

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS DANIEL GARCÍA BARRAGÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y CODENSA S.A. (RAD. 01 2018 00440 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 188,189), COLPENSIONES (fl 182-183), CODENSA S.A E.S.P (fl 185-186), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de julio de 2021 (*Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 167, récord 42:35*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la EMPRESA DE ENERGIA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. hoy CODENSA S.A. E.S.P. al pago del cálculo actuarial derivado del monto de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el señor CARLOS DANIEL GARCIA BARRAGÁN identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.011.771 entre el 6 de agosto de 1958 y el 31 de diciembre de 1966 con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar la pensión de jubilación por aportes al señor CARLOS DANIEL GARCÍA BARRAGAN identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.011.771 junto con los incrementos legales anuales y en 14 mesadas

adicionales como se indicó en forma motiva de esta decisión, de conformidad con todo lo anteriormente indicado.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de enero de 2013, conforme lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pagar al demandante los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esto es, intereses moratorios a partir de la fecha de reconocimiento de la prestación según lo motivado, hasta el momento de su inclusión en nómina de pensionados, conforme también lo indicado en la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada por haber resultado vencida en esta instancia judicial, las cuales serán tasadas por secretaría en su debido momento.”

Inconformes con la anterior decisión, las demandadas COLPENSIONES y CONDENSA S.A., la apelaron.

Inicialmente, COLPENSIONES pide se revoque integralmente la sentencia, toda vez que el demandante no cumple con el número de semanas requeridas para hacerse acreedor de la pensión de vejez que está solicitando, en los términos de la Ley 71 de 1988 aplicable en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto solo cuenta con 881 semanas, tiempo que resulta insuficiente para hacerse acreedor de la prestación.

Del mismo modo, anota, analizada la pensión a la luz del Decreto 758 de 1990, tampoco tendría derecho a la misma por cuanto tiene 663,48 semanas, de las cuales 176 fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Advierte, en el asunto no hay lugar a imponer el pago de intereses moratorios y costas porque si esa administradora no reconoció los dineros respectivos en su momento, ello fue en razón a la falta de pago de los aportes por parte de CODENSA, de los cuales tenía total desconocimiento, por ende, obró conforme lo reportado en la historia laboral y en las bases de información con las que contaba¹

¹ “Gracias su señoría para interponer recurso de apelación contra la sentencia que fue proferida en esta primera instancia.

(...)

Gracias su señoría. Ruego a los Honorables Magistrados estudien la decisión que fue tomada en esta primera instancia y sea revocada en su totalidad atendiendo que una vez realizado el estudio para el caso en concreto del señor CARLOS DANIEL GARCÍA BARRAGÁN, se encuentra que este no cumple con el número de semanas requeridas para hacerse acreedor a la pensión de vejez que está solicitando conforme lo

(Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 167, récord 45:49).

A su turno, CONDENSA S.A. E.S.P. arguye, el fallo de primera instancia pretende que esa sociedad pague un cálculo actuarial, para poder financiar el monto que COLPENSIONES va a tener que cancelar como mesada pensional, no obstante, dice, en virtud del principio de congruencia, la determinación del juzgador debía guardar correspondencia con los hechos y las pretensiones del escrito de demanda, advirtiendo, en virtud de lo previsto en el artículo 281 del C.G.P. el fallo no podía ser ultra o extra petita, y revisadas las pruebas y la demanda, se tiene que solo fueron formuladas cuatro pretensiones dirigidas a que se reconozca una pensión de vejez con fundamento en el artículo 7 de la Ley 71 de 1998 (sic), el retroactivo, los intereses y las costas, pero en manera alguna que se generara el pago del cálculo actuarial o que se ayudara a financiar la prestación, lo cual dice, tampoco se deriva de los hechos de la demanda.

establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que sobre el tema establece: “la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres o 15 o más años de servicio cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”. En el caso en concreto el señor CARLOS DANIEL GARCÍA BARRAGÁN contaba con 55 años de edad por lo que mi representada en su oportunidad procedió a realizar el estudio de la pensión de vejez solicitada por el señor GARCIA. Que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 71 del 88 los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y sufragados en una o varias de las entidades de previsión social o que hagan sus veces de orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrá derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan 60 o más años de edad, si es varón o 55 o más años de edad si es mujer, conforme lo anterior el demandante no cumple con los requisitos establecidos para los 20 años de aporte, esto es 1029 semanas cotizadas en cualquier tiempo, toda vez que solo acredita 6173 días, correspondiente a 881 semanas, tiempo insuficiente para hacerse acreedor a dicha prestación. Posteriormente realizado el estudio bajo el acto legislativo 01 de 2005 se demuestra que el señor no ha acreditado el total de 750 semanas para ello. Una vez realizado el estudio con el Decreto 758 del 90, señala que tiene derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: “60 o más años de edad si es varón o 55 o más años de edad si es mujer, y un mínimo de 500 semanas cotizadas para los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior y para el caso particular del demandante a 31 de julio de 2010 tenía 71 años de edad y un total de 663,48 semanas, de las cuales 176 semanas fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad por lo que no es procedente el reconocimiento del derecho pensional.

Por lo anterior su señoría, ruego a los honorables magistrados no se acceda a lo pretendido dentro el proceso de la referencia y así mismo se revoque la condena impuesta a mi representada del pago de la pensión de jubilación por aportes junto con los incrementos pensionales legales y las mesada 14 que le fue concedida en esta primera instancia al demandante. Así mismo, le ruego a los honorables magistrados no se condene al pago de los intereses moratorios a cargo de Colpensiones ni mucho menos a condenas en costas, atendiendo a que en caso de considerar los honorables magistrados que la decisión en esta primera instancia es llamada a prosperar, se tenga en cuenta que mi defendida en su momento no realizó el reconocimiento de los dineros pertinentes, se debe a la falta de pago por los aportes realizados por CODENSA de los cuales mi representada tenía total desconocimiento, y obró conforme a lo que en su historia laboral y en las bases se tenía información acerca del hoy demandante.

Por lo anterior, ruego a los honorables magistrados que se exonere a mi representada de todas y cada una de las condenas que en esta primera instancia han sido impuestas. Gracias su señoría”

Insiste, ni el demandante ni COLPENSIONES petitionaron que se generara un cálculo actuarial por los periodos en los que el juez evidenció falta de pago, por lo que mal hizo el juez disponer el pago del mismo.

De otro lado, solicita se tengan en cuenta las excepciones propuestas, la naturaleza jurídica de esa sociedad y de la otrora EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA y por qué no debe ser condenada al pago del cálculo actuarial² (Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 167, récord 50:56).

² “Si su señoría, contra el presente pues interpongo el recurso de apelación para que el honorable magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, revoquen la presente sentencia. Lo anterior bajo el entendido que el fallo de la a quo pretende CONDENSA S.A. E.S.P. antes EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA, realice un cálculo actuarial y logre con esto financiar el monto posterior que Colpensiones va a tener que pagar como monto pensional. Por qué solicito que se revoque la presente decisión, por cuanto en el derecho procesal, pues existe un principio de congruencia, este principio es una regla atinente del derecho procesal por medio del cual pues el juez de instancia se obliga a que sus decisiones sean concordantes tanto con los hechos y con las peticiones que se hacen en el escrito de la demanda pues es bien cierto que esta regla se establece en el artículo 281 del C.G.P. pues que se hace extensible al código procesal laboral por el principio de remisión laboral, este artículo 281 del C.G.P., en su inciso 2 pues nos contempla 3 preceptos a seguir por el juez dentro de sus sentencias y que nos dice que no es posible emitir fallos ultra petita, es decir sentencias en las que se conceda pues al demandado lo que no se ha solicitado en la demanda, entonces es decir que no se pueden emitir fallos extra petita, o sea sentencias en donde se condene al demandado en base (sic) a pretensiones distintas a las previstas en la demanda. Pues nosotros si vemos en el acervo probatorio o en la demanda proferida por el señor demandante, pues en esta vemos cuatro pretensiones tanto declarativas como declaraciones que es que el señor DANIEL GARCIA BARRAGAN pues se le reconozca una pensión de vejez por el artículo 7 de la Ley 71 de 1998 (sic), la segunda pretensión es que como consecuencia de la anterior declaración se le pague al demandante el retroactivo a que tenga derecho y la tercera es que sobre las sumas reconocidas por concepto de retroactivo se paguen los intereses y cuatro las costas procesales. Como aquí nosotros vemos, dentro de la demanda pues no se está solicitando que por parte de CODENSA S.A. E.S.P. antes EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. pues se genere un cálculo actuarial o se ayude a financiar el pago de esta pensión, entonces en principio, en base a este principio de la congruencia contemplada en el artículo 281 del C.G.P. efectuando la remisión que hace énfasis en derecho laboral, solicito al Honorable Tribunal se revoque la presente decisión por cuanto si vemos tanto en las pretensiones como les acabo de mencionar, como en los hechos de la demanda, nunca se solicita ni por el demandante ni tampoco por Colpensiones que se genere un cálculo actuarial por los periodos que el juez evidencia faltaron de pago como es sabido en Colombia existe un sistema general de seguridad social, un sistema general de pensiones, el cual digamos quien tiene las atribuciones legales hoy sería Colpensiones para solicitar o pedir que se, para financiar la pensión del señor GARCIA BARRAGAN quien sería la procedente para solicitar este cálculo actuarial sería COLPENSIONES, entonces mal hace el juez de instancia, máxime cuando no se solicita en la demanda y de los hechos tampoco se desprende que se emita una condena hacia mi representada solicitando una financiación de una pensión o un cálculo actuarial, entonces por tal razón solicito se revoque en este sentido la presente decisión.

Básicamente ruego al honorable Tribunal Superior de Bogotá pues se tengan en cuenta nuestras excepciones en la demanda, la naturaleza jurídica de CODENSA S.A. E.S.P. la naturaleza jurídica de la otrora EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA y por qué no debe ser objeto de financiación de esta pensión o de emitir un cálculo actuarial, máxime cuando Colpensiones en el estudio que hizo referente a de si tenía derecho o no a la pensión de vejez pues vislumbró que no existe el tiempo necesario para dar este derecho pensional. Al no existir este tiempo pensional y al no haberse solicitado por parte del demandante, ya sea quien tuvo en su momento o a su disposición al momento de solicitar un cálculo actuarial por tiempos faltantes hoy no es óbice que el juez de instancia pues entre a emitir una condena hacia mi representada, cuando no se ha pedido con la demanda. Entonces solicito al Honorable Tribunal, en base a este principio de congruencia, manifestar que CODENSA no debe porque entrar a aportar o hacer un cálculo actuarial para financiar esta pensión.

Bajo estos postulados, pues rindo mis presente recurso de apelación. Muchas Gracias.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda (folios 2 y 3), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo (folios 3 y 4), solicitando se reconozca pensión de vejez a partir del 28 de enero de 2013, por prescripción trienal (teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento se presentó el 28 de enero de 2016), por haber cumplido lo previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, esto es, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo. En consecuencia, se le pague el retroactivo a que tenga derecho, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez, junto con los incrementos anuales y en 14 mesadas al año, sin especificar el monto de la misma. Además, ordenó a CONDESA S.A. E.S.P., antes EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. pagar el cálculo actuarial a favor del demandante, por los aportes a pensión correspondientes al tiempo laborado entre el 6 de agosto de 1958 y el 31 de diciembre de 1966. Lo anterior, tras considerar, que el demandante acreditaba los requisitos previstos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, si se tiene en cuenta que contaba con más de 55 años de edad (sic) y tenía más de 20 años de servicio si se tienen en cuenta, además de las semanas certificadas por COLPENSIONES, el periodo laborado por el actor para la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA comprendido entre el 6 de agosto de 1958 y el 31 de diciembre de 1966 respecto de los cuales no se efectuaron las cotizaciones respectivas, anotando que frente a esa situación, correspondía a CONDESA S.A. efectuar el pago del cálculo respectivo.

De otro lado, dispuso el pago de los intereses moratorios “*aplicable para no perder el poder adquisitivo de la moneda*” y declaró prescritas las mesadas causadas y no pagadas con anterioridad al 28 de enero de 2013.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso también en razón al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a esa entidad.

En ese orden, en primer lugar, en lo que toca a la alzada formulada por CONDENSA S.A., es del caso señalar, el juez de primer grado consideró que esa sociedad era responsable del pago de los aportes a pensión por los periodos comprendidos entre el 6 de agosto de 1958 y el 31 de diciembre de 1966, interregno en el cual, pese a existir relación laboral con el demandante, no figuraban cotizaciones en el reporte entregado por la administradora de pensiones. No obstante, esa demandada no está de acuerdo con dicha determinación, pues, en su sentir, el juez desbordó sus competencias y emitió una decisión que no guarda correspondencia con el objeto de la litis, precisando, la obligación en cabeza suya de cancelar o no el cálculo actuarial no hizo parte de las pretensiones de la demanda.

Bajo tal orientación, y revisado en su integridad el expediente, estima la Sala, le asiste razón a la demandada por cuanto lo atinente al pago del cálculo actuarial o aportes a pensión a su cargo no fue objeto del debate probatorio y, por ende, la demandada no pudo ejercer sus derechos de defensa y contradicción sobre ese particular, siendo sorprendida con el fallo en su contra, en contravía de su prerrogativa fundamental al debido proceso y el principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, y que no podrá condenarse al extremo demandado por un objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Sobre este asunto, puntualiza esta Corporación, las pretensiones fueron del siguiente tenor (folios 2 y 3):

“1. Que se reconozca pensión de vejez al señor CARLOS DANIEL GARCÍA BARRAGÁN, a partir del 28 de enero de 2013 por prescripción trienal (teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento se presentó el 28 de enero de 2016), por haber cumplido lo previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, esto es, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo.

