222 y 223), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor HECTOR WILLIAM SANTOS JIMENEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuvo lugar el día 06 de octubre del año 1995 con la Administradora de Fondo de Pensiones Colmena, en consecuencia DECLARAR valida la afiliación del demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones.

SEGUNDO CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., entidad a la que se encuentra afiliado el demandante a transferir con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los

rendimientos financieros que se hubieren causado, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aceptar el traslado de régimen pensional del demandante, en los términos expuestos y aceptar los valores que sean remitidos por parte de Porvenir S.A, en los términos indicados en el numeral segundo de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: Sin **COSTAS** en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en el numeral quinto del artículo 362 del Código General del Proceso

SEXTO: ORDENAR remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones, conforme se dispuso en la parte motiva de esta decisión.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

COLPENSIONES expresa que el actor si tenía conocimiento sobre el RAIS pues incluyó beneficiarios en su formulario y realizó aportes voluntarios con fines particulares, aunado al conocimiento que posee frente a las operaciones aritméticas a fin de calcular el monto de la pensión, tenía claras las semanas y el monto ahorrado en su cuenta individual y firmó el formulario de afiliación libre y voluntariamente sin coacción o constreñimiento asintiendo toda la información allí establecida, precisando la suscripción del formulario de afiliación la realizó bajo el principio de la buena fe y de su capacidad cognitiva, así como en cumplimiento de las normas existentes contenidas en la Ley 100 de 1993 que regulan la materia, indicando que el demandante no retorno de régimen y por el contrario realizó traslados horizontales.

Precisa, si el actor tenía alguna inconformidad tuvo el tiempo necesario para manifestarlo y no lo hizo, sino después de haber transcurrido 20 años desde la afiliación al RAIS, cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición de traslado establecida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado aduce se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, toda vez el demandante durante gran parte de su historia laboral a cotizado al RAIS, por lo que acceder a una prestación económica a cargo del RPM administrado por su representada supone un detrimento patrimonial a la entidad.

Solicita se confirme la absolución de costas y la devolución de los aportes con los respectivos rendimientos y se acceda a devolver los gastos de administración, puesto de que no hacerlo se generaría un impacto o un detrimento patrimonial a la entidad. (Cd fl. 224, record: 35:13)¹

PORVENIR indica en su apelación, si bien existe un precedente del órgano de cierre en la jurisdicción, el mismo no se debe aplicar de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en especial en este donde el demandante no es una persona que no tenga conocimientos, sino que al

¹ “Muchas gracias señor juez respetuosamente me permito interponer recurso de apelación dentro de la oportunidad legal contra la sentencia proferida por su honorable despacho, la cual declaro la ineficacia de la afiliación del demandante señor Héctor William Sánchez Jiménez y ordeno el traslado a Colpensiones, lo anterior con fundamento en las siguientes apreciaciones: Primero del material probatorio allegado al plenario en especial en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, es posible colegir a juicio de suscrita que el actor si tenía conocimiento del RAIS al tener claro aspectos tan particulares de este régimen como la suscripción de beneficiario y de los efectos que se derivan de ello, así como la realización de aportes voluntarios con fines particulares, aunado al conocimiento en cuanto a las operaciones aritméticas a fin de calcular el monto de la pensión y que al recibir los extractos generados por la AFP Porvenir S.A tenía claras las semanas y el monto ahorrado en su cuenta individual, debidamente manifestó que firmó el formulario de afiliación libre y voluntariamente sin coacción o constreñimiento asintiendo toda la información allí establecida como lo es la relacionada a las condiciones que se estaba obligando, así como las obligaciones que tenía la AFP para con él.

Segundo se demuestra también que la suscripción del formulario de afiliación que realizo bajo el principio de la buena fe y de la capacidad cognitiva del demandante de contratarse de cargo a lo establecido en el artículo 1495 del Código Civil, así como las normas existentes contenidas en la ley 100 de 1993 que regulan la materia, así también es relevante mencionar que si bien manifestó que uno de los argumentos expuestos por el asesor de la AFP Colmena hoy Protección S.A fue que el ISS iba a liquidarse lo que efectivamente ocurrió, también es cierto este paso a ser a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y el demandante no retorno a esté por el contrario realizó traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A en el año 2012, administradora la cual se encuentra válidamente vinculado.

Tercero en todo caso es necesario tener en cuenta que el demandante con el presente proceso judicial aspira, a beneficiarse pues era su obligación verificar la información que le hubiere suministrado el asesor de la AFP Colmena hoy Protección S,A, adonado a que el desconocimiento de la ley no puede tenerse como excusa a voces, máxime cuando las normas que rigen el sistema general de pensiones son de alcance nacional lo cual impone la obligación de conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del artículo 11 del Código Civil, además de que si tenía una inconformidad tuvo el tiempo necesario para manifestarlo y nunca lo hizo, sino aproximadamente veinte años después de encontrarse afiliado al RAIS, en cuanto ya se encontraba inmerso en la prohibición de traslado establecida en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003.

Por otro lado la inconformidad del actor de su permanencia en el RAIS Solo gira en torno al valor de lo que sería su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, luego entonces la mesada pensional no obedece a la arbitrariedad de las AFP Situación que no da lugar a la ineficacia nulidad o traslado pensional.

De igual forma debe tenerse en cuenta que el principio de sostenibilidad financiera, sistema contemplado en el artículo 48 de la constitución de 1991, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005 impacta en la reserva pensional, toda vez el demandante durante gran parte de su historia laboral a cotizado al RAIS, por lo que (sic) una prestación económica a cargo del RPM administrado por mi representada supone un detrimento patrimonial a la entidad, de esta forma señora magistrados del tribunal superior de Bogotá en su sala laboral solicitó revocar el fallo proferido en lo pertinente de manera subsidiaria y en caso de que se confirme el fallo, que se confirme también la absolución de Costas y la devolución de los aportes con los respectivos rendimientos y que se acceda a devolver los gastos de administración, puesto de que no hacerlo como ya se mencionó en líneas anteriores generaría un impacto o un detrimento patrimonial a la entidad, muchísimas gracias.”

contrario tiene una profesión que le permite deducir cierta información que en caso tal hubiera podido realizar las preguntas pertinentes al asesor en cualquiera de los dos momentos del traslado, considerando del interrogatorio de parte se logra deducir que no hubo falta de información, sino más bien desinterés por parte del afiliado por realizar preguntas adicionales a la información que se le brindo en su momento.

Indica deben tomarse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios del afiliado pues con ello se demuestra la intención de permanecer al RAIS, toda vez que suscribió dos formularios de afiliación ratificando su deseo de permanecer en el régimen de mención, advirtiendo la falta de información es simplemente una excusa para realizar el traslado a Colpensiones, toda vez que ni siquiera el demandante ha realizado las gestiones de investigación o de solicitar información básica a donde quiere pertenecer sino que con una proyección que le realizó su representada, adujo que no era factible. (Cd fl. 224, record: 40:24)²

² “Muchísimas gracias su señoría muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable tribunal de Bogotá sala laboral para que se revoque en su totalidad el fallo proferido el cual me permito sustentar así: Señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre en la jurisdicción, como el citado en el a quo con los argumentos que manifestó el honorable tribunal en diferentes salas no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en especial en este caso donde tenemos que el demandante no es una persona que no tenga conocimientos, sino que al revés tiene una profesión que le permite deducir cierta información que en caso tal hubiera podido realizar las preguntas pertinentes al asesor en cualquiera de los dos momentos del traslado, sin embargo como bien lo indicó en el fallo Porvenir no tuvo incidencia en el traslado de régimen, sin embargo en el interrogatorio de partes se logra deducir que no hubo falta de información, sino más bien desinterés por parte de afiliado por realizar preguntas adicionales a la información que se le brindo en su momento, tanto así que se vería beneficiado de sus culpa por decirlo así en el momento en el que decidió no leer voluntariamente el formulario el cual tenía información sino es total de las viabilidades del RAIS vs Colpensiones, si tenía la información del retracto que aun así el decidió no leer, así las cosas en el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código civil relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tacita la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que el demandante realizo aportes y traslado de régimen de ahorro individual de manera personal y voluntaria lo que sin lugar a duda da al caso de haber existido vicio del consentimiento el mismo demandante ratificó su decisión de trasladarse de régimen y permanecer en el con su propio actuar y con el paso del tiempo.

Adicional a eso señores magistrados tengan en cuenta que en el interrogatorio de parte el señor manifestó querer trasladar por beneficios económicos como el mismo lo indicó el obtuvo ese beneficio, toda vez que los dos fondos tenían un musculo financiero que podría darle respaldo a su pensión y el cómo contador sabe que ese dinero no sale de un fondo en particular sino que deriva precisamente de los aportes que él deba realizar, por ende por no cumplir una mera expectativa que incluso nadie le genero él no puede aducir ahora que cuando realizo una proyección no está de acuerdo con la mesada que el mismo género con el pasar del tiempo y con los aportes que realizó.

También señores magistrados téngase en cuenta que el señor realizo aportes voluntarios, si bien es cierto con fines de vivienda como es de conocimiento el mismo nombre lo indica pensión voluntaria su nombre indica que para que va esos aportes y por ende ahorita no puede indicar que desconocía que esos aportes se podrían realizar para incrementar su pensión. Además en la sentencia SL 3752 DEL 2020 emitida por la Honorable Magistrada Ana María Muñoz Segura el 15 de septiembre del 2020 pone de presente que tomarse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios del afiliado como la intención de permanecer al RAIS que en presente caso ocurrió aquí, toda vez que el demandante suscribió dos formularios de afiliación ratificando su deseo de permanecer en el régimen de mención

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 HECTOR WILLIAM SANTOS JIMENEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4 de la demanda, las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo a folios 4 a 6, aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, en consecuencia se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular dicho traslado, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad, corrigiendo su historia laboral, se condene en costas y gastos del proceso, derechos *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 el actor a COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver los valores generados por conceptos de aportes, juntos con sus rendimientos. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, PROTECCIÓN antes COLMENA no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación.

Por otro lado en alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo lo que a pensión se refiere, pues digamos que a la fecha de que el realizo la solicitud de traslado con Colmena, pues digamos que esta proyección no tendría variables, toda vez de que o información correspondiente a lo que podría ser pensión actualmente, toda vez que tanto la normatividad como su estatus de valores que ha ingresado en la cuenta individual, pues han variado y cuando realiza una variación pues es que esto significa que una proyección de 1995 pues no tendría lugar a la presente fecha.

También ya para finalizar el demandante manifestó que el motivo de su demandada fue que básicamente no está de acuerdo con el valor de su mesada pensional lo que nos lleva a pensar que si la mesada pensional fuera superior a la otorgada que en el RPM no estaríamos en esta controversia señores magistrados y no habría lugar a decidir la ineficacia de un traslado, toda vez que la falta de información es simplemente una excusa para realizar el traslado a Colpensiones, toda vez que ni siquiera el demandante ha realizado las gestiones de investigación o de solicitar información básica a donde quiere pertenecer sino que sin embargo con una proyección que le realizó mi representada, adujo que no era factible y busco directamente asesoría legal con abogados y no con Colpensiones que es la entidad la cual quiere retornar, muchísimas gracias su señoría”

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 29 de julio de 1959 (fl. 30), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES el 6 de junio del 2019 (fls. 39 a 68), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 13 años, 9 meses y 4 días o 707.71 semanas (*historia laboral consolidada expedida por Porvenir -fl. 33-*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 6 de octubre de 1995 (fls. 144 y 154) específicamente conforme la información consignada en el formulario de

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

afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (rta hecho 3 fl. 128) 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 el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deben 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,

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PROTECCIÓN antes COLMENA.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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, radicciones 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 de proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 actor, 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 el demandante (Cd. fl. 224, récord: 25:23) 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 COLMENA le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado ya que sus aportes podían correr riesgo, reiterando todos los beneficios del RAIS tales como que no había un límite de edad para hacer uso de su pensión y que podía retirar sus aportes en cualquier momento.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional (Contador) no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (fl. 144), 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 Protección. (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 161 y 162, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (6 de octubre de 1995 fl. 144) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco, incide el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (fls. 188 y 189) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación.

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 y lo expuesto en reciente providencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021 donde se indicó:

iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que **la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual**, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

Por otro lado, se advierte 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 PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada el actor (fl. 189), junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Advirtiéndose, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera señalado por COLPENSIONES en la alzada, 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.

Ahora, para resolver la inconformidad expuesta por COLPENSIONES, relacionada con la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

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.”

Así mismo en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se indicó:

“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 (...).”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta (fl. 94)⁶, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones,

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 1° de julio del 2020 (fl. 193).

conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándose en los términos anteriores.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

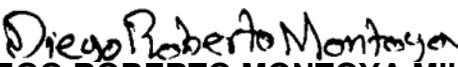
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordena a la AFP PORVENIR a la devolución de los gastos de administración por el periodo de afiliación del accionante a dicha administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA CONTRA PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 38 2018 00647 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PROTECCIÓN S.A (fl. 5), 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 recurso de apelación interpuesto por la demandada PROTECCIÓN, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de enero de 2021 (Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 48:35, acta de audiencia expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR que el demandante CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA, causó el derecho a percibir la prestación de qué trata el artículo 65 de la ley 100 de 1993, a partir del 13 de septiembre del 2013. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a reconocerle al demandante CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA, la pensión de vejez a partir del 13 de septiembre del 2013 en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para dicha data. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** a reconocerle al demandante **CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA**, las mesadas pensionales causadas desde septiembre del 2013 a octubre del 2015 en cuantía de \$17.143.550 pesos, autorizándose por esta vía a la accionada para que descuenta el retroactivo de mesadas pensionales a que tiene derecho el demandante el porcentaje que en derecho corresponde con destino al sistema de Seguridad Social en salud.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** a reconocerle y pagarle al demandante los intereses moratorios causados respecto de las mesadas causadas entre septiembre y diciembre del año 2013 a partir del 14 de enero del 2014 y de allí en adelante mes a mes respecto de las causadas entre enero del 2014 y octubre de 2015.

QUINTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho **DECLARA NO PROBADAS** las propuestas respecto de las condenas de infligidas y se considera relevado del estudio de las planteadas respecto de la absolución por concepto indexación procede

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1.700.000, en favor del demandante.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., la apeló, indicando no encontrarse conforme con la apreciación del juez respecto de la supuesta negligencia de esa sociedad en la respuesta a la petición pensional del demandante para lo cual alude a la comunicación calendada 8 de enero de 2015 en la cual se le informó que la mora en resolver su solicitud se debía a que su historia laboral se encontraba en trámite de reconstrucción, específicamente para los periodos 1996 a 1999 que resultaban importantes para determinar la procedencia del derecho a la garantía de pensión mínima reclamada. En ese escenario, dice, no procede ni el pago del retroactivo ni los intereses moratorios.

Con relación al retroactivo, además, enfatizó, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 determinó que para acceder a la garantía de pensión mínima el beneficiario no podía percibir rentas o remuneraciones porque ello es incompatible con este beneficio, norma que estuvo vigente hasta el 2019 y que por ende resultaba aplicable a la situación del demandante.

En subsidio de lo anterior, pide se revise la liquidación efectuada y la cuantía pensional tomada en cuenta para el año 2013¹ (Audiencia virtual artículo 80 del

¹ “Me permito sustentar el recurso de apelación de la siguiente forma: en primer lugar no comparte la apreciación del señor juez esta apoderada en cuanto indico que existió una negligencia por la AFP Protección al momento de resolver la petición del demandante, ya que como bien lo manifesté con la

C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 51:19, acta de audiencia expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (págs. 2 a 3, archivo “01CuadernoFisico.pdf” expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 y 4 ibídem), aspirando se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a su favor el retroactivo por las mesadas pensionales causadas entre el 22 de abril de 2013 y el 1 de noviembre de 2015, junto con los intereses moratorios, la indexación, las costas y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró que el**

contestación de la demanda , se aportó una documental de 08 de enero del 2015 donde se le informo al actor que la demora en resolver su solicitud se debía a que se encontraba en trámites de reconstrucción de la historia laboral ya que se estaban adelantando unos cobros de aportes cotizados al seguro social hoy Colpensiones y es importante determinar su señoría a efectos del reconocimiento de la garantía de pensión mínima pues que efectivamente el demandante acreditara esas semanas de cotización, ha de tenerse en cuenta que este historial laboral daba cuenta de cotizaciones entre el año 1996 y el 1999 y es por ello que efectivamente existía dudas sobre el derecho que hubiese haber podido acreditar en el momento de la radicación de la documental por parte del actor, luego a juicio de esta apoderada no existe la negligencia indilgada por el señor juez y no procede, ni el retroactivo pensional, ni el pago de los intereses moratorios.

Especialmente quiero hacer énfasis también en cuanto al retroactivo pensional es como también lo indique en mis alegatos de conclusión, lo tuvo en consideración el señor juez al momento de proferir la sentencia pues el artículo 48 de la ley 100 de 1993 determinaba que para acceder a la garantía de pensión mínima el actor no podía percibir rentas o remuneraciones porque esto era incompatible con este beneficio, por supuesto sabemos que esa normatividad fue derogada en el año 2019 por la ley 1955, pero estamos hablando de una situación que se resolvió en el año 2015, es decir en ese momento estaba vigente la ley y era procedente su aplicación, por tal razón solicito a la sala laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá revocar la sentencia y absolver a mi representadas de las pretensiones de la demanda.

Ahora bien de manera subsidiaria en el evento que considere los honorables magistrados que si proceden las condenas, solicito se sirvan valorar, pues entiendo yo de lo anotado que el señor juez efectuó una condena de pensión de vejez a partir del 13 de septiembre del 2013, indicando, tengo en las consideraciones que el señor juez indica que en cuantía del salario mínimo que era 616 000 pesos, pues al revisar el histórico de la evolución del salario minino en Colombia, encuentro que para el año 2013 el salario mínimo ascendía era a 589 500 pesos, luego por seguramente un error involuntario pues el señor juez realizo un cálculo errado y sumado a ello pues hacer el cálculo de las mesadas del año 2014, pues las nueve mesadas del año 2015, definitivamente encuentra una diferencia casi de tres millones de pesos, pues no lo podría hacer exactamente en este momento ya que fue un cálculo muy acelerado para sustentar este recurso, pero solicito a la sala laboral pues se sirva rehacer el cálculo para rectificar efectivamente lo que acabo de indicar, muchísimas gracias su señora así deo sustentado mi recurso.”

demandante causó el derecho a la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 el 13 de septiembre de 2013 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, momento a partir del cual la misma fue igualmente exigible, condenando entonces a la administradora de fondos de pensiones demandada a pagar a favor del actor la suma de \$17.143.550 como retroactivo causado entre el septiembre de 2013 y octubre de 2015, al igual que los intereses moratorios entre enero de 2014 y octubre de 2015, absolviéndola de la indexación. Lo anterior, tras considerar que el demandante cumplió 62 años en 2012, anualidad par la cual ya contaba con más de 1300 semanas cotizadas (sic), por lo cual reunió los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993. Con relación a la exigibilidad, estimó la pensión fue reclamada en septiembre de 2013 cuando completó la documentación requerida por la AFP por ello ordenó el pago de la prestación desde esta última fecha en cuantía de \$616.000. y hasta octubre de 2015 pues a partir de noviembre de ese año fue incluido en nómina de pensionados. Con relación a los intereses, no encontró que la demandada fuera diligente en su gestión y por ello impuso su pago contados 4 meses a partir de la fecha en que se entregaron los soportes requeridos por esa administradora.

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*).

Previo a resolver, es menester precisar, no es objeto de debate en esta instancia que el demandante CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN y, en esa medida, es claro que las prestaciones a las que puede tener derecho deben ajustarse a los lineamientos normativos que regulan dicho régimen y que sea dicha AFP la llamada a garantizar el reconocimiento y pago de tales beneficios.