2. *Que como consecuencia de la anterior declaración se le pague al demandante el retroactivo a que tenga derecho.*

3. *Que sobre las sumas reconocidas por concepto de retroactivo, se paguen los intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

4. *Las costas del proceso serán a cargo de la entidad demandada”.*

De lo anterior, surge con nitidez, aunque fue el mismo demandante quien convocó a la litis a CODENSA S.A., ninguna aspiración erigió en su contra procurando el reconocimiento y pago de los aportes a pensión por el tiempo en que haya tenido relación laboral con este, que fue en últimas lo que condenó el juzgador de primer grado.

Ahora, si bien es deber del juzgador, con soporte en la autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral la demanda extrayendo el verdadero sentido del documento y el alcance de la protección judicial solicitada con la misma, analizando de manera armónica con lo pretendido, los extremos fácticos que rodean la causa pretendi y los razonamientos jurídicos, de tal forma que, además de aferrarse a la literalidad de los términos expuestos, esclarezca el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, sin que esto afecte los ejes principales del libelo inaugural, lo cierto es que en el asunto ninguno de los restante acápites que integran el escrito introductorio permiten develar la intención del convocante del juicio de obtener por parte de la jurisdicción un pronunciamiento sobre la obligación de CONDENSA de efectuar el pago de aportes a pensión en los que se presenta omisión o falta de afiliación.

De hecho, en los supuestos fácticos solo hizo mención a que contaba con más once años y nueve meses de servicios en la Empresa de Energía de Cundinamarca hoy CODENSA S.A. (hechos segundo y sexto, folios 3 y 4) y que “COLPENSIONES en reiteradas ocasiones le ha negado (...) el reconocimiento de la pensión especial de vejez por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988, debido a que no aportó los formatos 1, 2 y 3B de los tiempos laborados con la Empresa de Energía de Cundinamarca” (hecho cuarto, folio 3), nunca se mencionó el incumplimiento de las obligaciones a su cargo frente al sistema general de pensiones.

Además de lo anterior, el juez se encontraba vedado para pronunciarse en los términos en que lo hizo frente a CODENSA S.A., como quiera que se trató de un tema no tenido en cuenta en la fijación del litigio, sobre el cual el demandante no presentó inconformidad alguna, pues en dicha etapa procesal las partes se limitaron a excluir del debate los hechos aceptados por la pasiva, sin aducir al estudio de la eventual responsabilidad de CODENSA S.A. de pagar aportes pensionales a través del cálculo actuarial.

Lo dicho en precedencia, en términos generales, obedece a que debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidos por los interesados; ello por cuanto la ley cuida especialmente que se construya y se profile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos **o abandonados por las partes**³.

³ Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016, reiterada sentencia SL 2605 de 2019.

“En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador faculta al juez del trabajo para «...rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito...» (artículo 53 del CPTSS) y lo obliga a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas y probadas.” (Ver principio de congruencia, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso. Igualmente, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 30207).

En iguales términos, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del CPTSS, en concordancia con el 57 de la Ley 2 de 1984, el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia debe ser adecuadamente sustentado (CSJ SL9512-2017). Es decir, sobre el recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras).

Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarla, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. Es decir que, por regla, como lo reclama la censura, a pesar de que el recurso de apelación no es un medio de impugnación técnico, que deba seguir formas rigurosas, al hacer uso del mismo el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la

Por otra parte, debe resaltarse igualmente, aunque el *a quo* en virtud de lo establecido en el artículo 50 del C.P.T y la S.S. cuenta con facultades para imponer condenas diferentes a las pretendidas en la demanda, -extra petita- o por sumas superiores a las perseguidas -ultra petita- dicha potestad contiene un carácter facultativo y discrecional y no obligatorio, a través del vocablo “podrá”, expresada en la precitada norma procesal laboral, en ella se refleja la independencia de las decisiones de la justicia (art. 228 C.P.), y el principio según el cual los jueces, en sus providencias “solo al están sometidos imperio de la ley” (art. 230 C.P.) y su aplicación está sujeta a los siguientes requisitos: si se refiere a la condena extrapetita, los hechos que originen la decisión del Juez deben: a) haber sido discutidos en el juicio y estar debidamente probados y si trata de

decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. Ha dicho la Corte en este punto que «...la sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.» (CSJ SL, 26 jun. 2006, rad. 26936).

En concordancia con lo anterior, a partir del artículo 66 A del CPTSS, el legislador restringe la competencia del juzgador de segundo grado al análisis de «...las materias objeto del recurso de apelación...», lo que, según ha precisado esta sala de la Corte, supone que «...le está vedado a dicho fallador pronunciarse sobre aspectos ajenos o extraños a éstos, pues ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones...», lo cual, sin embargo, no significa que «...no pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica proponga la parte recurrente, por lo que si bien debe someterse en estricto rigor a las temáticas apeladas y sustentadas, no necesariamente debe acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico propuesto por la parte...» (CSJ SL13260-2015).

Como ya se dijo, a partir de esta gama de institutos procesales, el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. A este propósito contribuyen otro tipo de principios como el de buena fe, la confianza legítima y el respeto de los actos propios, que constituyen importantes exigencias de lealtad en el actuar procesal de las partes (CSJ SL13256-2015 y CSJ SL870-2018).

En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso.[...]

Hasta este punto, la Corte ha hecho hincapié en que existe un conjunto de institutos procesales destinados a dotar de coherencia y racionalidad al proceso laboral. Dentro de dichos mecanismos, vale reiterar, en lo que se refiere a la actuación de jueces colegiados en segunda instancia, se encuentra el deber de sustentar el recurso de apelación y el de resolver en consonancia con los materias incluidas en dicho medio de impugnación.

Concretamente, respecto de ese deber de sustentar la apelación y el principio de consonancia, que es a lo que se refiere el cargo, la Corte ha dicho que al Tribunal le resulta forzoso resolver sobre las materias propuestas en el recurso de alzada, de manera que entre el objeto de la impugnación y lo resuelto exista una relación de correspondencia. Como también ya se analizó en precedencia, ello no implica que el juzgador de segundo grado esté atado a los argumentos del apelante o a la calificación jurídica que de los hechos promueva, no obstante lo cual, en términos generales, sí debe guardarle fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en las instancias, «...sin que pueda, entonces, entrar a controvertir, reestudiar o modificar aquellos aspectos de la providencia que no fueron discutidos por los interesados...» (CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350).(subrayado fuera de texto)” SL 2605-2019.

condena ultra petita se requiere: a) que aparezca que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador, y b) que no le hayan sido pagadas.

De esta forma, los poderes ultra y extrapetita del Juez laboral deben guardar relación con la concordancia o consonancia que debe existir entre los hechos, las pretensiones, y las excepciones, con la decisión que tome el Juez en la sentencia, a la luz del artículo 281 del C.G.P.

En ese orden, en el caso de autos no podía el juez, ni aun en uso de las facultadas extra petita, imponer a cargo de CODENSA la obligación de pagar un cálculo actuarial que no hizo parte de la discusión, pues ni una sola mención se hizo a ello a lo largo del juicio, ni siquiera en los argumentos de defensa de esa sociedad los cuales se cimentaron en la imposibilidad de emitir las certificaciones de información laboral en los formatos dispuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emisión de bonos pensionales, por cuanto es una sociedad de derecho privado y el régimen laboral de sus trabajadores está sometida a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

Considerando lo analizado, aun cuando, como se dijo, CODENSA S.A. fue llamada a integrar la pasiva por el demandante, este no fue claro en la demanda sobre sus intenciones y lo que quería obtener de esta sociedad, situación que conllevó a que la contradicción de ese extremo procesal estuviera orientada a fines distintos a la posibilidad de responder por una presunta omisión en el pago de aportes al sistema general de pensiones a favor del actor, no siendo suficiente para tales efectos que el demandante haya pretendido para efectos de que se le reconociera el derecho pensional, el tiempo laborado a la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA, hoy CODENSA S.A. E.S.P., pues debía garantizarse el debate sobre dicho tópico para garantizar los derechos que le asisten a la encartada.

Por lo expuesto, habrá de revocarse la decisión de primer grado en este aspecto.

De otro lado, en lo que toca a la solicitud de reconocimiento pensional, corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario y conserva el derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de

1993, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el punto resulta pertinente señalar, no es motivo de discusión que el actor nació el 18 de enero de 1939 (folio 9), es decir, que para el 1º de abril de 1994 tenía 55 años de edad, por lo que en principio, resultaría ser beneficiario del régimen de transición, cuya aplicación reclama.

Así, en cuanto a la aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del citado Acto Legislativo⁴, este beneficio tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, 31 de diciembre de 2014, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el beneficio transicional se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el caso que se examina, aunque el demandante procura la aplicación de la Ley 71 de 1988, lo cierto es que de acuerdo con su reporte de semanas cotizadas en pensiones (folios 173 a 177) solo cuenta con aportes al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), no existiendo dentro del plenario elemento de prueba alguno del que se pueda desprender la prestación servicios al sector público o la existencia de cotizaciones efectuados a otras cajas de previsión social, precisándose, no es posible tener en cuenta como tiempos públicos los laborados para la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. hoy CODENSA S.A. E.S.P., pues tal como lo informó dicha sociedad al contestar el

⁴ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

libelo introductorio, su naturaleza jurídica siempre ha sido de carácter privado⁵ y no público, y sus trabajadores, al tenor del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 están sometidos al régimen laboral privado del Código Sustantivo del Trabajo (folio 56).

En ese entendido, no había lugar a reconocer la pensión al tenor de lo reglado en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, como se dispuso en la sentencia apelada, porque se insiste, dicha previsión normativa no le resultaba aplicable.

No obstante, de analizarse la prestación pensional a la luz de lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990, que es la que se ajusta a sus situaciones particulares del actor en virtud de la transición de la que inicialmente es beneficiario, en cuyo artículo 12 se exigen 60 años de edad, en el caso de los hombres, y 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, se encuentra lo siguiente.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor CARLOS DANIEL GARCIA BARRAGÁN alcanzó los 60 años el **18 de enero de 1999** (folio 9), es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-, calenda para la cual no tenía ninguna semana cotizada en los últimos 20 años y solo contaba con 176 semanas cotizadas en toda su vida laboral (*reporte e semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES, actualizado a 21 de noviembre de 2019, folios 173 a 177*).

Ahora, aunque el demandante aseguró haber laborado en la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P entre el 6 de agosto de 1958 y el 18 de mayo de 1970, lo cual se verifica además de la certificación laboral que milita a folio 60, echando de menos las cotizaciones entre el inicio del vínculo y el 1 de enero de 1967 en su historia laboral, lo cierto es que de conformidad con el último reporte allegado al plenario por la encartada visible a folios 173 a 177⁶, la empleadora atrás citada no registra afiliación alguna al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para el mes de agosto de 1958, fecha para la cual no existía

⁵ El certificado de existencia y representación legal da cuenta de su constitución mediante Escritura Pública No.972, Notaria 3 Bogotá, Del 13 de marzo de 1.958, inscrita el 21 de marzo de 1.958. A lo largo de los años ha cambiado de razón social y ha sido conocida con los nombres de: 1958 - Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S.A. (CELGAC S.A.). 1995 - Empresa de Energía de Cundinamarca S.A – Empresa de Servicios Públicos, y comercialmente, comenzó a usar la sigla EEC – ESP. (folios 178 a 180)

⁶ Extraída del expediente administrativo incorporado por COLPENSIONES, CD folio 128.

cobertura del otrora Instituto de los Seguros Sociales, y, en esa medida, es claro que Colpensiones no podía ejercer acciones de cobro por los lapsos que en el reporte de semanas no figuran, pues sin existir afiliación no se podía establecer que el accionante era un trabajador, por ende es claro que la falencia en la contabilización de estas semanas en la historia laboral de la promotora del litigio, en manera alguna puede entenderse como una omisión de Colpensiones, situación que no se puede enmendar con la sola certificación que da cuenta de la existencia del vínculo en los periodos reseñados en la demanda, o la aceptación de dicho vínculo por parte de CODENSA S.A.

Ello por cuanto los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso, en los términos analizados al inicio de este proveído, no se demandó el pago del cálculo actuarial.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, párrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁷.

⁷ **2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.**

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Teniendo en cuenta lo antedicho, no es posible incluir dentro de la historia laboral del actor los ciclos del 6 de agosto de 1958 al 31 de diciembre de 1966, que no figuran cotizados por el empleador EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., hoy CODENSA S.A.

En ese contexto, con miras a establecer si el beneficio transicional del demandante se mantiene hasta el año 2014, procede la Sala a verificar el conteo de semanas cotizadas hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional, advirtiéndole la Sala al actor conforme a la historial laboral citada (folios 173 a 177) para el 29 de julio del 2005, contaba con 406,27 semanas, que resultan insuficientes para cumplir con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, advirtiéndole, en todo caso, las 1000 semanas en cualquier tiempo solo las acumuló hasta febrero de 2017, esto es, con posterioridad al 31 de julio de 2010, que era el límite que tenía para acreditar los requisitos en beneficio de la transición.