Tampoco se discute en el asunto la calidad de pensionado que ostenta el actor, tal como puede verificarse de la comunicación del 20 de noviembre de 2015 por la cual PROTECCIÓN informa al demandante el reconocimiento de la garantía de

pensión mínima de vejez, por encontrar satisfechos los requisitos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de septiembre de 2015 –fecha del último aporte-, la cual iniciaría a pagarse a partir del 1 de noviembre de 2015 en cuantía de \$644.350 (págs. 22 y 23, archivo “01CuadernoFisico.pdf”, expediente digital)².

En ese escenario entonces, son hechos indiscutidos en la alzada, que el accionante nació el 13 de octubre de 1950 (pág. 19, ibíd.), de modo que el mismo día y mes de 2012 cumplió 62 años y que para dicha anualidad contaba con más de 1300 semanas, conclusiones a las que arribó el juez de primer grado sin que frente a ellas se presentara inconformidad alguna.

Así, le corresponde a la Sala determinar en el caso de autos a partir de qué momento se hacía exigible la prestación pensional del demandante y, atendiendo ello, si resulta procedente el pago retroactivo de la garantía de pensión mínima a partir de septiembre de 2013 y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver, pertinente resulta memorar, 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)³.

² En relación de pagos de folio 86 se avizora el pago de las mesadas a partir del 1 de octubre de 2015.

³ Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las

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.

Al tenor del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, con los ajustes anuales respectivos. No obstante, puede ocurrir que el asegurado no reúna el capital suficiente para financiar la prestación

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”

en los términos de dicha disposición, caso en el cual, por virtud del artículo 65 de ese mismo estatuto normativo, tendrán derecho a acceder a la garantía de pensión mínima⁴ siempre que acrediten 57 años de edad las mujeres y 62 los hombres, y por lo menos 1150 semanas cotizadas al sistema de pensiones. La norma enunciada es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.

En los términos antedichos, es claro que la garantía de pensión mínima es excepcional en el RAIS en el cual el reconocimiento de la pensión de vejez depende principalmente del capital reunido por el asegurado en su cuenta de ahorro individual, pues como se vio, causación y disfrute ocurren una vez confluyen los requisitos de edad y semanas cotizadas a los que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 el Decreto 832 de 1996. Aquí, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, no se condiciona su pago al retiro del sistema⁵.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993⁶, vigente para la data de reconocimiento pensional -2015- estableció una excepción a la garantía de pensión mínima, al preceptuar:

“ARTÍCULO 84. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.”

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

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

⁶ Derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019.

Bajo ese contexto, si el afiliado recibía otras rentas, pensiones o remuneraciones superiores al valor que eventualmente le correspondería por concepto de garantía de pensión mínima, esta no procedía, situación que en criterio de la Corte le impide acceder al pago de la prestación hasta tanto no se supere dicha situación.

Puntualmente, esa Corporación en sentencia SL4531 de 2020, sostuvo:

“(…)

*En tal panorama, se tiene que esa prerrogativa pensional –garantía de pensión mínima- tiene un momento cierto de causación y disfrute, de manera que su retroactivo se generará desde el momento en que se verifique el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, **salvo que el afiliado reciba otros ingresos que superen el salario mínimo conforme al artículo 84 ibídem.***

En ese contexto ha de tenerse en cuenta, que la actora cumplió con los requisitos previstos en la primera de las disposiciones en cita el 8 de septiembre de 2014, puesto que en ese momento arribó a la edad de 57 años, tenía cotizadas más de 1.150 semanas y no poseía en su cuenta de ahorro individual el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez, incluso si se sumaba el valor del bono pensional que emitió a su favor el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, supuestos que no se discuten en sede del recurso extraordinario.

*Posteriormente, el 1° de octubre de 2014 la actora solicitó el reconocimiento de la garantía de pensión mínima (f.° 101 a 102); en respuesta, el 14 de noviembre de esta anualidad la AFP le negó la prestación y, en su lugar, le concedió la devolución de saldos (f.° 111); **no obstante continuó cotizando ininterrumpidamente hasta octubre de 2016** (f.° 51 a 78), **con ingresos que, aunque en poco, superaban el salario mínimo legal mensual vigente de la época, lo cual incide en el disfrute de la pensión a la luz del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, tal como pasa a explicarse.***

*Si bien Porvenir S.A. no ha debido recibir los aportes realizados por la demandante después de otorgada la devolución de saldos, lo cierto es que demuestran que, aunque muy bajos, percibía ingresos superiores al salario mínimo legal vigente para entonces (f.° 61 a 78), **de manera que no pueden convalidarse para percibir la prestación desde el 8 de septiembre de 2014. Por tanto, tal como lo expone la AFP recurrente,** si dichos ingresos se reportaron desde ese mes y año hasta octubre de 2016, es claro **que el reconocimiento de la garantía de pensión mínima solo se hará efectivo desde el instante en que la accionante dejó de recibirlos,** es decir, a partir del 1.° de noviembre de 2016.*

*En conclusión, cuando la actora cumplió los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, quedó garantizado el financiamiento de la prestación con el capital de la cuenta de ahorro individual y con los recursos que debe asumir La Nación según lo estatuido en el Decreto 832 de 1996; **pero su disfrute solo es posible desde cuando dejó de recibir los ingresos salariales que superaban el valor de la***

referida prestación, según lo estatuye el artículo 84 ibídem” (Negrilla y subrayas de la Sala)

En sintonía con dicho pronunciamiento, y descendiendo al caso de autos, si bien para la data en que el actor cumplió los 62 años -13 de octubre de 2012- contaba con más de 1150 semanas y, por ende, causó en esa calenda la garantía de pensión mínima, cuyo reconocimiento solicitó en septiembre de 2013 ante la AFP, lo cierto es que con posterioridad a esa fecha y hasta noviembre de 2015 efectuó cotizaciones al sistema de pensiones (páginas 30 a 36, archivo 01 expediente digital), las cuales reportan un IBC levemente superior al salario mínimo y que sirven para acreditar que el actor, aunque por muy poco, percibió en efecto ingresos superiores al monto de la prestación mínima de cada anualidad⁷, situación que, en consonancia con lo expuesto, incide en el disfrute de su pensión a la luz del artículo 84 de la Ley 100 de 1993.

Bajo tal derrotero, al igual que lo acontecido en el caso analizado por la Corte, como dichos ingresos se reportaron de manera continua desde la causación del derecho y hasta noviembre de 2015, es claro que el reconocimiento de la garantía de pensión mínima solo puede hacerse efectivo desde el instante en que la accionante dejó de recibirlos, es decir, a partir del 1 de diciembre de 2015.

Así, habiendo sido reconocida la pensión al demandante a partir del 1 de octubre de 2015 –fecha incluso anterior a la determinada por la Sala- no hay lugar a ordenar el pago del retroactivo reclamado, debiendo revocarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Atendiendo tales consideraciones siendo la condena por intereses moratorios consecencial a la orden de pago del retroactivo, el Despacho se releva del estudio de los demás argumentos que sustentan la apelación.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación, lo que sigue es la REVOCATORIA de la sentencia de

7

<i>AÑO</i>	<i>SALARIO MÍNIMO</i>	<i>IBC REPORTADO (PAG. 36)</i>
2012	\$ 566.700	\$1.000.000
2013	\$ 589.500	\$ 600.000
2014	\$ 616.000	\$ 627.000
2015	\$ 644.350	\$ 655.000

primer grado, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia.

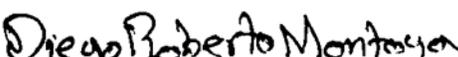
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a **PROTECCIÓN S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra por **CAMPO ABEL MORENO AVELLANEDA**, 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 ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS CONTRA ALIX ROJAS DE MORALES (RAD. 38 2019 00209 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de conclusión por las partes (folio 54 a 57 y 62 a 65), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de abril de 2021 (Cd. fl. 50, récord 16:07, audio "08AudienciaArt80Parte2.mp4", acta archivo 09 expediente digitalizado), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS y la demanda ALIX ROJAS DE MORALES, existe un contrato de trabajo pactado verbalmente, sometido a las reglas de los contratos de trabajo a término indefinido vigente desde el 10 de julio de 1979 e inclusive hasta la fecha de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ALIX ROJAS DE MORALES a pagarle a la demandante ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- A. \$504.265 pesos por intereses de cesantía.
- B. \$3.767.062 pesos por primas de servicios.

Los valores reseñados deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula: $INDICE\ FINAL \times VALOR\ HISTORICO = VALOR\ INDEXADO$ (valor de cada condena) $INDICE\ INICIAL$, Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de causación del respectivo concepto y como índice final

del mes en que se verifique el pago por parte de la demandada, precisándose que en todo caso, el reconocimiento a las cesantías a que tiene derecho la actora corresponden al del régimen de liquidación tradicional y deberán ser pagadas bajo estas reglas en el momento en que finalice el vínculo contractual laboral por cualquier causa y en cuanto a las vacaciones, se tendrá que las causadas desde el mes de marzo del año 2015, deberán serle concedidas en tiempo y debidamente remuneradas a la demandante en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia, quedando en todo caso a cargo de la demandada el pago de las primas de servicios, intereses de cesantías y el reconocimiento de vacaciones que se causen con posterioridad a las fechas que aquí se han tenido en cuenta.

TERCERO: DECLARAR que la demanda ALIX ROJAS DE MORALES en calidad de empleador, no realizó los aportes al Sistema General de Pensiones en favor de la demandante, para el lapso comprendido entre el 10 de julio de 1979 e inclusive hasta la fecha de expedición de la presente providencia, en consecuencia se **CONDENARA** a la demandada ALIX ROJAS DE MORALES a pagar la suma producto del cálculo actuarial que elabore la administradora de pensiones que elija la accionante y a entera satisfacción de esta entidad por el lapso comprendido entre el 10 de julio de 1979 e inclusive la fecha de expedición de la presente providencia y mientras se mantenga el vínculo contractual tomando como ingreso base de cotización, el correspondiente al salario mínimo legal vigente para cada anualidad. Todo lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada ALIX ROJAS DE MORALES de las demás pretensiones formuladas en la demanda por ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS. Lo anterior con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio se **DECLARA** probada la excepción de prescripción propuesta por la accionada respecto de los derechos causados con anterioridad al 18 de marzo del año 2016, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. No probadas las excepciones respecto de las determinaciones y condenas adoptadas y frente a las absoluciones que proceden el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$5.000.000 pesos En favor de la demandante.”.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada la apeló con el fin de que se revise la misma en su integridad. En ese sentido, insiste, en el asunto no están dados los elementos de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo pues existen muchas imprecisiones y *mentiras*.