Por lo discurrido, en las condiciones actuales el demandante no tiene derecho a la pensión de vejez que reclama, situación que impone revocar la decisión de primer grado, en cuanto concedió la prestación.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la sentencia de primer grado y, en su lugar se absolverá a las encartadas 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto)

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ y, en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, 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
(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDILBERT MORALES GARCÍA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 01 2019 00675 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SANDRA PAOLA ANILLO DIAZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, en su calidad de representante legal de la firma MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 128).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1° de junio del 2021 (Cd a folio 120, record 36:34, acta a folios 121 y 122), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que el demandante en el presente caso el señor EDILBERTO MORALES GARCIA, identificado con la cedula de ciudadanía 74.301.272, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo, conforme a lo indicado y lo motivado en la presente decisión.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a reconocer y pagar a favor del señor EDILBERTO MORALES GARCIA, identificado con la cedula de ciudadanía 74.301.272, pensión especial de vejez por alto riesgo a partir del 07 de enero del 2018, conforme también lo motivado en el presente pronunciamiento judicial.*

TERCERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar al actor EDILBERTO MORALES GARCIA , identificado con la cedula de ciudadanía 74.301.272, el retroactivo por las mesadas pensionales dejadas de cancelar.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones pagar al demandante en condiciones civiles ya indicadas los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; esto es a partir del 26 de octubre del 2018 y hasta cuando se efectuó el pago total y se haga el reconocimiento pensional, conforme también lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: Como quiera que la parte demandada resulta vencida en esta instancia judicial será objeto de condena en COSTAS, conforme lo indicado también en la parte considerativa y motiva de la presente decisión.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señala en su alzada que el accionante para acceder al derecho pretendido en virtud de la Ley 797 del 2003 es necesario que acredite tiempo y edad, que en la actualidad son 62 años para el caso de los hombres y 1300 semanas, aduciendo en el presente asunto si bien el demandante cumple con las semanas no con la edad.

Por otro lado aduce frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100, los mismos solo proceden para los casos en los cuales la prestación es reconocida con sujeción integral a la ley de seguridad social, es decir cuando se trate de mesadas regidas íntegramente por esta normatividad, solicitando su revocatoria. (CD folio 120, record 40:15, acta folios 121 y 122)¹ Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

¹ “Muchas gracias su señoría le solicito me conceda recurso de apelación, con respecto a la sustentación del recurso de apelación es necesario recalcar, como muy bien se ha decantado en esto, el estatus de pensionado solo se adquiere cuando coincidan los requisitos mínimos de semana y edad de acuerdo con lo que se ha señalado tanto en el decreto 2090 del 2003 y como en la normatividad aplicable, en ese orden de ideas el señor Edilberto para acceder al derecho pretendido en virtud de la ley 797 del 2003 es necesario que acredite tiempo de edad, que de acuerdo con los normativos en la actualidad estaríamos en 62 años en el caso de los hombres y 1300 semanas tiempo de cotización, de donde se puede inferir que el derecho solicitado si bien es cierto cumple con las semanas pero con la edad no. Otro punto importante a tratar en este recurso es frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100, para lo cual traería a colación una sentencia de la sala de casación laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia SL 15483 del 2015 bajo la radicación 44586 magistrado ponente Gustavo Hernando López Algarra en cuanto los intereses moratorios establecidos en este artículo se dijo que solo procede para los casos en los cuales la prestación reconocida con sujeción integral a la ley de seguridad social, lo estipulado por el Tribunal de cierre se presenta de la siguiente manera “Es suficiente con remitirse al criterio de tiempo que ha expuesto la corporación, en el sentido de que los intereses moratorios no resultan procedentes tratándose de pensiones que no están gobernadas por la Ley 100 de 1993 y respecto de reajustes o incrementos pensionales” además se apoyó en la sentencia SL 776 del 2003 en el que indicó que por ende si en una pensión de jubilación no se regula bajo la ley 100 de 1993, no es viable la condena culminada por el ad quem frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 porque mayoritariamente lo ha considerado la sala ellos son viables en la medida de que se trate de mesadas regidas íntegramente por esta normatividad, conforme esto solicito no se han reconocidos los intereses moratorios y a su vez sea tenido en cuenta todos los argumentos expuestos en este recurso, muchísimas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor **EDILBERTO MORALES GARCÍA** en el presente proceso, las pretensiones relacionadas a folio 50, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relacionados en el respectivo acápite a folios 48 a 50, solicitando se declare le asiste derecho a la pensión especial de vejez por alto riesgo al acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 2090 del año 2003, en consecuencia se condene a COLPENSIONES a su reconocimiento y pago desde el 7 de enero del año 2017, junto con los intereses moratorios, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se condenó al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a partir del 7 de enero del 2018 fecha en que cumplió 51 años de edad, junto con los intereses moratorios causados a partir del 26 de octubre de 1986 fecha en que COLPENSIONES le negó el derecho pensional, todo lo anterior tras considerar que se probó por parte del actor su actividad de alto riesgo y las semanas requeridas para ser acreedor de la pensión especial de vejez en virtud de tal actividad como minero, conforme lo dispuesto en el Decreto 2090 del 2003.

Establecido lo anterior se abordará el estudio además de la apelación de la demandada en lo que le fue desfavorable a la entidad en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte favor de Colpensiones.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo solicitado en la presente demanda, en aras de definir si procede el reconocimiento pensional a favor del actor por haber desarrollado actividades de alto riesgo como lo señala en el hecho 2 de la demandada (fls. 48 y 49), se tiene que tales actividades se encuentran reguladas en el Decreto 2090 de 2003 así:

“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.***
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
- 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*

Así pues, lo primero que debe entrar a determinar la Sala es si el demandante se desempeñó en actividades de alto riesgo en MINERIA “*que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos*”, precisando del material allegado al plenario únicamente se encuentran a folios 28 a 31 las siguientes certificaciones:

1. EXPLOTACIONES CARBONIFERAS YERBABUENA S.A.S. – **Minero Bajo Tierra**

- 9 de julio de 1986 a 15 de diciembre de 1991 = **279** semanas
- 2 de junio de 1992 a 15 de diciembre de 1995 = **182** semanas

2. CORPODESAR – Minero

- 1° de abril del 2011 al 27 de marzo del 2013 = 102 semanas

3. UNACER – Minero

- 1° de abril del 2013 al 30 de septiembre del 2016 = 180 semanas.

4. MINAS APOSENTOS S.A.S.- **Minero Bajo Tierra**

- 2 de marzo del 2017 a 1° de junio 2018 (fecha expedición certificación laboral²) = **64** semanas.

Conforme a lo anterior ha de señalar esta Corporación la norma es clara en indicar que se considera como una actividad de alto riesgo aquella que se desarrolla en “**Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos**”, de esto modo atendiendo lo dispuesto en las certificaciones relacionadas resulta que el actor únicamente probó la citada actividad con los empleadores EXPLOTACIONES CARBONIFERAS YERBABUENA S.A.S. y MINAS APOSENTOS S.A.S. quienes certificaron que la labor desarrollada por el actor se trató de un trabajo en minería bajo tierra, acreditando con estas sociedades un total de **525 semanas en actividades de alto riesgo.** (279+182+64).

Ahora bien, aunque las sociedades CORPODESAR y UNASER en sus certificaciones (fls. 29 y 30) solo señalan que el actor se desempeñó en el cargo de MINERO sin especificar si su trabajo lo realizó en socavones o subterráneos, pasa el despacho a revisar la HISTORIA LABORAL aportada por COLPENSIONES y concretamente el DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS (fls. 81 vto a 82) en aras de determinar si tales empleadores cotizaron al efecto con los puntos adicionales que establece el Decreto 2090 del 2003 art. 5³, advirtiéndose ni tan siquiera se evidencia para el periodo del 1° de abril del 2011 al 27 de marzo del 2013 cotizaciones efectuadas por CORPODESAR (*quien certifica tal periodo de labores con el actor*), por el contrario las cotizaciones fueron efectuadas por UNACER CTA, igualmente para el periodo del 1° de abril del 2013 al 30 de

² Dicha misiva no indica el día en que se expide por lo que la Sala tomara el primer día del mes en que se elaboró tal certificado.

³ ARTÍCULO 5o. MONTO DE LA COTIZACIÓN ESPECIAL. El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

septiembre del 2016 las cotizaciones fueron efectuadas por CORPODESAR y RUBIELA CENaida CARRION LEON, siendo tal lapso certificado por UNACER, situaciones que por ende le restan credibilidad a las pruebas documentales aportadas por el actor al plenario, en tanto las sociedades que certifican los periodos de vinculación no concuerdan con las que en realidad efectuaron las cotizaciones al sistema general de pensiones y en esa medida ante tal contradicción no se les puede dar validez.

En esta dirección y como quiera que la norma aplicable al actor es el Decreto 2090 de 2003, el cual en su artículo 3⁴, establece como requisito para acceder a la prestación pensional haber cotizado por lo menos 700 semanas en actividades de alto riesgo, se tiene que contrario a lo considerado en primera instancia el promotor del litigio no cumple con dicho requisito pues solo logró alcanzar **525 semanas de cotización especial** conforme lo certificado por EXPLOTACIONES CARBONIFERAS YERBABUENA S.A.S. y MINAS APOSENTOS S.A.S.

Por otro lado y solo en gracia de la discusión de haberse acreditado las citadas 700 semanas no se puede dejar de lado el artículo 4 del Decreto 2090 de 2003 el cual señala:

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido 55 años de edad.*
- 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.*

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

De acuerdo a lo anterior y si bien el accionante cuenta con 1591,57 semanas cotizadas al sistema a diciembre del 2020 (ver fl. 79 historia laboral), lo cierto es que los 55 años los cumpliría solo hasta **7 de enero del año 2022**, pues nació ese mismo día y mes del año 1967 (ver fl. 12), resultando por ende claro que tampoco cumpliría con las condiciones para acceder a la pensión especial de vejez.

Corolario de lo dicho, se tiene entonces en autos no se cumplieron con las premisas que dan lugar al reconocimiento de la pensión especial solicitada en los términos propuestos por el demandante.

⁴ PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Destacando la Sala, de acuerdo al 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 el demandante, el cual quedó expuesto a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*", en tanto si bien en el hecho 2 del libelo (fls. 15 y 16) aduce haber desempeñado actividades de alto riesgo con diferentes empresas, no aportó las correspondientes certificaciones que demostraran la labor desarrollada **en minería que implicara prestar el servicio en socavones o en subterráneos.**

Dicho esto y sin más consideraciones se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

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

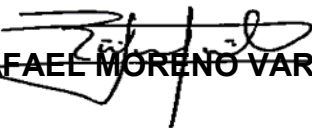
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **EDILBERT MORALES GARCÍA.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(*En uso de permiso*)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EPIFANIO ROJAS
ARIAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES (RAD. 05 2019 00615 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y no habiéndose presentado los alegatos de instancia por ninguna de las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2021 (*Audiencia Virtual de concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “003. Audiencias Art 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001310500520190061500 .mp4”, expediente digital, récord 37:28*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer al señor EPIFANIO ROJAS ARIAS una pensión de vejez a partir del 10 de octubre de 2017 en la suma de \$1.854.636 pesos, junto con sus reajustes legales y mesada 13 adicional.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a favor del señor EPIFANIO ROJAS ARIAS los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre la prestación reconocida y a partir del 11 de febrero de 2018.

TERCERO: COSTAS a cargo COLPENSIONES. Inclúyase como agencias en derecho la suma de ocho millones de pesos \$8'000.000.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado por Colpensiones envíese en CONSULTA al superior.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda (págs. 5 y 6, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf”, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo (pág. 4, ibíd.), solicitando se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a partir del 10 de octubre de 2016, disponiendo el pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales adeudadas junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, las costas y los derechos ultra y extra petita. Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto le reconoció la pensión de vejez reclamada a partir del 10 de octubre de 2017, en cuantía inicial de \$1.854.636, con sus reajustes anuales, por 13 anualidades al año y condenó al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado que el demandante acreditó los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, 62 años de edad y 1300 semanas de cotización, precisando frente a este último presupuesto que el mismo se acredita, además de las semanas certificadas por COLPENSIONES en la historia laboral, con los tiempos públicos servidos a la RAMA JUDICIAL y al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, así como los periodos registrados en mora con el empleador NARVAEZ TIBANTA CAMPO ELIAS entre enero de 1997 y diciembre de 2002, con lo cual acumuló un total de 1431 semanas. En lo que toca a la exigibilidad consideró, aunque la última cotización es de enero de 2020, lo cierto es que las mismas se efectuaron por razones atribuibles a la administradora, razón por la cual la pensión debía empezar a pagarse el 10 de octubre de 2017 cuando el actor la solicitó.

De otro lado, no encontró justificación para la omisión de la demandada de reconocer la prestación, razón por la cual impuso a su cargo el pago de los intereses respectivos.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso en razón al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a esa entidad.

Bajo tal entendido, habrá de determinarse si al demandante le asiste el derecho a acceder al derecho pensional solicitado con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993¹ modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición que exige, para el caso de los hombres, haber alcanzado la edad de 62 años -a partir del 2014-, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se incrementarán a partir del 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 en el año 2015.

Al efecto, se encuentra copia del documento de identidad del demandante (pág. 14, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf”, expediente digital), en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 10 de octubre de 1954, por lo que acreditó la edad exigida, de 62 años, el mismo día y mes del año 2016.

En cuanto a la densidad de semanas de cotización, revisado con detenimiento el reporte de semanas cotizadas en pensión actualizado a 21 de enero de 2020 que emitiera la administradora llamada a juicio (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1686-20200121041207”, expediente administrativo aportado por Colpensiones, carpeta “CC-307966”, expediente digital), se encuentra que para los meses de enero de 1997 a diciembre de 2002 se registra con el empleador “NARVAEZ TIBANTA CAMPO ELIAS” cero días en la casilla No. 45 “días cot.”, con la observación “pago aplicado al periodo declarado”, pese a que el empleador reportó 30 días en la casilla 44 que corresponde a “días reportados:

¹ “**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”.

Número de días trabajados y reportados por el aportante en cada uno de los periodos". Ello, entiende la Sala, ocurrió en razón a que el pago de la cotización se realizó solo hasta diciembre de 2007, esto es, por fuera de los términos legales respectivos y por tanto se generó una mora atribuible al empleador, a partir de lo cual, COLPENSIONES imputó el valor del aporte a los intereses moratorios como se advierte de la casilla 42 "*Cotización mora sin intereses*".

No obstante la situación descrita, en criterio de la Sala, no le era dable a la demandada descontar tales periodos de cotización, en detrimento de los derechos del afiliado, como quiera que, si bien dicho pago por el empleador se realizó tan solo hasta el 17 de diciembre de 2007, lo cierto es que la encartada no puso reparo alguno y, en todo caso, no adelantó las acciones de cobro respectivas a efectos de corregir las inconsistencias registradas en los pagos de los aportes, pese a que el actor así lo solicitó (*páginas 48 a 49, archivo "001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf", expediente digital*), aduciendo para el efecto que no contaba con los datos de ubicación y contacto actualizados del señor CAMPO ELIAS NARVAEZ TIBANTA (*páginas 54 y 55, archivo "001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf", expediente digital*).

Y es que no puede perderse de vista que en aquellos eventos en los que existió afiliación por parte del empleador –situación que no se discute en autos y se evidencia de la casilla 36 "*registro de Relación laboral* donde figura "SI" – pero se incurrió en mora o pago tardío de los aportes, no es posible que el demandante pueda ver truncado su derecho pensional por esa circunstancia, ello en razón a que tal situación de mora, en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado o sus beneficiarios, y en ese entendido, tal periodo debe contabilizarse en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior debido a que además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, pues es a las administradora del sistema y no a los trabajadores, a quienes de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 "*Corresponde adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador*". Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia condensada en las sentencias con radicación

34202², 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009, y más recientemente en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781³ del 14 de agosto de 2013, SL-552 de 2013, SL2882 de 2020, SL1047 de 2020 y SL 2652 de 2020.

Así pues, en el evento en que la administradora de pensiones no realice las gestiones de cobro respectivas al empleador moroso, es a dicha entidad a quien corresponde asumir las prestaciones, según lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 35777 del 25 de mayo de 2009 al indicar que *“Las cotizaciones causadas, consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la*

² “Y es que si bien la Sala mayoritariamente, venía sosteniendo que los períodos laborados pero no cotizados por los empleadores para pensiones, no podían tenerse en cuenta, y era éste quien debía cubrir los riesgos de IVM debido a la mora; tal posición jurisprudencial fue modificada, también por mayoría de sus miembros, a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008 radicación 34270, que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de considerar, que para establecer las consecuencias del incumplimiento del empleador, en el pago las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes, pues si ésta ha omitido hacerlas o ha sido negligente en las gestiones de cobro, es ella quien debe asumir el pago de la pensión.”

³ “El censor controvierte el cómputo de las semanas realizado por el Tribunal y se centra en los siguientes puntos: i) que en el folio 8 están acreditadas 4,285 semanas que no fueron tenidas en cuenta; ii) que antes de 1994 y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, se reportaron 86,857 semanas, con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., que tampoco fueron contabilizadas; iii) y que el examen correcto de los listados de períodos cotizados en el régimen subsidiado, determina un total de 411,428 semanas, “(...) pues ha de tenerse en cuenta que las fechas que se repiten son las del recaudo más no hace referencia a los meses cotizados, como en forma errada lo hizo el sentenciador de segunda instancia.”

Planteada la acusación en los referidos términos, la Sala observa, en primer lugar, que en el documento de folio 11 se encuentra reflejado un periodo de afiliación del actor con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994, que, efectivamente, no se replica en el resumen de períodos pagados del folio 13, y que determinaría un total de 608 días, como lo alega el censor.

Es cierto también que dicho periodo no fue asumido por el Tribunal en su cómputo y debió serlo, pues está incluido dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que el actor cumplió la edad de 60 años, esto es, en el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1986 y el 4 de enero de 2006. Por otra parte, ni el Instituto de Seguros Sociales ni el Tribunal opusieron alguna razón jurídica válida para restarle efectividad a ese ciclo. Y aunque en el documento de folio 11 se registra la anotación de deuda, ello no impide que se tenga en cuenta como tiempo valido de cotización.

Esta Sala de la Corte ha sostenido al respecto que las entidades de seguridad social tienen el deber de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de sus afiliados, so pena de que asuman la responsabilidad por el pago de las prestaciones, y que, “(...) para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.” Sentencia del 22 de julio de 2008, Rad. 34270, reiterada en la del 21 de marzo de 2012, Rad. 38756.

En ese sentido, el Tribunal incurrió en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que el actor cotizó como trabajador dependiente 608 días, entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994”.

cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente”⁴.

⁴ “Como en el presente caso no hay discusión en el sentido de que dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de los sesenta años de edad, sólo aparecen pagadas 104,5714 cotizaciones, y que fueron causadas otras 617.1419 semanas que no se han pagado, el juicio sobre la correcta aplicación del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 al demandante, ha de resolver sobre cómo se armonizan las exigencias especiales para acceder al derecho, con la responsabilidad de la administradora en no haber gestionado el cobro de las cotizaciones en mora.

El sistema de seguridad social es un conjunto normativo que se endereza, en lo que aquí nos concierne, a garantizar la “sostenibilidad” financiera del sistema, imponiendo a los aportantes contribuciones parafiscales, y a las administradoras su gestión integral, a partir del momento en que se causan las cotizaciones, sobre las cuales deben desplegar especial vigilancia, haciendo los requerimientos previstos en el Decreto 2663 de 1994, y emprendiendo las acciones de cobro, en cuya cabeza las radica la ley, además de otorgarles las herramientas idóneas, como el de revestir a sus certificaciones sobre la deuda por cotizaciones, intereses y multas, del valor de título ejecutivo, y para el I.S.S. de adelantar con él un juicio de jurisdicción coactiva.

El sistema ha de propender a la efectiva prestación de protección de la seguridad social, no solo contemplando aquel escenario en el que se cumplen cabalmente con todas las obligaciones, sino también cuando el sistema funcione anormalmente y no se sufraguen las cotizaciones causadas por hechos imputables al empleador o a la administradora; la decisión que se tome no puede resultar afectando a quien ha cumplido con lo suyo, al afiliado que generó un crédito a la administradora exigible al empleador, y sin dejar de tener en consideración la “sostenibilidad” financiera del sistema.

Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente.

La clasificación y declaración formal de la deuda con la seguridad social como incobrable, se ha de cumplir de conformidad con el trámite reglamentario previsto en el Estatuto de Cobranzas, el Decreto 2665 de 1988, que en su artículo 73, dice:

3. Deudas irrecuperables o incobrables. Se considerarán incobrables, las deudas por aportes, intereses y multas que tengan un mora de 25 ciclos o superior, así como las demás deudas cuyo recaudo no hubiere sido posible lograr a pesar de la gestión de cobro adelantada, por insolvencia del deudor, liquidación definitiva o desaparecimiento de la empresa, o por cualquier otra causa similar, de conformidad con el informe rendido por el apoderado del ISS y la evaluación efectuada por el funcionario de cobranzas responsable. Las deudas irrecuperables o incobrables, deberán ser calificadas por el respectivo órgano directivo del ISS, previo concepto del Comité de Cobranzas de la respectiva Seccional o UPNE.

También se tendrán como deudas incobrables, las siguientes:

- a). Las declaradas prescritas por funcionario competente;*
- b). Las que hubieren quedado pendientes de cancelar después de liquidada legalmente una empresa, o de haberse cumplido un Concordato, o terminado el proceso de quiebra, siempre y cuando que la empresa finalice sus actividades.*
- c). Por pérdida del proceso donde se pretendían hacer valer;*
- d). Por muerte o desaparecimiento de hecho del patrono, en los casos en que no opere la sustitución patronal, o no sea cobrable a los herederos o no haya lugar a la declaración de unidad de empresa, o por otra causa similar.*
- e). Las que por ley o reglamento sean tenidas como tales.*

Se ha de indicar que las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1988 mantienen su vigencia, por la remisión que a ella hace el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y puesto que si

En ese orden, para efectos pensionales deben tenerse por incluidos en la historia laboral del demandante, los periodos comprendidos entre enero de 1996 y diciembre de 2002, que corresponden a 308,57 semanas de cotización.

Además de lo anterior, dentro del reporte allegado por COLPENSIONES no se encuentran contenidos los tiempos públicos no cotizados a esa entidad y que fueron certificados por la RAMA JUDICIAL y el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, respectivamente, en formatos CLEBP –válidos para bono pensional-, así:

- Del 6 de febrero de 1973 al 31 de agosto de 1974 (página 19, archivo “001.11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf”, expediente digital) – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ.
- Del 1 de septiembre de 1975 al 31 de diciembre de 1979 (página 23, *ibíd.*)-

bien se han expedido reglamentos sobre afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.

La consecuencia de declarar unas cotizaciones como incobrables la define la misma perceptiva, en los primeros incisos del artículo 75:

ARTICULO 75. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. *No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.*

Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar".

Así, entonces, la Sala ha de precisar los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencia de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia.

El reconocimiento que se hace respecto de quien no se ha efectuado el pago completo de las cotizaciones, no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total. Por ello se acude para la efectiva realización del equilibrio financiero del sistema, a que ese reconocimiento se haga de manera provisional, invocando de manera analógica la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, que impone a las administradoras del régimen de ahorro individual dicho reconocimiento provisional, en los eventos de incumplimiento del plazo para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión o cuando el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones de la administradora.

No obstante la precisión doctrinara anterior, en el presente caso el cargo no puede salir avante, pues se advierte que no hubo manifestación de la entidad demandada recurrente en el sentido de formular un alcance de la impugnación subsidiario, para que la condena al pago de la prestación de vejez le hubiera sido impuesta en forma provisional".

RAMA JUDICIAL.

- Del 1 de febrero de 1980 al 31 de mayo de 1980 (*ibídem*) – RAMA JUDICIAL.
- Del 13 de enero de 1982 al 12 de octubre de 1982 (*página 43, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf”, expediente digital*), SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CUNDINAMARCA.

Dichos tiempos públicos equivalen a 363,57 semanas que deben ser tenidas en cuenta dentro de la historia laboral del actor.

En ese sentido, adicionadas las 308,57 semanas que figuran en mora por el empleador NARVAEZ TIBANTA CAMPO ELIAS, a las 363,57 por tiempos públicos y las 870,88 certificadas por COLPENSIONES al 30 de enero de 2020, se tiene que el demandante tiene cotizadas a esta última fecha un total de 1543.

Precisado todo lo anterior, hecha la verificación respectiva, para el 10 de octubre de 2016, data en que el actor cumplió 62 años de edad, este contaba con 1372,88, semanas entre tiempos públicos y privados debidamente contabilizados en la historia laboral, acreditando con ello los requisitos previstos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, razón por la cual en dicha calenda adquirió el estatus de pensionado, por lo que habrá de confirmarse el fallo gravado en este punto.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor es definida con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 resulta aplicable en autos el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”,* mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”,* situación

que en el examine no ha ocurrido según se puede constatar del reporte de semanas expedidos por Colpensiones (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1686-20200121041207”, expediente administrativo aportado por Colpensiones, carpeta “CC-307966”, expediente digital), pues el demandante continúa realizando cotizaciones y ha venido efectuando aportes aún con posterioridad a la radicación de la demanda el 13 de septiembre de 2019 (acta de reparto - página 101, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf” expediente digital), nótese el último ciclo que figura dentro de la historia laboral corresponde a enero de 2020, periodo que corresponde a la expedición de tal documento por parte de la administradora -21 de enero de 2020-, y que fuera aportado con la contestación de la demanda.

Por lo anterior, el reconocimiento pensional debe 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 10 de octubre de 2016, 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 del actor.

Al punto es importante precisar, si bien es cierto ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605⁵, que deben

⁵ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, “para que pueda entrar a disfrutar de la misma”, o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera “previo retiro del asegurado o del régimen”.

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél

examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado, en tanto se han establecido algunas excepciones sobre las cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia, las cuales se han circunscrito a aquellos casos en los que el afiliado, no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto obligado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones a reconocer el derecho, por ejemplo alegando déficit de aportes⁶, tal situación, contrario a lo concluido por el *a quo*, no se encuentra acreditada en el plenario pues, si bien, conforme al estudio atrás efectuado, COLPENSIONES era conocedora de la mora que existía para los ciclos enero de 1997 a diciembre de 2002 con el empleador *NARVAEZ TIBANTA CAMPO ELIAS* y no demostró las gestiones de cobro correspondientes, lo cierto es que en el examine no se halla

en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada”.

⁶ Frente al particular pueden consultarse las sentencias con radicación 34514 de 2011, 39391 de 2011, 38558 de 2011, 97798 de 2011, SL 6159 de 2016 y SL 17999 de 2017.

probado que el actor se vio compelido a seguir cotizando por la negativa de la entidad de reconocerle la prestación, pues aunque reclamó su reconocimiento y pago ante la administradora el 10 de octubre de 2017 (*página 75 a 84*), *archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf” expediente digital*) y el 22 de enero de 2018 (*página 87 a 99*, *archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00615 00.pdf” expediente digital*), COLPENSIONES lo que hizo fue requerirlo en varias oportunidades al demandante para gestionar correcciones frente a la información laboral certificada por las entidades públicas –según se advierte del expediente administrativo–, es decir, en ningún momento aludió a fundamento alguno para negarle la prestación al actor y menos aún, le indicó que debía continuar cotizando para completar los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez.