Al respecto indica, si bien las partes se conocieron cuando la demandada adquirió la finca en junio, no es cierto como se asevera en la demanda que se haya suscrito un contrato de trabajo entre estas el 2 de enero de 1979 pues para ese momento ni siquiera se conocían y menos aún, que hubieran acordado un salario de \$3.450 pues ello no está probado.

Además, refiere, si la demandante tenía animales de su propiedad en la vivienda, los cuales se dedicaba a cuidar según las fotografías aportadas y lo dicho por los

testigos, indudablemente no todo el tiempo estaba cuidando las vacas en un potrero.

Por otra parte se cuestiona, cómo es posible que la actora después de 40 años se haya acordado que tenía un contrato laboral, el cual es demandado solo después del deceso de Don José, el esposo de ALIX ROJAS.

Considera, hay pruebas que no fueron valoradas, por ejemplo, el testimonio de Víctor quien indicó que realizaba labores en la finca como de cercas, cuerdas y limpia potreros, entonces, pregunta, cuántas personas estaban trabajando si el terreno no es tan grande y *“no da para mayordomos y una cantidad de empleados”*.

Argumenta, entre las partes se acordó libre y voluntariamente, que ese trabajo de ordeño sería compensado como un canon de arrendamiento.

Estima, hay testimonios que merecen credibilidad, pues aunque no se ha negado que Ana Elisa realizaba labores de ordeño de vacas, lo que se sostiene por ese extremo procesal es que hay cosas acomodadas, haciendo creer al Despacho que efectivamente hubo una relación laboral que no existió porque materialmente no hay suficiente material probatorio para establecer que efectivamente concurren los elementos esenciales de un contrato de trabajo, ni que se cumplían horarios de 2 de la mañana a 5 de la tarde, ni siquiera que se le haya impuesto un horario de trabajo o que eran realmente 10 vacas las que tenía que cuidar, lo que califica de imposible dado el tamaño de la finca.

Sostiene, el asunto se decidió únicamente con la palabra de la demandante y desde que falleció José Morales no se volvió a hacer nada en la casa, entonces no se explica cuál relación laboral puede continuar si ella no está haciendo ninguna actividad en la finca porque el ganado se vendió¹ (Cd. folio 50, récord 20:30, audio *“08AudienciaArt80Parte2.mp4”*, acta archivo 09 expediente digitalizado).

¹ *“Su señoría respetuosamente me permito manifestar que ante la decisión tomada por el despacho, me permito interponer el recurso de apelación ante el Honorable Superior para que revise la decisión tomada por su señoría, me permito a continuación esgrimir los argumentos objeto de la apelación.*

Para empezar su señoría quiero insistir en los elementos del artículo 23 del código laboral, no obstante en su magnífica exposición de los hechos y en la decisión en derecho, considero de manera muy respetuosa que no están dados esos elementos para que exista una relación laboral entre la señora Ana Elisa Barahona y la señora Ana perdón, Alix Rojas de Morales, su señoría quisiera empezar porque en el libelo de la demanda, insisto como lo manifesté en los alegatos de conclusión hay muchas imprecisiones, hay muchas mentiras y en

honor al ejercicio del derecho y la lealtad pienso que el derecho se debe ejercer con toda la idoneidad y el respecto por las personas, si bien es cierto como lo manifestaba su señoría se conoció la señora Ana Elisa con mi poderdante Alix Rojas cuando compró la finca en junio, pues no es menos cierto es que el hecho primero de la demanda es una falacia, es una mentira, no pudo haber un contrato laboral, no pudo haberse celebrado un contrato laboral el día 02 de enero del 1979, cuando no se conocían las partes, a pesar que en la exposición su señoría manifiesta todas las circunstancias de hecho y de derecho y la jurisprudencia, pues indudablemente estamos frente a una falacia, a una mentira tal cual como lo indique aquí también en ocasión al supuesto salario que acordaron de \$3.450 pesos, eso es otra mentira, es otra falacia porque es que eso no lo acordaron y no está probado y no se probó en el transcurso del desarrollo de la demanda.

Igualmente su señoría, cuando a la señora Ana Elisa se le preguntó si tenía ella de su propiedad otros animales en la casa, los cuales naturalmente se dedicaba también a cuidarlos, por supuesto que si las gallinas, los cerdos, ahí aporte fotografías y además los testigos dijeron que, si efectivamente ella tenía animales de su propiedad en la casa y de hecho tenía que dedicarse a cuidarlos, pues indudablemente no todo el tiempo iba a estar cuidando las vacas en un potrero.

Lo otro su señoría ¿Cómo es posible que la señora Ana Elisa pretenda cobrar unos salarios que después de cuarenta años se haya acordado que tenía un contrato laboral? Nótese que después que fallece don José el esposo de mi poderdante es que presentan las demandas, no solamente está, sino como lo manifesté en los alegatos de conclusión otra demanda que cursa en otro juzgado por los mismo hechos, así que hay pruebas que no han sido valoradas al menos dentro de esta diligencia que se adelantó el día de hoy, de los testimonios porque si es cierto ahí don Víctor dijo que el realizaba labores en la finca de cercas y de cuerdas y de limpia de potreros en una finca que como reitero una vez más tan pequeña, entonces ¿Cuántas personas estaban trabajando? Es que esa finca no da para mayordomos ni para cantidad de empleados, ni hay reglamentos porque en realidad lo que siempre me manifesté la señora Alix es que ese trabajo aun cuando lo manifestó su señoría no está permitido por la ley, lo acordaron entre las partes de mutuo acuerdo establecieron que ese trabajo del ordeño de las vacas sería compensado en un canon de arrendamiento, eso lo acordaron ellos sin ninguna coacción, libre y voluntariamente.

Considero igualmente su señoría que dentro de los testimonios que hoy se rindieron si existen elementos que merecen credibilidad no se ha dicho acá que la señora Ana Elisa no haya hecho su labor de ordeño de las vacas eso no se ha dicho acá lo que se ha manifestado y está en el libelo de la contestación de la demanda es que hay cosas que son acomodadas, que realmente lo que se quiere hacer creer al despacho que efectivamente hubo una relación laboral cuando no existió, cuando no la hubo, además porque históricamente en el campo siempre se trabajo fue con jornales, nunca, nunca y no está probado que efectivamente es el dicho de la demanda que celebraron un contrato de trabajo pero materialmente no creo que haya un suficiente material probatorio como para poder establecer que efectivamente los elementos esenciales del contrato están dados, no está probado reitero que además que haya trabajado desde las 2 o 3 de la mañana hasta las 5 de la tarde como lo manifestó mi colega ¿Dónde está probado? ¿Dónde está el horario que se le impuso? ¿Quién ha dicho? Es la palabra acaso de la señora Alix porque tampoco se dice en el libelo de la demanda que efectivamente haya trabajado todo ese tiempo, no se está negando tampoco que las vacas no se fueran a ordeñar el sábado, el domingo o el lunes festivo porque indudablemente son animales que todos los días hay que ordeñarlos.

Tampoco se ha probado que se cuidaban diez vacas, en dos hectáreas ¿Cómo puede cuidar diez vacas? Realmente es imposible y entonces estaríamos frente a una mentira también de las personas que dicen que laboraron, que limpiaron el potrero, que hicieron inseminación de las vacas, que las cuidaron ese es el término que utilizó el señor Víctor Orlando, que las cuidó y que trabajó para don José Morales de manera pues que considero muy respetuosamente su señoría que falta por analizar de fondo este material probatorio que existe los testimonios que hoy se sufragaron, a la señora Alix a mi poderdante no se le recepcionó interrogatorio para haberla escuchado para ver que decía ella porque aquí estaríamos solamente y únicamente con la palabra de la señora Ana Elisa y bueno y entonces a mi poderdante ¿Por qué no se escuchó también para ver que decía y que se podía valorar de cada uno de sus dichos? Porque no se puede determinar que efectivamente es cierto que celebraron ese contrato el dos de enero no es cierto. No es cierto tampoco que fijaron \$3.450 pesos, tampoco es cierto, de manera pues que existen muchas incoherencias dentro de la demanda que realmente no se han probado, no se han probado acá, estamos únicamente con lo dicho por la señora Ana Elisa demandante dentro del proceso y bueno no se escuchó tampoco a mi poderdante para ver que dice que ella, para que el despacho pudiera analizar también si son o no son de recibo las respuestas que pudiera haber dado mi poderdante para poder tener mayores elementos de juicio la tranquilidad y claridad meridiana que nos pueda llevar a buscar algo que nos indique que efectivamente existió esa relación laboral y menos de verdad, yo creo que es el primer caso en Colombia que una persona diga cuarenta años y después de que murió el esposo de la señora le cayeron- permítame esa expresión- Que no es grotesca por demás, pero le cayeron a mi poderdante a demandarla, no solamente la mamá sino la hija por los mismos hechos, entonces frente ¿A qué lealtad? ¿A qué condición humana también nos encontramos? Porque no es desconocido históricamente que en el campo se acostumbra a eso, pero no

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 ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la subsanación de la demanda visible a folios 2 a 4, las cuales encuentran fundamento fáctico en los hechos narrados a folios 1 a 2 y 15 a 16, aspirando se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a desde el 2 de enero de 1979. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor los aportes a pensión, cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral junto con las horas extras y recargos nocturnos laborados, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización de perjuicios por el incumplimiento en la entrega de dotaciones, calzado y vestido de labor, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del

creo que se quede cuidando todo un día las vacas para ver si comen o no comen pasto, seguramente las recogerán como llamamos en el campo, pero no es un trabajo permanente y continuo durante todo el día ¿Dónde está el horario establecido? ¿Dónde está la labor realizada? Es que le solo hecho de ordeñar las vacas no implica el trabajo de un día, ni hasta las cinco de la tarde como lo manifiesta el colega, entonces la señora no dormía ¿a qué hora ella cuidaba también sus cerdos? ¿A qué hora cuidaba sus gallinas como lo manifestó en la demanda? En la demanda dice que ella vivía también de sus animales que tenía de corral, los que cuidaba ahí en casa ¿Entonces por qué la señora Ana Elisa cuando la interrogó y le preguntó que si tenía animales de su propiedad en la finca? Me dice que no, entonces se está frente a una falacia que me parece muy delicado, me parece sinceramente que hay mentiras, que habrá que evaluarlas porque si logramos encontrar cosas como lo manifestó su señoría, nos lleva a los linderos del derecho penal pues tendremos que hacerlos, pues porque también la señora Ana Elisa estará incurso acá en una serie de mentiras.