En ese orden, y como con lo incorporado al expediente no hay manera de concluir que las cotizaciones que se hicieron con posterioridad al cumplimiento de los requisitos o de la solicitud de pensión, se efectuaron por razones imputables a la demandada, en virtud de la consulta a favor de la llamada a juicio, debe revocarse parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto ordenó el pago de la prestación por vejez a partir del 11 de octubre de 2017, para en su lugar, se difiere el pago hasta el retiro o la desafiliación del sistema.

En lo que respecta al monto de la mesada, atendiendo lo discurrido de manera precedente, esta Sala se abstiene de liquidarla en esta oportunidad pero, se precisa, la pensión deberá ser calculada por COLPENSIONES conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, tomando como ingreso base de liquidación el promedio de lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento, debidamente actualizado, toda vez que cuenta con más de 1250 semanas de cotización, dependiendo lo que le resulte más favorable, 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 el artículo 141 la Ley 100 de 1993, cuyo pago se ordenó por el juez de primera instancia, debe decirse, como quiera que la obligación a cargo de la entidad demandada no se ha hecho exigible, no puede imponerse su pago a cargo de esta, razón que conlleva a revocar la providencia consultada en este punto.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme las motivaciones que preceden, se revocará parcialmente el numeral PRIMERO y en su integridad el numeral SEGUNDO de la providencia consultada, para en su lugar disponer que COLPENSIONES deberá reconocer a favor del 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 3° del artículo 21 de la ley 100 de 1993 y absolverla de los intereses moratorios rogados.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ y, en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer a favor de EPIFANIO ROJAS ARIAS 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 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 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ y, en su lugar,

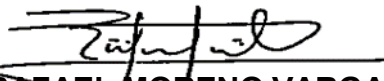
ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su
contra.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS
MENDEZ ARÉVALO CONTRA PORVENIR S.A. (RAD. 06 2019 00564 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 107 109), y PORVENIR S.A (fl 111), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio 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, record: 22:20, CD folio 101, acta folio 100), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: ABSOLVER** a la accionada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

***SEGUNDO: COSTAS** a cargo de la parte actora vencida en el proceso se fija la suma de \$300.000 pesos, por concepto de agencias en derecho.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante la apeló.

Así, de manera preliminar recordó, el precedente jurisprudencial de las altas cortes es vinculante conforme lo analizado en las sentencias C-816 de 2011, enfatizando, el criterio de la Corte Constitucional *“prevalece sobre el precedente jurisprudencial de otras corporaciones judiciales de cierre”* por lo que su desconocimiento constituye una vía de hecho.

Como sustento de la alzada entonces, refiere, la juez de primer grado en su sentencia desconoció el precedente de la Corte Constitucional vertido en las sentencias SU-442 de 2016 y C-045 de ese mismo año, que aluden a la condición más beneficiosa y al *in dubio pro operario*, a partir de las cuales es viable la aplicación de normas derogadas, y en esa medida, asegura, se incurrió en una vía de hecho por cuanto la *a quo* ni siquiera indicó las razones de hecho y de derecho por las cuales no acudió a los mismos.

Del mismo modo, señala, en la providencia se hace mención al dictamen pericial pero se *“omite la caracterización conceptual de la condición más beneficiosa”* que permite la aplicación de la pensión de invalidez *“tras observar que la sucesión de regímenes, normas aplicables al aseguramiento del riesgo ha estado desprovista de esquemas de la transición que protegen las expectativas legítimas, luego entonces se reitera, permite la Honorable Corte Constitucional aplicar las normas más beneficiosa (sic) a favor del trabajador en función del in dubio pro operario, buscando en todos los eventos el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que la misma por estar a cargo de un seguro de conformidad con el artículo 65 de la ley 100 de 1993 (sic) no implica la afectación de los recursos de la seguridad social en esta caso las cotizaciones”*.

Insiste, dicha omisión de relacionar, citar o referenciar algún argumento que practique el principio o lo excluya dentro del debate procesal implica el desconocimiento del dictamen pericial¹ (Audiencia virtual concentrada artículos 77

¹ *“Muchas gracias por el uso de la palabra su señoría, de manera respetuosa de conformidad con el artículo 66 del decreto ley 2158 de 1948 interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia ahora notificada. Como argumento de mi recurso relaciono los siguientes argumentos: Primero de forma previa a la sustentación de los presentes cargos, me permito relacionar a su señoría que de conformidad con la sentencia C-816 del 2011 de la Honorable Corte Constitucional el precedente jurisprudencial de las altas cortes constituye un factor vinculante tanto en sede judicial como en sede administrativa, de la misma forma de conformidad con la sentencia SU 018 de 2019 de la Honorable Corte Constitucional el precedente constitucional de la Corte Constitucional por alcance y aplicación de derechos fundamentales prevalece sobre el precedente jurisprudencial de otras corporaciones judiciales de cierre, por su parte recordando la sentencia SU 195 de 2012 el desconocimiento del precedente jurisprudencial de las altas cortes constituye uno de los factores que concurren en la construcción jurisprudencial denominada vía de hecho, en este caso por desconocimiento del precedente jurisprudencial de una alta corporación, dicho lo anterior y en atención a la sentencia SL.1137 del 2016 sustento mi recurso con base a los siguientes cargos:*

Primer cargo por la vía indirecta conformación de una vía de hecho judicial por desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional conformado por la sentencia SU-442 del 2016 y C-045 del 2016, a partir de los argumentos del obiter dicta de la ratio decidendi relacionado por su señoría dentro de la sentencia ahora relacionada puede evidenciarse que pese a que relaciona la sentencia C-727 de 2009 de la honorable Corte Constitucional, tanto de los argumentos del obiter dicta como de la ratio decidendi omite relacionar la sentencia SU 442 del 2016, dentro del plenario su señoría no se relacionó un argumento, un medio de prueba que permita comprobar de un evento fortuito- fuerza mayor en su contra de conformidad con el artículo 64 la ley 57 de 1987, de la misma forma dentro de los argumentos del obiter dicta como de la ratio decidendi de la sentencia ahora objetada, su señoría no relaciono un argumento que permita analizar o comprobar los elementos de hecho y de derecho por medio de los cuales su sentencia ha omitido el precedente jurisprudencial ahora relacionado, luego entonces la actividad procesal respecto de la relación de este precedente jurisprudencial es de carácter unipersonal, con base en lo anterior recordando la sentencia C-055 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional tanto en sede administrativa como en sede judicial uno de los principios aplicables dentro de la jurisdicción laboral y de la seguridad social es el in dubio pro operario, principio que es precisamente analizado dentro de esta sentencia, se reitera la SU 442 del 2016 de la Honorable Corte Constitucional, en el principio que establece el fundamento de principios constitucionales de la condición más beneficiosa; Principio de carácter constitucional que implica precisamente la aplicación de normas derogadas a favor de la población pensionada o que reclama mejor dicho su pensión, luego entonces teniendo en cuenta la omisión relacionada de conformidad con la sentencia SU-195 de 2012 de la Honorable Corte Constitucional su señoría concurre en uno de los elementos que constituyen la construcción jurisprudencial reconocida como vía de hecho en este caso por vía judicial, teniendo en cuenta que la presente acción es de carácter judicial bajo el módulo del desconocimiento de una alta corte como es la sentencia SU 442 del 2016 sin que dentro del plenario medie algún argumento y/o medio de prueba que permita comprobar la ocurrencia de un evento fortuito de fuerza mayor en contra del despacho y que exculpe la omisión ahora relacionada y/o los elementos de hecho y de derecho por medio de los cuales su señoría ha desconocido el precedente de una alta corporación que se reitera de conformidad con la sentencia SU-018 de 2019 prevalece sobre el precedente jurisprudencial de otras altas corporaciones, teniendo en cuenta que esta sentencia analiza el alcance y aplicación de derechos fundamentales.

y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, record: 22:46, CD folio 101, acta folio 100).

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 JUAN CARLOS MENDEZ ARÉVALO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 5, la cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 a 5, solicitando:

“Primero: Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Decimo (sic) Segundo, del título 1 (hechos) del presente escrito de demanda de forma principal solicito a su señoría: Declare, la omisión integral de los arts. 39 y 65 de la ley 100 de 1993 y de las sentencias No. SU - 442 de 2016 y C - 727 de 2009 de la H. Corte Constitucional, dentro del proceso de reconocimiento de pensión por invalidez, a favor de mi defendido con ocasión de su accidente de origen común, ocurrido el pasado: Trece (13) de Febrero de 2015 y que le degenera en un grado de afectación de las deficiencias igual a: 67,40%. Por parte de la persona jurídica demandada: Sociedad administradora de fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. (Nit. 800.144.331 - 3). Durante el periodo de tiempo comprendido entre: Uno (1) de Marzo hasta Treinta (30) de Mayo de 2019.

Segundo: Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Decimo (sic) Segundo, del título 1 (hechos) en conjunción con el reconocimiento de la pretensión

Segundo cargo por la vía indirecta en este caso desconocimiento del medio de prueba documental con referencia al dictamen pericial de Juan Carlos Méndez Arévalo, dentro del argumento relacionado por el obiter dicta por su señoría señala los siguientes aspectos: “Que la fecha de nacimiento del actor es 09 de agosto de 1991, que su fecha de afiliación es 15 de noviembre del 2012, que la fecha de notificación fue en noviembre del 2018 cuando tenía 27 años, que el accidente ocurrió en febrero del 2015 esto es cuando tenía 23 años” a partir de la evidencia anterior, si bien su señoría relaciona el medio de prueba ahora relacionado les omite la caracterización conceptual del principio de la condición más beneficiosa en el siguiente sentido: Primero señala la Honorable Corte Constitucional en su sentencia SU-442 del 2016 que la condición más beneficiosa prevista en las normas anteriores es la vigente, a la fecha de estructuración de una pérdida igual o superior al 50% de pérdida de capacidad laboral se predica en la medida en que la persona se haya formado una expectativa legítima en la vigencia de la normatividad anterior, que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable, esta jurisprudencial ha aplicado la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes, normas aplicables al aseguramiento del riesgo ha estado desprovista a esquemas de la transición que protegen las expectativas legítimas, luego entonces se reitera, permite la Honorable Corte Constitucional aplicar la normas más beneficiosa a favor del trabajador en función del in dubio pro operario buscando en todos los eventos el otorgamiento de la pensión de invalidez teniendo en cuenta que la misma por estar a cargo de un seguro de conformidad con el artículo 65 de la ley 100 de 1993, no implica la afectación de los recursos de la seguridad social en este caso las cotizaciones y/o una afectación respecto de la administradora de fondos de pensiones al menos dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad como lo es la entidad de la seguridad social, ahora demandada, respecto de esta principio se reitera la caracterización conceptual del principio de la condición más beneficiosa dentro de los argumentos del obiter Dicta omite relaciona, citar y/o referenciar algún argumento que practique el principio y/o lo excluya dentro del debate procesal con base a un argumento de hecho o de derecho de conformidad con la sentencia C-816 del 2011, luego entonces teniendo en cuenta la omisión ahora deprecada la actuación procesal decantada por su señoría implica el desconocimiento del medio de prueba se reitera dictamen pericial de primer oportunidad de Juan Carlos Méndez, con base en los anteriores cargos presento mi recurso de apelación, muchas gracias por el uso de la palabra, muchas gracias.”

del numeral: Primero; del presente escrito de demanda de forma subsidiaria solicito a su señoría: Declare, la conformación de una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo y por desconocimiento del precedente jurisprudencial de una alta corte, dentro del proceso de reconocimiento de pensión por invalidez a favor de: Juan Carlos Méndez Arévalo, por parte de la persona jurídica demandada: Sociedad administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Nit. 800.144.331 - 3). Durante el periodo de tiempo comprendido entre: Uno (1) de Marzo hasta Treinta (30) de Mayo de 2019.

Tercero: *Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Decimo (sic) Segundo, del título 1 (hechos) en conjunción con el reconocimiento de las pretensiones de los numerales: Primero y Segundo; del presente escrito de demanda de forma subsidiaria solicito a su señoría: Ordene, a la persona jurídica demandada: Sociedad administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Nit. 800.144.331 - 3). Reconocer a favor de mi defendido una pensión por invalidez, con ocasión del siniestro ocurrido en su contra el pasado: Trece (13) de Febrero de 2015.*

Cuarto: *Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Decimo (sic) Segundo, del título 1 (hechos) en conjunción con el reconocimiento de la pretensión del numeral: Primero y Segundo; del presente escrito de demanda de forma subsidiaria solicito a su señoría: Ordene, a la persona jurídica demandada: Sociedad administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Nit. 800.144.331 - 3). Cancelar a favor de mi defendido la suma igual a: Cuarenta y tres millones setecientos cuarenta y nueve mil quinientos cincuenta y dos pesos (343.749.552 M./Cte.). A título de pago retroactivo de mesadas pensionales adeudadas.*

Quinto: *Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Decimo (sic) Segundo, del título 1 (hechos) en conjunción con el reconocimiento de la pretensión del numeral: Primero y Segundo; del presente escrito de demanda de forma subsidiaria solicito a su señoría: Ordene, a la persona jurídica demandada: Sociedad administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Nit. 800.144.331 - 3). Cancelar a favor de mi defendido la suma igual a: Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil ochocientos treinta y siete pesos con sesenta y cuatro centavos (\$15.854.837,64 M./Cte.). A título de pago de intereses por no pago de mesadas pensionales.*

Sexto: Quinto: (sic) *Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Decimo Segundo, del título 1 (hechos) en conjunción con el reconocimiento de la pretensión del numeral: Primero y Segundo; del presente escrito de demanda de forma subsidiaria solicito a su señoría: Ordene, a la persona jurídica demandada: Sociedad administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Nit. 800.144.331 - 3). Cancelar a favor de mi defendido la suma Igual a: Cuatro millones ciento cuarenta mil quinientos ochenta pesos (\$4.140.580 M./Cte.). A título de compensación de los perjuicios morales causados en su contra.*

Séptimo: *De forma principal solicito a su señoría condene a la demandada respecto de las agencias en derecho causadas dentro del particular.*

Octavo: *De forma principal solicito a su señoría condene a la demandada respecto de las costas procesales causadas dentro del presente proceso.”*

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado que el demandante no acreditaba los requisitos previstos en la norma para hacerse acreedor a la prestación por invalidez, particularmente el de semanas de cotización. Sobre este aspecto, anotó, al actor le era aplicable la sentencia C-020 de 2015 que declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo primero del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, sin embargo no acumuló 26 semanas en el año anterior a la fecha de estructuración ni tampoco a la data anterior al dictamen.

Así pues, atendiendo los términos en que fue formulada la alzada, no es objeto de discusión en esta instancia que JUAN CARLOS MENDEZ AREVALO tiene una pérdida de capacidad laboral del 67.40% de origen común estructurada a partir del 13 de febrero de 2015, según se advierte del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 3300829 del 1 de noviembre de 2018 emitido por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. (folios 15 a 21).

Del mismo modo, tampoco se discute que para la calenda en que se estructuró su invalidez, el actor contaba con 23 años de edad, como quiera que nació el 9 de agosto de 1991 tal como se verifica de la copia de la cédula de ciudadanía incorporada a los autos (pág. 8, CD folio 54).

Igualmente, no se controvierte que JUAN CARLOS MENDEZ se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad del sistema general de seguridad social en pensiones el 15 de noviembre de 2012 y que cotizó un total de 163 días para los ciclos comprendidos entre noviembre de 2012 y septiembre de 2013, equivalentes a 23,28 semanas, según se observa en la relación de aportes allegada por PORVENIR (folio 104²), por lo que no cumplió con las 26 semanas dentro del año anterior a la fecha de estructuración de la PCL, exigidas por el parágrafo 1 del artículo 1 Ley 860 de 2003, el cual le resulta aplicable atendiendo la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en sentencia C-020 de 2015, por tener menos de 26 años a la fecha de estructuración de su invalidez.

Pues bien, para resolver lo pertinente resulta oportuno precisar, aunque la apelación no resulta ser un dechado de virtudes, entiende la Sala que los argumentos del demandante están dirigidos a obtener por parte de esta Corporación un análisis respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en su caso particular, sobre el cual nada se dijo en la sentencia objeto de reproche.

En todo caso, armonizado el recurso con los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan el líbello introductor, la intención del promotor del juicio es que se dé prevalencia al derecho a la seguridad social y se proceda al reconocimiento de la pensión de invalidez a pesar de que no cuenta las semanas mínimas requeridas por la norma, pues en su entender, estas pueden completarse con un bono

² Documento extraído del CD que milita a folio 54, el cual fue impreso para mayor claridad.

pensional que debe ser emitido por la Nación “*Ministerio de la Protección Social*” para satisfacer la garantía de pensión mínima (folio 7³).

Precisado lo anterior, téngase en cuenta es, en principio, bajo la legislación imperante al momento de estructurarse la invalidez que se reglamenta el derecho pensional por ser la fecha de dicha estructuración la que define la normatividad aplicable. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencias con radicación 210714 del 27 de enero de 2004 y 22861 del 3 junio de 2004, por lo que, inicialmente, en el caso de autos la disposición aplicable, se insiste, sería el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por la Ley 860 de 2003, en tanto JUAN CARLOS MENDEZ AREVALO estructuró su invalidez el 13 de febrero de 2015.

No obstante ello, esa misma Corporación también ha enseñado que cuando en el cambio normativo el legislador no haya previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, tal y como aconteció respecto de la pensión de invalidez al expedirse la Ley 860 de 2003, si se cumplen las exigencias de la preceptiva inmediatamente anterior, en el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una **expectativa legítima**.

En términos del órgano de cierre de esta jurisdicción, el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características, a saber: i) Es una excepción al principio de la retrospectividad; ii) opera en la sucesión o tránsito legislativo; iii) procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro; iv) entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva; v) entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, *verbigracia*, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada, y vi) respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

³ “(...)

7.1. A partir de la relación de la norma derogada, dentro del particular. En (sic) función de los principios de favorabilidad y sostenibilidad en materia pensional; (sic) y en atención al grado de afectación de las deficiencias de mi defendido, es plausible aplicar a su favor la norma anterior, sin importar si esta ha sido derogada, teniendo en cuenta que las semanas de cotización faltantes con la norma vigente, para que mi defendido acceda a su reconocimiento pensional es igual a: tres (3) (sic) semanas de cotización, las cuales pueden ser suplidas por la demandada mediante la solicitud de reconocimiento de bono pensional ante la entidad: Nación- Ministerio de la Protección Social, por el valor de las semanas faltantes para alcanzar el reconocimiento de una pensión mínima, como bien lo regula el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y de esta forma garantizar la sostenibilidad del sistema” (Negrilla y subrayas de la Sala).

⁴ “Tal y como lo ha señalado esta Sala, es la fecha de estructuración de la invalidez la que define la normatividad reguladora de la pretensión implorada, habida consideración a que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempló un régimen de transición con relación a las pensiones por invalidez”.

En ese orden, la condición más beneficiosa se estructura como un mecanismo que procura minimizar la rigurosidad de la aplicación irretroactiva de la Ley, amparando a aquellas personas con expectativas legítimas, que tienen una situación jurídica concreta correspondiente a la acreditación de las semanas mínimas que requiere la norma derogada para acceder a la prestación, en este caso de invalidez, cuya aplicación, por tratarse de una excepción a la regla general es de carácter restringido y temporal.

Así, en sentencia SL2358-2017, la Corte Suprema regló la aplicación del principio de la condición más beneficiosa cuando la estructuración de la invalidez sobreviene bajo la égida de la Ley 860 de 2003, determinando que solo es posible diferir los efectos de la mencionada regulación hasta el 26 de diciembre de 2006, esto es, por 3 años luego de su vigencia. Así mismo, explicó cómo opera la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, dependiendo de si el afiliado se encontraba cotizando o no al momento del tránsito legislativo (26 de diciembre de 2003), así:

“D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003

Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de las Leyes 797 y 860 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de invalidez, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, per secula seculorum, la protección de «derechos que no son derechos», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.

Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 860 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia invalidez de origen común puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la invalidez.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 26 de diciembre de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 860 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 860 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección

que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.

- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.*

Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.*

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cubre tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta.

Atendiendo los referidos argumentos jurídicos y fácticos, en el examine se observa que la fecha de estructuración de la PCL se fijó mediante dictamen No. 3300829 del 11 de noviembre de 2018, el día **13 de febrero de 2015** (folios 17 a 21), es decir, con posterioridad al 29 de diciembre de 2006, por lo que no podría ser acreedor a la aplicación de la condición más beneficiosa por el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, aun si hubiese gozado de una situación jurídica concreta (expectativa legítima), con la cual, valga decir, tampoco contaba el actor pues para el momento del tránsito normativo al que se hace alusión ni siquiera había sido afiliado al sistema, pues, de acuerdo al reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (Cd folio 54, archivo 2, página 3) su vinculación inicial al sistema de pensiones ocurrió el 15 de noviembre de 2012 mediante la afiliación a la AFP PORVENIR, en la cual permanece vinculado a la fecha, sin que se adviertan cotizaciones o tiempos de servicios anteriores a dicha data (ver folio 104 y CD folio 54).

Bajo tal estructura, como quiera que no se verifican la concurrencia de los supuestos para la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa, conforme la línea trazada por la Corte Suprema de Justicia, es claro que lo pretendido por el actor no tiene vocación de prosperidad.

Es importante en este punto referir, la jurisprudencia tenida en cuenta por esta Sala de Decisión para desatar la controversia resulta persuasiva por emanar del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, además, se trata de una postura que ha asumido esta Corporación en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en dicho criterio apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática.

Asimismo, no está de más acotar, aún si se acogiera la concepción sostenida por la Corte Constitucional en la SU442-2016, según la cual en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se habilita la realización de una búsqueda histórica dentro de las disposiciones que han regulado lo relativo a la pensión de invalidez, esto es, no existe límite temporal para determinar la norma pensional aplicable, tampoco sería factible el estudio de la prestación aquí reclamada al tenor de esas disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 porque en el

entendimiento de esa Corporación, para que ello sea posible, también se requiere que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, situación ésta que, como se analizó, no concurre en el caso de autos dada la calenda en que se produjo la vinculación inicial.

Por otra parte, debe aclarar la Sala al actor que la garantía de pensión mínima prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, no tiene como propósito completar las semanas mínimas requeridas por el afiliado para acceder a alguna prestación a cargo del sistema de pensiones, ni siquiera en el régimen de ahorro individual, como al parecer lo entiende la parte actora, pues ésta en realidad se trata de una alternativa para aquellos afiliados que no cuentan con el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 64 de esa misma disposición, precisándose, para que proceda su reconocimiento deben converger algunos requisitos como la edad y semanas de cotización.

De igual forma, tampoco puede ajustarse el número de semanas requeridos por el demandante a partir del reconocimiento de un bono pensional, por cuanto, si bien estos están concebidos como instrumentos de deuda pública, los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 *“constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”*, solo se causan *“desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales, legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación”*⁵, esto es, surgen como consecuencia de un traslado bien de las obligaciones de los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de pensiones ora de régimen pensional, circunstancias estas que no se presentan en el caso bajo examen, de allí que no haya lugar a que se emitan a su favor los mismos.

Con todo, conforme los razonamientos vertidos por esta Sala de Decisión, es claro que el demandante no cumple con los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 ni con aquellos previstos para la habilitación del principio de la condición más beneficiosa, por lo que no puede obtener un resultado favorable a sus aspiraciones. Al punto, se destaca, en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el 13 de febrero de 2012 y el 13 de febrero de 2015, solo aparecen reportadas 23,28 semanas, debiendo en dicho interregno contar con un mínimo de 50 periodos semanales según la disposición en cita, adicionalmente, con ello tampoco reúne las condiciones previstas en el parágrafo 2° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1o de la Ley 860 de 2003, pues solamente registra un total de 23,28 semanas en toda su vida laboral, cantidad muy inferior al 75% de las exigidas para acceder a la pensión de vejez. Y, finalmente, el promotor nació el 9 de agosto de 1991 (*página 8, archivo 1, CD folio 54*), por lo que a la fecha de estructuración del estado de invalidez – 13 de febrero de 2015- contaba con 23 años-, por lo que,

⁵ Problemas Actuales de la Seguridad Social Bonos Pensionales, Fernando Castillo Cadena, Editorial Ibáñez, Universidad Javeriana.

aunque le es aplicable la condición especial prevista para la población joven regulado en el parágrafo 1o de la misma norma, por serle extensivos los efectos de la decisión de exequibilidad CC C-020-2015 del 21 de enero de 2015, que amplió dicho beneficio a los menores de 26 años, en el año anterior a la estructuración de invalidez no cuenta con ninguna semana cotizada.

De lo que viene de exponerse entonces, y ante la improsperidad de los reclamos del demandante, habrá de confirmarse la providencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

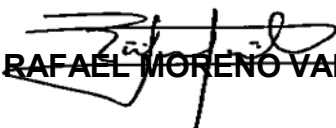
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

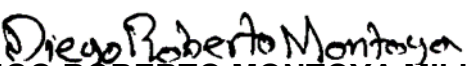

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000, cada uno, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO ASDRUBAL
VÁSQUEZ MANOSALVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 06 2019 00945 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (fl 63 64), 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 grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de junio de 2021 (Cd. fl. 58, record 15:09 acta a folio 57), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de \$300.000 pesos por concepto de agencias en derecho.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIRO ASDRUBAL VÁSQUEZ MANOSALBA, las pretensiones elevadas a folio 5, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 5 y 6, solicitando se declare que COLPENSIONES no liquidó en debida forma su pensión de vejez, pues no tuvo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas al sistema general de pensiones. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar su prestación actualizando el ingreso base de liquidación con la variación anual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, sobre un porcentaje equivalente al 79,79% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que cotizó 1760 semanas, cancelando las diferencias entre lo que se ha debido pagar y lo pagado hasta la fecha debidamente indexadas, junto con los intereses correspondientes. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el actor. Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado que la liquidación efectuada por COLPENSIONES se ajustaba a los parámetros del artículo 797 de 2003, resaltando, la liquidación efectuada por el Despacho arrojaba una tasa de reemplazo levemente inferior a la considerada por la administradora para el reconocimiento de la prestación.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que el actor se encuentra pensionado desde el 1 de junio de 2019 conforme lo señala la Resolución SUB135875 del 31 de mayo de 2019 (folios 10 a 12), por encontrar satisfechos los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$5.219.129, la cual resulto de aplicar una tasa de reemplazo del 74,79% a un IBL de \$6.978.378.