Insisto y excúseme que sea reiterativo su señoría con los elementos del contrato es que la señora Alix Rojas no le pagó ningún salario porque no tenía ningún contrato laboral con ella ¿Cómo es posible que una persona sobreviva 40 años sin salario? Eso no se ha dado yo creo que la historia de Colombia no lo ha registrado por primera vez lo digo con inmenso respeto, lo digo con especial aprecio a las personas, por el respeto por el despacho, la cual ha sido mi característica como profesional respetuoso, acatador de las decisiones y con respeto si consideramos que no estamos de acuerdo también lo hacemos.

De manera pues su señoría que interpongo este recurso de apelación ante el honorable superior para que revise y valore cada una de las pruebas, cada una de las cosas que se han dicho aquí porque la decisión si en derecho y respetuosa la acepto pues estamos frente a lo que manifestó la señora Ana Elisa y no se escuchó a mi poderante de manera pues que estamos frente a una decisión con lo únicamente manifestado por la señora demandante y se dio por cierto, por válidos integralmente cada uno de los hechos prácticamente de la demanda, sin acatar el material probatorio, no se hizo una valoración de las fotografías de los cerdos que ella cuida en su momento, seguramente en este momento no los tiene y hace 18 años como lo dijeron ellas mismas y la hija misma desde hace, desde que falleció el señor José Morales no se volvió a hacer nada en la casa, entonces cual relación laboral puede continuar si ella no está haciendo absolutamente nada en la finca, el ganado se vendió y así lo manifestó tanto la señora Ana Elisa como Patricia, de manera pues que no puede predicarse de la continuidad de un vínculo laboral cuando naturalmente no se está desarrollando tal actividad, su señoría esos serían los argumentos que básicamente expongo para que el Honorable Superior revise integralmente todo el material probatorio allegado porque se está decidiendo única y exclusivamente con la manifestación y el libelo de la demanda, muchas gracias su señoría.”

C.S.T., la indexación, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, en tanto se declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes desde el 10 de julio de 1979 y se condenó a la demandada a pagar a favor de la actora los intereses a las cesantías y prima de servicios causadas en vigencia del contrato de trabajo respecto de las cuales no había operado el fenómeno prescriptivo, debidamente indexados y sin perjuicio de las prestaciones que con posterioridad se causen, así como los aportes a seguridad social en pensión, los cuales debían ser transferidos a la administradora de pensiones que seleccionara la demandante mediante el pago del cálculo actuarial el cual debía ser recibido a entera satisfacción por parte de la entidad del sistema. Además, condicionó el pago de las cesantías a la finalización del vínculo contractual, por encontrarse estas regidas por el régimen tradicional y ordenó el disfrute de las vacaciones no prescritas, absolviendo a la pasiva de las demás pretensiones incoadas en su contra, esto es, de las sanciones por no consignación de las cesantías y moratoria, las horas extras, el auxilio de transporte y la indemnización de perjuicios. Lo anterior tras considerar que no se acreditó el contrato de arrendamiento al que aludía la demandada y las condiciones bajo las que supuestamente se suscribió, no siendo razonable, en criterio del juez, que se pague el canon con trabajo, anotando además, la actora desarrollaba una actividad de ordeño en la finca, la cual era remunerada con el 50% del producto de la leche, sin que pudiera entenderse como socia de una unidad productiva pues para “sobrevivir” utilizaba su fuerza de trabajo a favor de la convocada a juicio desde 1979, sin que a la fecha de emisión de la sentencia se advierta el interés de desligarse del vínculo poco ortodoxo. Igualmente, mencionó, no evidenció autonomía en la labor desempeñada y consideró al esposo de la demandada como un representante de la empleadora. Con todo, concluyó, existe un contrato de trabajo entre las partes y por ende, procede el pago de todas las acreencias no prescritas las cuales deben liquidarse con base en el salario mínimo legal mensual vigente, por no haberse acreditado uno distinto.

Pues bien, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la existencia de una relación contractual de orden laboral entre las partes, propuesta presentada por la demandante, quien afirma que celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido con la señora ALIX ROJAS DE MORALES el 2 de enero de 1979, el cual se encuentra vigente (hecho primero y cuarto, folios 1 y 2), en el que desarrolla funciones como “*mayordomo*” de la finca el Mirador, ubicada en Tierra

Negra, Municipio de Fusagasugá, ejecutando actividades como “*cuidado del ganado y su ordeño, mantenimiento de cercas, limpia (sic) de potreros, corte, picada de pasto y demás propios de su cargo*” (hecho 2, folio 1).

A los planteamientos anteriores se opuso la encartada en respuesta a la demanda (folios 2 a 4), indicando que entre la demandante y ella jamás existió un vínculo laboral, pues para el 2 de enero de 1979, fecha que se alega en la demanda como de inicio de la relación contractual, ni siquiera conocía a ANA ELISA BARAHONA. Sobre el asunto, relató, en julio de 1979, en compañía de su esposo, adquirieron una finca en el municipio de Fusagasugá, que era de propiedad de GERMAN DUQUE ARANGO quien les manifestó que ANA ELISA vivía en el inmueble en calidad de arrendataria con su pareja y sus hijos, por lo que solicitó se le permitiera continuar en esa condición porque era una familia muy pobre que no tenía donde vivir, precisando, la actora cancelaba el arriendo en especie, es decir, con el cuidado del ganado y el ordeño de las vacas, condición que José Morales Mora -cónyuge de la demandada- aceptó, acordando entonces que este adquiriría un ganado y el producto de la leche sería distribuido en un 50/50. Dicho acuerdo, precisó la pasiva, se celebró con su consorte y se ha mantenido a lo largo del tiempo.

Adicionalmente, sugirió, con el fallecimiento de su esposo, el señor José Morales Mora, lo que se pretende es cobrar lo que no se debe toda vez que nunca ha sido su empleada, esto es, no ha existido una prestación personal del servicio a su favor, menos aún una continuada subordinación o dependencia en razón a que en muy pocas ocasiones visitó la finca porque quien lo hacía con mayor frecuencia era su cónyuge, y no ha tenido a su cargo “*peones o mayordomos o cualquier otra denominación*”, es decir, no ha impartido órdenes para desarrollar actividad alguna; tampoco, dijo, ha reconocido ninguna clase de remuneración.

Por otra parte, enfatizó, la convocante en su calidad de arrendataria ha cuidado aves y cerdos de su propiedad.

Así pues, expuestas las posiciones de las partes, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que estas le asignen a la relación, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura, es la forma como se

ejecuta la prestación, pues prima la realidad sobre las formas², y bajo esa premisa, permite la doctrina y la jurisprudencia, examinar si la labor que aduce haber desarrollado la señora ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS, se presentó en realidad y bajo qué circunstancias.

De tal manera, inicialmente es de advertir, la prestación personal del servicio no fue aceptada por la accionada que compareció personalmente al proceso, en tanto señaló que la actora ha sido arrendataria de una vivienda de su propiedad y que los términos de dicho negocio jurídico, que involucraba el ordeño de unas vacas y la venta de la leche, fue celebrado directamente con su esposo (Q.E.P.D.)

En ese orden, a efecto de acreditar su dicho, la demandante no allegó ningún documento, sin embargo, en el trámite judicial se absolvió el interrogatorio de la parte actora³ y se recibieron los testimonios de JUAN ERNESTO CIFUENTES GANTIVA⁴, ELSA PATRICIA ROJAS⁵, ANTONIO CALDERON PINEDA⁶, EDNA LUCERO MORALES ROJAS⁷, JOSÉ VICENTE MORALES ROJAS⁸ y VICTOR ORLANDO FORERO MACÍAS⁹.

Así, la demandante quien cuenta con 83 años de edad, dijo que conoció a la demandada cuando ella y su esposo llegaron a la finca, que estaba encargada de cuidar los animales de ese lugar y de hacer otras actividades dentro de la propiedad como pastar, arreglar cercas, entre otras. Indicó, realizaba el ordeño diario de las vacas y sacaba el 50%, la leche era en compañía. Al indagársele sobre cómo se estableció el salario, indicó que no hicieron ningún contrato, solo le dijeron que se quedara cuidando como con el señor que vendió, con el

² *“En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.*(citado por Américo Pla Rodríguez *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

Igualmente de la Cueva expresa en cuanto al contrato realidad, que el contrato de trabajo “existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio, y que ésta y no el acuerdo, es lo que determina su existencia” (Lecciones de Derecho Laboral, Editorial Temis, Bogotá 1986).

Así mismo, lo anterior se consagra en la Constitución Política de Colombia, julio de 1991, dentro del título correspondiente a los Derechos, Garantías y Deberes, capítulo II, y de los derechos sociales, art. 53, sin que su vigencia y aplicación sea de inmediato. Al disponerlo así el art. 85 de la CN, por lo que cualquier referencia que a este principio se haga, se basará en el entendimiento Jurisprudencial y doctrinal del tema.

³ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 04:08.

⁴ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 25:06

⁵ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 41:35

⁶ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 1:02:26

⁷ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 1:27:32

⁸ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 1:48:40

⁹ Cd folio 50, audio archivo “07AudienciaArt80Partel”, récord 2:09:14

compromiso de cuidar los animales, pero ella no pagaba ningún arriendo ni ellos le cancelaban un sueldo, solo la leche en compañía. Luego, de manera contradictoria, refirió que su única labor era la del ordeño, la dejaban quedar en la finca y ver por los animales. Comentó, desde hace más de 3 años no puede trabajar y no realiza ninguna actividad ya que recién se murió el señor Morales vendieron las vacas y no hay ganado, vive de los huevos que dan unas gallinas y todavía habita en la finca que ahora es de propiedad de Vicente Morales.

JUAN ERNESTO CIFUENTES GANTIVA, adujo ser vecino de la demandante cuando vivió en el campo pues tenía una finca en tierra negra, y conocerla desde 1910. Refirió que ANA ELISA vivía en la finca “*La Primavera*” del señor Morales en la que vendían animales hasta que este falleció. Refirió, la actora le comentó que recibía la mitad de la venta de la leche, pero en realidad desconoce cuales fueron las condiciones contractuales pactadas, pese a ello, aseveró, la demandante no pagaba ningún arriendo, sino que trabajaba con ellos, refiriéndose puntualmente a la familia Morales. Sostuvo, la actora recibía órdenes del Señor Morales, lo cual también se lo comentó la activa. Por último, indicó el deponente que vivió en la vereda hasta el 91, pero que a pesar de ello la frecuentaba mucho porque allá vivían varios hermanos

Por su parte ELSA PATRICIA ROJAS, hija de ANA ELISA BARAHONA DE ROJAS, asentó que su progenitora trabajaba con ALIX ROJAS cuidando animales, cortando pasto, estando pendiente del agua en la finca “*El Mirador*”, actividades que desempeña desde 1979 y en las que les colaboraban los hijos mayores. Mencionó, desde el 2019 los animales fueron vendidos pero la demandante todavía continúa cuidando la finca. Dijo, el salario de su madre correspondía al 50% de la leche, dinero que era repartido semanalmente con la demandada. Comentó, los servicios públicos eran cancelados por ALIX y nunca pagaron ningún arriendo porque la actora estaba era trabajando, labores que desempeñaba de 3:00 a 7:00 a.m. y retomaba a la 1:00 p.m., de domingo a domingo.

ANTONIO CALDERON PINEDA, refirió que conoce a la demandante desde que tenía como 3 años y constarle que ANA ELISA trabajó con el señor Morales y su esposa en la finca “*El Mirador*”, en el que la actora vivía con sus hijos, cuidando las vacas lo cual le consta porque eran vecinos en la vereda Tierra Negra. Aludió, la actora no recibía prácticamente nada, solo partían por mitad el dinero de la leche, lo cual ocurrió como hasta 2019 porque luego ya no había vacas y pese a

ello ANA ELISA se quedó en la finca. Comentó, la actora es malita de las manos, pero se defendía para hacer sus tareas. Relató, desde el año 2005 vive en Fusagasugá, donde la convocante lo ha visitado en varias oportunidades, tiempo en el cual la hija Marina asume las obligaciones. Adujo, la actora no tenía un arrendamiento, sino que trabajaba y se sostenía con lo de la leche.

A su turno, EDNA LUCERO MORALES ROJAS, hija de la convocada a juicio señaló que conoció a la demandante cuando su papá compró la finca “*El Mirador*” en Tierra Negra, lugar en el que vivía con sus 5 hijos. Dijo constarle que la actora vivía ahí porque así lo acordaron, pero desconoce en qué términos se dio el arreglo porque, además de ser muy pequeña para la época en que se conocieron, nunca se interesó por los negocios de su papá, quien murió en el 2018, solo supo indicar que se le entregaba la mitad de la leche y que todas las órdenes las daba el señor Morales pues su mamá solo era la administradora de los negocios.

El testigo JOSE VICENTE MORALES ROJAS, hijo de la demandada, ilustró, cuando compraron el predio Ala Elisa ya vivía ahí y veía por los animales de la casa. Comentó, el compromiso que tenía su papá con la actora era que ella cogía la mitad de la leche. Mencionó, su progenitor le otorgó muchos beneficios, entre ellos un lote de terreno que le entregó para que hiciera su casa, como contraprestación por el tiempo que llevaba trabajado con él. Señaló, actualmente la convocante vive en la finca el Mirador por voluntad propia sin desempeñar ninguna actividad, inmueble que pasó a ser de su propiedad -del testigo- y en el que él también reside. Señaló, a la accionante se le permitió por parte de su padre usufructuarse de la finca, razón por la cual ella tenía sus propios animales. Aludió, dada la discapacidad de la actora, en la finca habían trabajadores para oficios varios. Comentó, con ANA ELISA no se celebró ningún contrato, se le daba la vivienda y ella los ayudaba, pero no existía un documento firmado solo la palabra de ella y la de su padre que fue quien la contrató. Sostuvo, no fue cancelado ningún salario porque ella recibía lo de la leche según acordó con su papá, que era el 50%, pues el restante le correspondía al señor Morales.

Finalmente, VICTOR ORLANDO FORERO MACÍAS, en lo que al asunto interesa dijo que trabajó para el señor Morales entre 2008 y 2018, quien lo contrataba para hacer algunas tareas a la finca donde estaba la accionante, pero desconoce que arreglo podía tener esta última con ALIX ROJAS, solo sabía que era la encargada del ordeño de las vacas y no tenía conocimiento si la leche obtenida era vendida.

Así pues, realizado el estudio correspondiente, es menester precisar, lo referido por JUAN ERNESTO CIFUENTES GANTIVA, ANTONIO CALDERON PINEDA y VICTOR ORLANDO FORERO MACÍAS, no aportan muchos elementos de convicción de los cuales pueda concluirse la existencia de la vinculación laboral entre las partes, pues, aunque dan cuenta que la actora vivía en la finca de propiedad de la demandada y desarrollaba la actividad de ordeño de vacas, desconocen el tipo de vínculo o relación que estas tenían. De hecho, los dos primeros, a lo largo de su declaración no fueron específicos en referir a favor de quién se prestaba el servicio, aludiendo de manera general a los señores “*Morales*”; además, no tenían certeza respecto de quién impartía las órdenes o la forma en la que se determinó que la demandante recibiría el 50% de la leche, pues el conocimiento que poseen deviene principalmente de lo comentado por la propia accionante y en todo caso, mencionaron que tal potestad era ejercida por el señor MORALES. A lo anterior debe adicionarse, aunque indicaron que eran vecinos de ANA ELISA BARAHONA, lo cierto es que el primero lo fue solo hasta el año 1991 y el segundo hasta el 2005.

Igualmente, el testigo VICTOR ORLANDO FORERO MACÍAS, tampoco aporta mayores elementos de juicio que permitan dilucidar el tipo de relación que tenía la demandante con la llamada a la litis, como quiera que fue enfático en referir a su desconocimiento sobre el arreglo que estas tenían.

De otro lado, no puede perderse de vista que los testimonios de ELSA PATRICIA ROJAS, EDNA LUCERO MORALES ROJAS y JOSE VICENTE MORALES ROJAS, deben ser analizados con mayor rigurosidad, dado el vínculo de consanguinidad que los ata con las partes, respectivamente, advirtiendo la Sala desde ahora, no es posible dar credibilidad a la versión rendida por la primera, toda vez que sus exposiciones denotaban el ánimo de favorecer a su progenitora, particularmente al referir tajantemente que quien contrató a su mamá fue la demandada y que era esta la que le daba órdenes y pagaba su retribución aunque para la época en que se dijo haber celebrado tal negocio -1979- ella era menor de edad.

Adicionalmente, frente a lo relatado por EDNA LUCERO MORALES ROJAS, valga anotar, esta tampoco ofrece elementos suficientes de los cuales se pueda concluir que existió un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada, pues categóricamente indicó que no se inmiscuía en los negocios de su padre y no

tenía conocimiento del arreglo que ANA ELISA tenía con este, destacándose de su declaración que el convenio de la actora para desarrollar las tareas en la finca y residir allí fue realizado con JOSÉ MORALES y no con ALIX ROJAS.

Por otra parte, del testimonio rendido por JOSE VICENTE MORALES ROJAS, menos aún se puede extractar un vínculo de carácter laboral entre las partes, pues aunque no desconoció las labores de ordeño que realizaba la actora en la finca El Mirador, ilustró que el contrato se realizó directamente con su papá quien determinó que la remuneración de la trabajadora sería el 50% del producido de la leche, dando cuenta con ello que, eventualmente, quien fungió como empleador fue su progenitor y no la llamada al extremo pasivo.

En síntesis, las declaraciones recibidas en el proceso no dan certeza al Despacho de que la prestación del servicio fue en favor de la señora ALIX ROJAS DE MORALES, enfatizando la Sala, no se logró confesión alguna de la demandada y no puede desatarse la controversia con lo declarado por la demandante en su interrogatorio, pues sabido es que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, y no puede derivarse dicha circunstancia del solo hecho de que la convocada era la titular del derecho de dominio de la finca en cuestión.

Con todo entonces, para la Sala no existen en el plenario suficientes elementos de convicción que permitan establecer la existencia de un contrato de trabajo con la pasiva, advirtiendo, las pruebas apuntan a determinar que esta pudo existir con persona distinta de la encartada, no vinculada al presente trámite, lo que constituye en cabeza del llamado a juicio, una falta de legitimación en la causa por pasiva.

De conformidad con lo considerado, y no habiéndose logrado acreditar la prestación personal del servicio de manera subordinada y continua, en favor de la señora ALIX ROJAS DE MORALES, forzoso resulta revocar la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la actora.

Así las cosas, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los argumentos expuestos por de la alzada, procediendo la revocatoria de la sentencia apelada, en los términos explicados.

SIN COSTAS en esta instancia.