Tampoco se controvierte que dicha prestación fue reliquidada únicamente frente a su cuantía mediante acto administrativo No. SUB194502 del 23 de julio de 2019 (folios 19 a 22) en suma de \$5.225.013.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional del demandante se otorgó en virtud de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años por ser el más favorable y atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, situaciones que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, particularmente del demandante quien frente a este aspecto no refirió inconformidad alguna en el libelo introductorio, se procede a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva, específicamente en lo que toca a la tasa de reemplazo empleada para calcular la prestación, para con ello establecer si se encuentra correcto el valor obtenido.

Así las cosas, en lo que toca a la tasa de reemplazo aplicable al caso de autos, valga anotar, esta se debe liquidar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, norma que en su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente. A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se

incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo.
El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

De conformidad con la regulación en cita, la tasa de reemplazo corresponderá a la suma del valor que resultare de la aplicación de la fórmula allí prevista y la cifra adicional que se obtenga de aplicar el 1,5% por cada 50 semanas cotizadas de manera adicional a las mínimas requeridas para acceder al derecho pensional, si las hubiere.

En ese orden, teniendo en cuenta que de acuerdo con el acto administrativo de reconocimiento pensional (folios 10 a 12) el demandante cotizó un total de 1756 semanas al 34 de mayo de 2019, cantidad que se acompasa con lo indicado por el convocante en la demanda, efectuados los cálculos de rigor se obtiene lo siguiente:

IBL: \$6.987.180¹

SALARIO MÍNIMO 2019: \$828.116²

R= 65,50% - (0,50 x(S))

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

S= \$6.987.180 (IBL) / \$828.116 (SMLMV 2019) = **8,42681219**

R= 65,5% - 0,50 x (8,42681219) = **61,286%**

PORCENTAJE ADICIONAL:

TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 1760

¹ Promedio de los últimos 10 años, tomada en cuenta por COLPENSIONES al momento de liquidar la prestación en la resolución No. SUB194502 del 23 de julio de 2019 (folios 19 a 22) la cual no es objeto de la discusión.

² Fijado mediante Decreto 2451 del 27 de diciembre de 2018.

SEMANAS REQUERIDAS PARA PENSIÓN: **1300**

DIFERENCIA: **460**

$$\rightarrow 460/50 = 9,2$$

$$\rightarrow 9^3 \times 1,5\%^4 = \mathbf{13,5\%}$$

$$\text{TASA DE REEMPLAZO: } 61,286\%^5 + 13,5\%^6 = \boxed{\mathbf{74,787\%}}$$

Como se ve, la tasa de reemplazo que corresponde en el caso del actor es del 74,78% la que aplicada al IBL de \$6.987.180 arroja una mesada pensional de **\$ 5.225.013**, suma que coincide con la obtenida por COLPENSIONES.

En ese orden de ideas, al ya haberse dispuesto por COLPENSIONES la reliquidación conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 sin que pueda incrementarse la tasa de reemplazo que por ley le corresponde al actor, no pueden hallar prosperidad sus anhelos.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, procediendo a la confirmación de la sentencia de primer grado.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

³ (Número de veces en que completó 50 semanas adicionales a las 1300 -mínimas requeridas para pensión-)

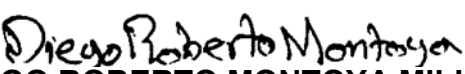
⁴ (porcentaje a incrementar por cada 50 semanas adicionales)

⁵ Resultado (R)

⁶ Porcentaje a adicionar.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS GERZAN
RODRIGUEZ ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD.
07 2019 00513 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de agosto de los corrientes (fl. 7).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fl. 4-5) y PORVENIR S.A. (fl. 11-13), 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., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de

consulta a favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 29 de junio de 2021 (Audiencia virtual de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “28AudioSentencia.mp4”, expediente digital, récord 44:12) en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante LUIS GERZAN RODRIGUEZ ROJAS con la AFP PROTECCION el 28 de agosto de 1994 contenida en formulario No. 0222848. Igualmente se **DECLARA** de la afiliación realizada entre el demandante con los fondos HORIZONTE y PORVENIR.*

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

***TERCERO:** Igualmente se **CONDENA** a **PORVENIR** y **PROTECCION** a **DEVOLVER** todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.*

***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en 1985.*

***QUINTO:** Dadas las resultadas del proceso se **DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por los fondos demandados.*

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

***SÉPTIMO:** Ordénese la **CONSULTA** de esta sentencia ante el superior a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación, y así el superior revise la legalidad de lo decidido.”*

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

Inicialmente, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de la alzada, arguye, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la presencia

de alguno de los vicios del consentimiento previstos en el artículo 1740 del Código Civil y de encontrarnos frente a un error de derecho, este no tendría la fuerza para provocar la ineficacia del acto jurídico celebrado por el actor con el fondo privado.

Por otro lado, recuerda, existen obligaciones recíprocas, particularmente, el deber del consumidor financiero de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos para capacitarse y enterarse de su funcionamiento, conforme lo prevé el Decreto 2241 de 2010, en apoyo de lo cual refiere a la sentencia proferida por esta Corporación dentro del radicado “2018 445”, en la que se precisa que el afiliado no puede trasladarse cuando le falten diez años o menos para adquirir su pensión de vejez y se hace una interpretación del artículo 1750 del Código Civil sobre el “*saneamiento y la ratificación de los demandantes de permanecer en los fondos privados*”, razones que, en su sentir, hacen inviable el querer del actor de que se declare una nulidad o ineficacia cuando observó que su pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, debiendo por tanto someterse a las condiciones del régimen que eligió.

Advierte, debe la Sala pronunciarse respecto de la descapitalización del sistema, anotando, al plenario se allegó cálculo de rentabilidad en el que se puede evidenciar lo que financieramente le representa a la entidad reconocer una prestación luego de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, con lo que se quiebra el principio de sostenibilidad financiera al que se refiere el artículo 48 de la Constitución Política¹ (*Audiencia virtual de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del*

¹ “Gracias su señoría me permito interponer y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia instaurado por mi representada con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revóquela decisión tomada por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada.

Ahora bien, es pertinente mencionar señores magistrados que dentro del expediente no obró prueba alguna que demostrara que estamos en presencia del vicio del consentimiento, consagrado en el artículo 1740 del Código civil, esto es el error la fuerza o el dolo, nos encontramos frente a un error de punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado por no tratarse de un error dirimente que es aquel que afecta por esencia la validez de un acto y lo anula su rescisión judicial, es pertinente mencionar señores magistrados la interpretación que se está dando del artículo 1604 del código civil, dentro de este artículo lo que tiene que ver la corte que hace relevancia de la responsabilidad en cabeza de los fondos la convierte objetiva, toda vez que no le exige al demandante que demuestre la existencia de algún vicio el error, fuerza o dolo al momento de afiliarse pero si demuestra que la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado sin que exista un menor esfuerzo por parte de los demandantes.

Es pertinente también manifestar señores magistrados que existen obligaciones recíprocas por parte de los demandantes; en este punto resalto el decreto 2241 del 2010 que establece el régimen de protección del consumidor en su artículo cuatro existen deberes también por parte de los demandantes, uno de ellos es informarse adecuadamente del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de información y capacitación para conocer los funcionamientos del sistema general de pensiones, es así también señores magistrados que traigo a colación uno de los pronunciamientos del tribunal superior de la sala laboral

C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “28AudioSentencia.mp4”, expediente digital, récord 46:24).

Por su parte, PROTECCIÓN, se refiere únicamente a la condena a la devolución de los gastos de administración, indicando, la deducción de dineros que se hiciera por ese concepto de la cuenta de ahorro individual del demandante se efectuó en virtud de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente, más no por capricho de esa administradora de fondos de pensiones, por lo que se trata de comisiones causadas y pagadas como consecuencia de la administración de los recursos del actor.

Sobre ello, considera además, de concluirse que esa AFP no realizó su gestión de administración y se disponga la devolución de esos dineros a COLPENSIONES, deben serle reintegrados los rendimientos generados mientras el actor estuvo afiliado a esa sociedad y que fueron entregados a PORVENIR al momento de traslado entre administradoras, toda vez que estos se generaron como producto de la buena gestión que adelantó.

donde manifiesta en radicado 2018 445 del 30 de julio del magistrado ponente David Correa hace la interpretación del artículo 02 de la ley 797 de 2003 donde manifiesta que no podrá trasladarse los afiliados cuando les falten diez años o menos para concurrir a su pensión y a su vejez, hace una interpretación del artículo 1750 del código civil del saneamiento y la ratificación de los demandantes de permanecer a los fondos privados, es así que no es viable que ahora el demandante pretenda una nulidad o una ineficacia jurídica después de que observo de que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema que optó

Frente al principio de la descapitalización del sistema pensional es pertinente manifestar señores magistrados que los principios son de fuerza legal y constituidos en nuestro ordenamiento jurídico es por eso que le solicito pronunciarse respecto al principio de la descapitalización y junto a este principio se allego al despacho cálculo de rentabilidad donde se puede observar lo que realmente le genera a mi representada el trámite de una pensión frente a los demandantes, es por eso que en la actualidad en las decisiones tomadas por los despacho judicial al declarar la nulidad o ineficacia jurídica señores magistrados quiebra el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la constitución política, modificado también por el acto legislativo 01 del 2005 pues genera una situación caótica que lo que hace es quebrar el tema del pago de las pensiones de las personas que venían aportando y ayudando al sistema de sostenimiento del régimen de prima media, es por eso que manifiesto también que señores magistrados recordar sentencias como la 1024 del 2004, la SU 062 del 2010, la SU 130 DEL 2013 donde la corte manifiesta que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados, dando que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaración injustificada del traslado del RPM al RAIS afecta directamente la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados situados también en sentencias como T 489 de 2010, donde manifiesta que no se permitirá la descapitalización al fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen del último momento cuando les falte diez años para completar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario y accediendo a una pensión cuyo pago desfinanciaría el sistema pensional, es por lo anteriores argumentos señores magistrados que no se debe declara la nulidad ni la ineficacia del traslado, pues en ultimas será el patrimonio público el cual entre a pagar las pensiones que llegue a percibir los demandantes ya dado que el ahorro individual no ayudo a financiar las pensiones de los demás pensionados del RPM, es por esos señores magistrados que dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias su señoría.”

Igualmente, aduce, como efecto de la nulidad o ineficacia del traslado, las cosas deben volver a su estado anterior y bajo esa premisa, solo deben trasladarse los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, sin rendimientos, porque estos se generan exclusivamente en el RAIS y de permanecer afiliado en el régimen de prima media no los hubiera obtenido.

En lo que toca al seguro previsional, manifiesta, el dinero fue girado a una aseguradora para cubrir las contingencias por *sobrevivencia* e invalidez, cancelando una suma mensual durante la vigencia de la afiliación del actor y en esa medida, se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y trasladar los dineros a COLPENSIONES² (*Audiencia virtual de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “28AudioSentencia.mp4”, expediente digital, récord 51:55*).

Finalmente, PORVENIR sostiene, es una tercera de buena fe que presumió que al demandante ya se le había informado sobre las características, requisitos y condiciones del RAIS pues intervino en un traslado horizontal, el cual, dice, si bien le implica cumplir con una carga de información, esta no es tan exigente “*como cuando se está realizando un traslado de régimen pensional*”.

² “Gracias señor juez y honorables magistrados de la corte estando dentro del término procesal interpongo recurso de apelación al numeral tercero en cuanto a condena de devolución de los gastos de administración S.A dentro del presente proceso el cual sustento de la siguiente manera:

Se debe tener en cuenta que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante por ese concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable, vigente no por capricho de mi representada se trata de comisiones ya pagadas y causada dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante en el hipotético caso de que Protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de todos estos conceptos a Colpensiones debe proceder entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a mi representada y que se trasladaron a la AFP Porvenir en el momento en que el demandante hizo el traslado a dicha AFP, pues estos se generaron producto de la gestión y la buena administración y en este sentido solo habría lugar a que se declare que se trasladen los aportes pero sin los rendimientos generados, además en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados al momento de la declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin los rendimientos, ya que estos son exclusivamente generados en el RAIS por mandato de la ley, de haber estado afiliado todo ese tiempo bajo el régimen de prima media no hubiera ostentado tales rendimientos.

Frente a la prima de seguro previsional se debe manifestar que ésta ya fue girada a una aseguradora que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o de invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive la mencionada prima fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de la afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el contrato suscrito entre la parte demandante y protección, en los anteriores términos dejo planteado mi recurso de apelación, muchísimas gracias.”

Indica, de conformidad con la sentencia SL4806 de 2020, habrá ineficacia de la afiliación cuando con ella se generen lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, como impedirle su derecho pensional, situación no acreditada en el presente asunto, anotando, la diferencia en el valor de la mesada pensional no puede entenderse como una *“lesión injustificada del derecho”*.

De otro lado, de no revocarse la determinación de primer grado, solicita se revoque en lo atinente a los gastos de administración y pago de seguros previsionales, toda vez que estos tienen, por mandato legal, una destinación específica y, en este caso, se cumplió con el cometido legal pues durante el tiempo que el demandante ha estado afiliado a ese fondo dichas sumas de dinero fueron invertidas en los términos que la ley exige y, por ende no se encuentran en su poder.

Asegura, carece de todo sentido y no se ajusta a las reglas que gobiernan las restituciones mutuas entratándose de nulidad o ineficacia, el devolver unos dineros que invirtió para mantener el mismo y que, actualmente, se encuentran agotadas o extintas.