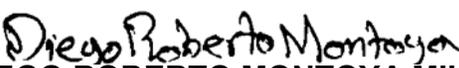
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 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 JOSÉ MANUEL SANTANA MESA CONTRA LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., ANGELCOM S.A.S. Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA - ADETEK- EN LIQUIDACIÓN. (RAD. 39 2016 00449 02)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado CESAR EDUARDO ARAQUE GARCIA, como apoderado sustituto de SEGUROS DEL ESTADO S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CAMILO ENRIQUE RUBIO CASTIBLANCO en su calidad de apoderado general (folio 584).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por SEGUROS DEL ESTADO (fls. 584 a 586) y por TRANSMILENIO (fl. 602), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de mayo de

2021, en la que se resolvió (Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, récord 51:06, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams):

“PRIMERO: ABSOLVER a TRANSMILENIO S.A.S., ANGELCOM S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK EN LIQUIDACIÓN de todas las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ MANUEL SANTANA MESA.

SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, propuestas por las demandadas, todo conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Inclúyase en la respectiva liquidación, la suma de \$300.000 como agencias en derecho, para cada una de las demandadas.

CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación advirtiendo, que la *A Quo* no valoró apropiadamente las documentales allegadas por ANGELCOM S.A.S. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN (en adelante, únicamente -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN), pues con ellas se pretende ocultar la existencia de la relación laboral que existió con el demandante, aunado a que, la última de éstas fue creada y existía para desconocer los derechos laborales de cientos de trabajadores, pues fue liquidada una vez finalizó el contrato con ANGELCOM S.A.S.

Adicionalmente, indica que se debió valorar el objeto de contratación de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. (en adelante, únicamente TRANSMILENIO S.A.), así como el vínculo comercial que esta sostuvo con ANGELCOM S.A.S., con los que se pretende encubrir que el objeto real del contrato era el recaudo, razón por la que resulta procedente acceder a las pretensiones incoadas, en los términos solicitados¹ (Carpeta

¹ “Gracias su señoría me permito presentar en este momento recurso de apelación, de acuerdo con la sentencia proferida por este despacho, teniendo en cuenta que su señoría da por hechos los documentos que presenta Adetek, Angelcom; pero, a pesar que los documentos presentados por estas demandadas no se hayan tachados de falsos, no quiere decir que tengan una originalidad o un parecido con la realidad su señoría, precisamente el tema de la documental arrimada al expediente por los demandados, es un tema de ocultar la relación laboral que ellos mismos planearon al crear la cooperativa del trabajo asociado de Adetek.

19Audiencia20210504, Archivos 02AudienciaArticulo77y80Ordinario20210504, récord 53:02; 02ActaAudienciaArticulo77y80).

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 JOSÉ MANUEL SANTANA MESA en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 2 y 2 Vto.), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas (folios 3 y 3 Vto.), encaminadas principalmente a que se declare que entre este y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. existió una relación laboral del 16 de diciembre de 2006 al 20 de enero de 2013. En consecuencia, se les condene a pagar a su favor los salarios dejados de percibir durante el vínculo laboral, las horas extras diurnas y nocturnas, los dominicales y festivos, las cesantías, intereses a las cesantías y subsidio de transporte, así como los intereses moratorios a la tasa máxima bancaria por los salarios debidos, la indemnización moratoria, la indemnización por no afiliación a un fondo de cesantías y por no haberlas consignado, la indemnización por daños morales y la indexación de las sumas que sean reconocidas.

Por lo tanto, esos soportes son contrarios con la realidad su señoría, son contrarios con lo que ya se indicó en los alegatos de conclusión por mi parte, donde se indica que y donde se evidencia, además, que la cooperativa fue creada única y exclusivamente para vulnerar los derechos de mi representado y de cientos de trabajadores y que fue terminada en el momento en que se liquidó, que fue liquidada la cooperativa en el momento en el que se terminó la contratación que originó su creación, la contratación precisamente con Angelcom.

Por lo tanto su señoría y por muchos más aspectos que se debe tener en cuenta por parte del ad quem, como son el objeto de la contratación de Transmilenio o de la relación que existió entre Transmilenio y Angelcom, donde su objeto social así se pretenda maquillar dándole las explicaciones que se le han dado de manera aparentemente técnica pero lo único que se pretende o lo único que pretende el representante legal de Angelcom es ocultar el objeto real del contrato; el objeto real del contrato es el recaudo y Angelcom contrato a Adetek para que realizara el recaudo, entonces, considera la parte actora que el despacho está mirando unas documentales que pues efectivamente se presentaron y que efectivamente se dieron pero por el simple hecho de ocultar la relación laboral, entonces solicito al ad quem se revoque la sentencia que acaba de proferir este despacho y en su defecto se declaren prosperas las pretensiones que se han planteado en la demanda, revocando esta sentencia y solicito al despacho se me conceda el recurso de apelación.”

Así mismo, solicitó se declare que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN es solidariamente responsable de los derechos laborales a percibir.

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que la parte actora no cumplió con la carga de probar la prestación personal del servicio frente a TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S., no siendo posible determinar este elemento de las pruebas recaudadas, aunado a que tampoco se demostró una eventual subordinación de aquellas sobre el demandante, en ejercicio del convenio de asociación. Adicionalmente, que de las pruebas documentales, se advierte que fue -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN quien cumplió con la carga de pagar la contraprestación por el servicio del demandante y fue quien lo afilió y realizó el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), 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 pues, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si el demandante i) en virtud del principio de primacía de la realidad, fue trabajador de ANGELCOM S.A.S. y TRANSMILENIO S.A., pese a haber suscrito un convenio de asociación con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, precisamente el distanciamiento entre el actor y TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. se presenta en ese sentido, pues el

demandante afirma que, pese a celebrar un contrato laboral con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, prestaba, efectivamente, sus servicios a TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. Éstas se oponen al indicar que la relación laboral pretendida por el convocante no existió, por cuanto estaba vinculado mediante convenio de asociación con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

Así las cosas, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura es la forma como se ejecuta la prestación, pues prima la realidad *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*²

No obstante, aunque la doctrina y la jurisprudencia permiten examinar cómo se ejecutó la labor desarrollada por el actor, quien afirma haber prestado sus servicios para TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S., lo cierto es que, para que pueda ser beneficiario la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio frente a quienes se invoca el vínculo, por cuanto acreditado dicho aspecto se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, lo que hubiera implicado que aquellas tendrían que desvirtuar su existencia.

En la misma dirección, TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S. se oponen a las pretensiones de la demanda bajo el argumento, que el vínculo del demandante fue con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por el demandante (folio 358) debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo 25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que *“El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se*

² Citado por Américo Pla Rodríguez “Los Principios del Derecho del Trabajo”, de. De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

realice”. A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas “...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado”.

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000³

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

“ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el artículo 59 del mismo compendio normativo.

“ARTICULO 59.- En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se

³ “Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”

someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.” (Subraya de la Sala).

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

*“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

*3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por** las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursoas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).*

(...)”

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

“Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”. (Resalta la Sala)

Ahora bien, bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, en virtud de lo cual para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas es menester, el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas recaudadas de las cuales resultan de especial relevancia para resolver.

En primer lugar, se tiene que el representante legal de la demandada ANGELCOM S.A.S., absolvió interrogatorio de parte⁴, el cual giró en torno al objeto social de la empresa (indicó que es una empresa de tecnología y telecomunicaciones), así como el objeto y finalidad de los contratos con TRANSMILENIO S.A. y -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN (señala que TRANSMILENIO S.A. le adjudicó a ANGELCOM S.A.S. la concesión del sistema-plataforma tecnológica de recaudo correspondiente a la primera y segunda fase de TRANSMILENIO S.A., razón por la que prestaba el servicio de soporte y gestión del funcionamiento del referido sistema. Ahora, en lo que respecta a -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, como quiera que ANGELCOM no presta servicios logísticos u operacionales y con el objeto de cumplir cabalmente el convenio que existía con TRANSMILENIO S.A., contrató los servicios con la CTA, para que se encargara del subproceso que implicaba actividades manuales y con personal). Aclaró que los elementos de trabajo pertenecían a la concesión y específicamente al distrito de Bogotá, que nunca suministró capacitaciones a los trabajadores de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y, en específico, al demandante, pues ANGELCOM S.A.S. en su momento entregó directrices a la CTA para que ella fuera quien capacitara a sus trabajadores asociados, lo que implicaba, de igual forma, que los servidores de ANGELCOM S.A.S. no interactuaban o le daban órdenes al demandante, pues cualquier directriz, pauta, correctivo u observación se hacía directamente a la CTA, sin que tuviera injerencia en como esta las transmitía o exigía a sus asociados.

De otro lado, también el representante legal de la demandada -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, absolvió interrogatorio de parte⁵, el cual se concentró en que se ilustrara las características del contrato sostenido con ANGELCOM S.A.S., a lo que manifestó que su objeto era la prestación de servicios de procesos y subprocesos no misionales, en la medida que ANGELCOM S.A.S. no tenía previsto, ni era parte de su objeto social, desarrollar labores operativas de recaudo. Así mismo, indica que además de las funciones operativas directas de recaudo, ella suministró la organización operativa, la cual estaba integrada, entre otros, por la gerencia general, la dirección de gestión humana, los coordinadores generales y los coordinadores de zona. Igualmente, que la CTA si determinaba

⁴ Carpeta 19Audiencia20210504, Archivos 01AudienciaArticulo77y80Ordinario20210504, récord 29:24; 02ActaAudienciaArticulo77y80.

⁵ Carpeta 19Audiencia20210504, Archivos 01AudienciaArticulo77y80Ordinario20210504, récord 43:45; 02ActaAudienciaArticulo77y80.

unas jornadas de trabajo, las cuales eran necesarias en virtud del objeto del contrato comercial y que la infraestructura de las estaciones, taquillas y áreas de ingreso eran de propiedad del distrito, ya que ANGELCOM S.A.S., sólo se encargaba del funcionamiento y mantenimiento del software de la plataforma de recaudo, razón por la que, precisamente, contrató los servicios de la CTA y las directrices e indicaciones las daba a esta y no directamente a los trabajadores asociados.

De estos medios de prueba, se rescata las aseveraciones relativas a la ejecución de los vínculos comerciales entre las tres llamadas a juicio y las indicaciones específicas sobre la estructura y funcionamiento de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN en la ejecución del contrato comercial con ANGELCOM S.A.S.