Sobre la materia, adicionalmente, destaca el concepto vertido por la Superintendencia Financiera en la que opinó que los traslados de recursos deben efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, esto es, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, esto es, remitiendo únicamente el valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, lo correspondiente a la garantía de pensión mínima y respetando los demás dineros destinados para la gestión y administración³ (*Audiencia virtual de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del*

³ “Su señoría muchas gracias estando dentro del término procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho, motivo por el cual a partir de este momento me dirigiré a los honorables magistrados del Tribunal, muchas gracias

Honorables magistrados en primera medida es necesario poner de presente que la figura en la cual se encuentra vinculada mi representada dentro del presente proceso, como quiera que resulta ser un proceso de buena fe que presumió que al demandante ya se la había informado sobre las características y los requisitos y condiciones inherentes al RAIS, por lo cual pues lo que se estaba presentando en esta situación era un traslado horizontal el cual si bien es cierto se exige que se cumpla con la carga de información, la cual en efecto se cumplió pues resulta ser que no es tan exigente como cuando se está realizando un traslado de régimen pensional, en este sentido debe tenerse presente que por parte de los asesores comerciales de Porvenir en todo momento se mencionan los beneficios más importantes del RAIS como lo son que los herederos pueden disponer del capital en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital pagado para pensionarse que si cuenta con 1030 semanas de cotización para acceder a la garantía de pensión mínima y que si el monto de la pensión llega ser superior al 70% de su IBL puede disponer de sus IBL de libre disposición

Así mismo honorables magistrados es necesario ponerles de presente la sentencia SL 4806 del 2020 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral con magistrado ponente Gerardo Botero Zuluaga en la cual se estableció que habrá ineficacia de la afiliación siempre y cuando la insuficiencia de información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso al derecho y nótese como en el presente caso honorables magistrados brilla por su ausencia una lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado, así como tampoco el impedimento de su acceso al derecho, lo anterior como quiera que no es dable por la ley entender que la diferencia del valor de la mesada pensional pueda entenderse como una lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado, esto teniendo en cuenta la sentencia C.086 de 2002 de la Corte Constitucional que ha establecido que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene como finalidad preservar el equilibrio cuota/prestación por el contrario la finalidad es atender las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios situación que se ha presentado con total regularidad hasta el día de hoy independientemente del régimen en que se encuentre afiliado el demandante

Ahora bien honorables magistrados en caso de que la decisión por parte de ustedes resulte ser contraria a revocar en su integridad el fallo de primera instancia solicito sea modificado de forma parcial en lo relacionado con gastos de administración y pagos de seguros previsionales, esto como quiera que los gastos de administración tiene por mandato legal una destinación específica y en el presente caso se cumplió plenamente con su cometido, pues mientras el demandante Rodríguez rojas estuvo afiliado en el RAIS estas sumas de dinero se invirtieron en la forma en que la ley así lo exige y ya no se encuentran en poder de mi prohilada, pues como se indicó fueron destinadas a cubrir todos los gastos que conllevaban la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, rentabilidad que debe decirse resulta superior a la que se puede encontrar en cualquier otro instrumento del sistema financiero, carece de todo sentido y no corresponde con las normas legales Honorables magistrados que gobierna las restituciones mutuas en caso de nulidades o ineficacia de actos jurídicos que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien que en este caso son unas sumas de dinero, deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y en este caso puntual, incrementarlo en cumplimiento de un mandato legal que mi representada se encuentra obligada a acatar por lo tanto estas sumas de dinero que están destinadas a gastos de administración se encuentran agotadas o extintas pues se destinaron al cumplimiento de su objeto que no es otro que manejar el fondo y las cuantías individuales, no se encuentran en deber de mi prohilado pues por exigencia legal estaba obligada a invertir las en obtención de esa rentabilidad mínima que también está obligada a garantizar, en este mismo orden de ideas Honorables magistrados tampoco es procedente que esta administradora deba restituir las sumas que pago por conceptos de primas de seguros previsionales por lo que nuevamente ya no se encuentran en el poder de mi prohilada sino en el de la compañía aseguradora que fue contratada para que se ejerciera esta cobertura, la destinación de esta suma de dinero también cumplió su objetivo y en consecuencia se encuentra agotada o extinta. La cobertura que brindo la compañía de seguros ya se hizo efectiva y por esto no puede retrotraerse en el tiempo pues es material y jurídicamente imposible, por esta misma razón y teniendo en cuenta que incluso si se retornara esta suma de dinero no cumple ningún objetivo en el RPM pues no existe necesidad en este régimen de contratar seguros previsionales como si está obligada en hacerlo mi representada en el RAIS. En este sentido debe de ponerse de presente lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia entidad que vigila entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades la de emitir conceptos a doctrinales, en este sentido el concepto del 15 de enero del 2020 estableció que “ Se expresa igualmente que toda decisión judicial o administrativa de traslado de régimen pensional debe tener en cuenta los objetos constitucionales de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, en segundo lugar el mantenimiento del orden legal, en tercer lugar en que estas decisiones deben apoyarse en criterios técnicos que determinen que no se va a generar una afectación en el RPM, esto último a la luz de principios constitucionales de Universalidad y eficacia” así mismo opinó esa superintendencia en lo que tiene que ver con traslados de recursos deben de efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que no es otro que el artículo séptimo del decreto 3995 de 2008, disposición normativa que deberá aplicarse en todos los casos en los que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos que en efecto incluyen las restituciones que deben hacerse cuando se ordena como en el caso particular la ineficacia del traslado” en ese sentido afirma la superintendencia que la normatividad existente permite inferir que en caso de necesitar un traslado de recurso de régimen de ahorro individual a prima media lo procedente además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral de la afiliada, es el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que en efecto se están trasladando a la administradora de destino así mismo opino que en atención al porcentaje de la prima de seguro previsional, ésta ya fue sufragado y la administradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo que no se considera viable el traslado de los recursos” en ese sentido y como en resumen tanto el pago de seguros previsionales como los gastos de administración no deberán ser trasladados de régimen de prima media y de prestación definida

C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “28AudioSentencia.mp4”, expediente digital, récord 54:00).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS GERZAN RODRIGUEZ ROJAS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (página 6, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 5, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital), aspirando se deje sin efecto ni eficacia jurídica su traslado a los fondos de pensiones PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para de esta forma el demandante regrese al sistema de régimen de pensiones de prima media con prestación definida que administra Colpensiones. En consecuencia se disponga a las demandadas su traslado al RPM con el consecuente traslado del capital ahorrado, precisando, de existir alguna diferencia en relación con el capital que deba recibir COLPENSIONES para poder reconocer la pensión de vejez, autorice al demandante pagar dicho capital. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e interés y rendimientos. Además, le ordenó a las administradoras devolver los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales, debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente al actor al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se

como quiera que durante el periodo de la afiliación la AFP Cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez vejez y muerte y es decir se invirtieron conforme la estructura de régimen de ahorro individual, en ese sentido su señoría dejó sustentado el recurso de apelación, muchas gracias”.

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 2002⁴.

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 20 de julio de 1958 (página 66, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de mayo de 2019 (páginas 61 a 62, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 60 años-, 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, contaba apenas con 244 semanas cotizadas que corresponden a 4,6 años (historia laboral expedida el Ministerio de Hacienda, páginas 17 y 18, archivo “04PruebasPorvenir.pdf”, 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.

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”.

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 **28 de agosto de 1994** (páginas 218 y 219, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN y el registro SIAFF expedido por ASOFONDOS.

Para solventar ello, es preciso 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 elemento, se incurriría en un vicio que invalidaría el negocio 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

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

relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al

privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su

afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa dicho acto jurídico 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 uno u otro régimen y los requisitos legalmente establecidos en prima media para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que los diferencian. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

acredita el suministro de información al accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues se limitó a indicar que el asesor del fondo le manifestó que el ISS se iba a acabar y que podría pensionarse anticipadamente si cotizaba sobre un mayor valor.

El deber de información tampoco deviene probado con el interrogatorio de la representante legal de PROTECCIÓN⁸ toda vez que no le consta directamente lo indicado por el asesor al actor al momento de la afiliación y solo cuenta con el formulario de afiliación como soporte de la asesoría brindada al convocante.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (pág. 218, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente virtual), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al promotor del juicio se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa (páginas. 232 a 234, *ibídem*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de

⁷ Audiencia realizada el 12 de mayo de 2021, récord 06:44, archivo “23AudioArt.80cpl.mp4”, expediente digital.

⁸ Audiencia realizada el 12 de mayo de 2021, récord 42:08, archivo “23AudioArt.80cpl.mp4”, expediente digital.

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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PROTECCIÓN proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se *“deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a PROTECCIÓN S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea”*.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de agosto de 1994), 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, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca existió.

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

Así entonces, en la ineficacia del traslado de régimen pensional no tiene incidencia que se haya seleccionado una segunda administradora pues esto no sanea el traslado ineficaz que se hizo, toda vez que, al decretarse el acaecimiento de tal figura, esa declaratoria afecta a todas las AFP que se hayan sucedido desde la inicial a la cual se hizo el traslado.

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 y PROTECCIÓN, 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 (...)”.

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.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁹ (página 165 a 166, archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital), baste 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. . 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:

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 9 de marzo de 2021, archivo “08AutoTienePorContestada.pdf”, expediente digital.

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, razones por las cuales de acuerdo con las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

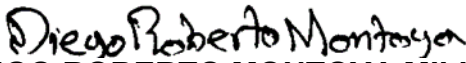
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7 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

(En uso de permiso)

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

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

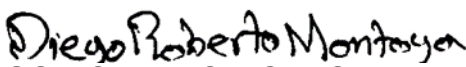
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS ALFONSO TRUJILLO LONDOÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2019 00739 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA, en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 3 de agosto de los corrientes (fl. 13 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PROTECCION S.A. (fl. 5-8), PORVENIR S.A (fl 18 21) y COLPENSIONES (fl 10 13), 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Primera Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el pasado 13 de julio del 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 1:38:33, acta archivo 10 expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado que realizo el señor CARLOS ALFONSO TRUJILLO LONDOÑO identificado con cedula de ciudadanía No 19.249.384 del Régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A traslado que se efectuó el 22 de marzo de 1995, al igual que el traslado realizado a la AFP Protección conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante CARLOS ALFONSO TRUJILLO LONDOÑO identificado con cedula de ciudadanía No 19.249.384, al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiese trasladado, conforme a lo aquí expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP Protección S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ALFONSO TRUJILLO LONDOÑO identificado con cedula de ciudadanía No 19.249.384, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración con destino, ya como lo dije a Colpensiones, conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada esto es Colpensiones, Porvenir y Protección S.A a favor del demandante, se fija como \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades accionadas ya referenciadas.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión remítase el expediente al Honorable tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones.”

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

PROTECCIÓN apela únicamente el tema de la condena de la devolución de los gastos de administración, señalando tal orden constituye un enriquecimiento sin

justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión de administración que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, aduciendo igualmente frente a tales gastos de administración opera la prescripción toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez por lo que de conformidad con el artículo 488 del Código de trabajo en armonía del artículo 151 del Código Procesal están sujetos al fenómeno prescriptivo, solicitando la absolución de tal condena. (Record: 1:41:45)¹

COLPENSIONES por su parte solicita se absuelva del pago de las costas, teniendo en cuenta que dicha entidad carece de falta de legitimación para pronunciarse sobre la ineficacia, como quiera que la afiliación efectuada por el demandante con los fondos privados fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna. (Record: 1:44:09)²

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

CONSIDERACIONES

¹ “Gracias su señoría estando dentro de la oportuna etapa procesal me permito interponer recurso de apelación y le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de proferir en lo relativo a condenar a Protección a condenar a Colpensiones los gastos de administración por el tiempo en el que el señor Carlos Alfonso Trujillo Londoño lleva afiliado con mi representada, toda vez que el estar o que mi representada traslade estos gastos de administración pues en si se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión de administración que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente ya se le estarían trasladando en si los dineros de la cuenta individual como son sus aportes y rendimientos en si estos son los frutos de la buena gestión de la administración realizada por lo cual la misma tiene derecho a conservar dicha comisión de administración como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones. También se debe tener en cuenta que frente a los gastos de administración pues opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez por lo que son conceptos que si prescriben de conformidad con el artículo 488 del Código de trabajo en armonía del artículo 151 del Código Procesal que establecen que en el transcurso del tiempo de 3 años hace que opere dicho fenómeno jurídico, por todo lo anterior dejo expuesto así mi recurso de apelación solicitando que respetuosamente se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de proferir y se absuelva a mi representada de trasladar a Colpensiones dichos gastos de administración, muchas gracias su señoría.”

² “Muchas gracias su señoría me permito presentar el recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el despacho en el sentido de que los Honorables magistrados revoquen el punto de la Condena en Costas a mi representada teniendo en cuenta que mi representada careció de una falta de legitimación para pronunciarse sobre la misma, como quiera que la afiliación efectuada por el demandante con los fondos privados fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo una injerencia alguna. Es una relación en el cual mi representada no fue parte teniendo en cuenta que hay una evidente falta de legitimación en Colpensiones como quiera que nuevamente está en ese traslado pues Colpensiones no tiene relación alguna, por lo tanto pues no debería ser condenada en Costas, en este caso pues se evidencia que la vinculación de Colpensiones dentro del presente proceso es para atender una actividad que es estrictamente administrativa de la cual pues se accede a través de la sentencia judicial dictada por el despacho, por lo tanto solicito se revoque la condena impuestas a mi representada, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS ALFONSO TRUJILLO LONDOÑO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el archivo 4 del expediente digital páginas 12 a 14, las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en las páginas 4 a 10 del mismo archivo, aspirando se declare la nulidad de la vinculación a la AFP