De otra parte, el demandante al absolver su interrogatorio⁶, señaló prestar sus servicios como auxiliar de estación y taquillero en el turno de la tarde, en diversas estaciones de la troncal norte de TRANSMILENIO S.A., que recibía órdenes de una persona que relacionó como YASMINE, de los coordinadores de zona de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y de los “*chalecos rojos de Transmilenio*”, y que estos últimos eran quienes ordenaban el cierre de la estación y el cierre de taquillas, que los pagos de las compensaciones y otros valores reconocidos, siempre los realizó la CTA, que los horarios y turnos siempre fueron determinados por la CTA y que en los eventos de existir descuadres en el recaudo, debía rendir descargos ante ANGELCOM S.A.S.

A su vez, se recibió el testimonio de la señora ROSA RUIZ SANTANA, la cual, pese a ser tachada por sospecha por parte de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, dicha tacha se estima acertado que fuera desestimada, pues su dicho fue uniforme y claro, aunado a que por desarrollar las mismas funciones que el demandante, conocía directamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se prestaba el servicio, del que se pretende la declaración de existencia del contrato de trabajo.

⁶ Carpeta 19Audiencia20210504, Archivos 01AudienciaArticulo77y80Ordinario20210504, récord 58:25; 02ActaAudienciaArticulo77y80.

La referida testigo indicó que todas las actividades dentro del desarrollo del trabajo eran por intermedio de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, que con ANGELCOM S.A.S. tuvieron una capacitación al ingreso, que no había interferencia alguna de TRANSMILENIO S.A. en el desarrollo de la labor, salvo cuando se presentaban incidentes o que los usuarios del sistema de transporte se comunicaban a la línea 195 y pedían el cambio del taquillero. Agregó que las instrucciones sobre la operación del recaudo en TRANSMILENIO S.A., las daban los coordinadores de zona, quienes eran trabajadores de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

Finalmente, se tomó la declaración de la señora YASMINE SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, quien fungió como gerente y representante legal de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, del año 2002 al 2015; testigo que ilustró el proceso de vinculación a la CTA y el proceso de recaudo de TRANSMILENIO S.A. Aclaró que por virtud del contrato comercial se debían usar los logos de la concesión y de TRANSMILENIO S.A. y que conforme al vínculo comercial entre -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y ANGELCOM S.A.S., esta última no disponía de personal para el desarrollo del proceso de recaudo o capacitación. Finalmente, aclara que todas las investigaciones en contra -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y ANGELCOM S.A.S. fueron archivadas y las que, inicialmente, prosperaron, fueron revocadas.

De los tres últimos medios de prueba, es posible concluir que, pese a ejecutarse labores en las instalaciones de TRANSMILENIO S.A., a través de herramientas que le pertenecían, no se acreditó la prestación personal del servicio frente a TRANSMILENIO y ANGELCOM S.A.S. Nótese que incluso el demandante reconoció que las órdenes las daban los coordinadores de zona, quienes eran trabajadores asociados de la CTA.

Por otra parte, a folios 354 y 355, se tiene copia aceptación como asociado a -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN del 16 de diciembre de 2006, la cual está suscrita por el demandante y el anexo 1, con el cual el señor JOSÉ MANUEL SANTANA MESA manifiesta su voluntad de acatar los estatutos y regímenes de la institución, y para prestar su aporte de trabajo personal.

Se avizora, a folio 358, convenio de asociación signado entre el señor JOSÉ MANUEL SANTANA MESA y -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, en el que el

demandante se obligó, entre otras, a “*cumplir los deberes propios del ejercicio del cargo AUXILIAR ESTACIÓN*”. Del mismo modo, a folio 359, se allegó constancia de inducción al cargo, la cual fue realizada por -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y, a folios 360 a 367, se allegaron las evaluaciones de desempeño elaboradas por -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

Reposan igualmente, a folios 369 a 371 y 373, las afiliaciones a caja de compensación familiar y salud efectuada por la CTA y una misiva de la entonces ARP SURA del 14 de mayo de 2010, con la que se emiten recomendaciones en virtud de un accidente de trabajo. Así mismo, a folios 377 a 398, obran las investigaciones disciplinarias al demandante, por parte -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, durante la vigencia del vínculo asociativo.

También fue allegada al plenario, a folios 438 a 440, la misiva con la que el demandante, el 23 de enero de 2013, renuncia como asociado de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y la carta de aceptación de la renuncia, del 24 de enero de 2013. Además, se aportó, a folios 442 a 446, la sanción disciplinaria del 21 de enero de 2013, con la que se decidió finalizar el convenio entre el demandante y la CTA y la comunicación con la que se puso en conocimiento esa decisión.

Como prueba documental igualmente, a folio 239, se incorporó copia del “*CONVENIO COOPERATIVO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE ANGELCOM S.A. Y ADETEK CTA*”⁷, suscrito entre las demandadas que enuncia, el 28 de junio de 2004, tiene por objeto:

“LA COOPERATIVA se obliga a prestar a la Empresa CONTRATANTE el servicio de apoyo administrativo y operativo de sus actividades de conformidad con el Convenio que EL CONTRATANTE tienen actualmente vigente con TRANSMILENIO, así como las demás actividades propias de la misión del CONTRATANTE...”

En el disco compacto de folio 98, obra copia del contrato de concesión entra TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S., del cual conviene señalar que las obligaciones de concesionario se delimitaban, entre otras, en “*6.1 La adquisición,*

⁷ El otro convenio, denominado “*CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO LOGÍSTICO, ADMINISTRATIVOS Y OPERATIVOS EN LA OPERACIÓN DE RECAUDO DE DINERO CELEBRADO ENTRE ANGELCOM S.A. Y LA COOPERATIVA DE ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK*” visible a folios 240 a 242, es posterior a la finalización del contrato de asociación del demandante.

instalación, adaptación y desarrollo de los equipos para el sistema de recaudo, en las condiciones previstas en este contrato... 6.2 El mantenimiento y operación de dichos equipos. 6.3 La conciliación del flujo recaudado y el control de la información del recaudo. 6.4 La procura, custodia, distribución y control de los boletos magnéticos y de las tarjetas inteligentes que permitan el uso del Sistema TransMilenio.” (página 25 del archivo PDF CONTRATO ANGELCOM)

Finalmente, se observa Resolución 01657 de 2015 “*por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*”, allegada también el disco compacto de folio 98, que el coordinador del grupo de prevención, inspección, vigilancia y control de la dirección territorial de Bogotá D.C., decide “*REVOCAR en todas sus partes la Resolución número 000523 del 15 de abril de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo*” (página 20 del archivo PDF RESOLUCIÓN 01657 DE 2015 POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN). Ello, por cuanto no se acreditó dentro del proceso administrativo sancionatorio de la queja formulada en contra de, entre otras, -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y ANGELCOM S.A.S., pues considera, ese ministerio, no realizan intermediación laboral de ningún tipo según lo manifestado en las normas.

En el plenario también quedó acreditado que fue la CTA quien capacitó al demandante y efectuó afiliaciones a los riesgos que cubre el sistema de seguridad social.

De otra parte no sobra agregar, de las pruebas obrantes en el plenario, se acredita la vinculación del señor JOSÉ MANUEL SANTANA MESA, a -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, en calidad de asociado, desde del 16 de diciembre de 2006, pues además de constatarse con la solicitud y aceptación de la vinculación del actor (folios 354 y 355), se probó que el mismo realizó actividades propias de los socios de una cooperativa de trabajo, lo que se constata, por ejemplo, con las evaluaciones de desempeño (folio 360 a 367).

En ese orden, en el caso de marras no se evidencia la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A.S., en los términos referidos desde el libelo demandatorio.

Es importante precisar, el recurso de alzada se funda en que la juez valoró indebidamente documentales que no guardan relación con la realidad; sin embargo, la Sala precisa que tales manifestaciones resulten insuficientes para desatar el objeto de la litis o para contrariar las conclusiones a las que ha llegado esta Corporación luego del análisis del caudal probatorio, enfatizando, que tales reparos del recurrente son genéricos, pues no precisó que documentos en concreto carecen de ese valor y, mucho menos, desplegó la actividad probatoria enfocada en desvirtuar el contenido de los mismos.

En este punto, conviene recordar que dicho esfuerzo demostrativo le correspondía en mayor medida al demandante, en los términos del artículo 167 del CGP, pues afirmaciones de que la CTA fue únicamente creada para satisfacer el objeto del convenio comercial con ANGELCOM S.A.S., no implican necesariamente que ello se realice con la finalidad de desconocer derechos laborales o que esa circunstancia, de manera autónoma, determine la existencia de un contrato de trabajo.

Finalmente, aun en gracia de discusión, en el evento de que el demandante hubiera comprobado la existencia del vínculo laboral con las llamadas a juicio con quienes lo invocaba, lo cierto es que ello no modificaría la decisión que toma la Sala, en tanto los derechos que reclama en el líbello demandatorio, se encontrarían afectados del fenómeno extintivo de la prescripción, excepción que fue oportunamente propuesta por las llamadas a juicio, pues el vínculo jurídico finalizó el 23 de enero de 2013, tal como se corrobora con la misiva con la que el demandante renuncia como asociado de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN (folio 438) y la carta de aceptación de la renuncia, del 24 de enero de 2013 (folios 439 y 440); mientras que las reclamaciones se elevaron el 29 de enero de 2016, frente a ANGELCOM S.A.S. (folio 26) y TRANSMILENIO S.A. (folio 24) y la demanda fue presentada el 10 de mayo de 2016 (folio 43), lo que hace palmario que se superó el término trienal de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

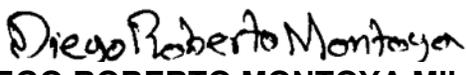
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

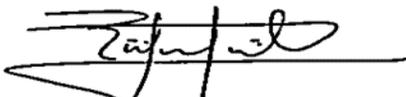
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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

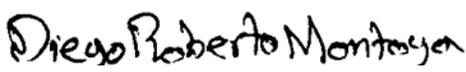
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN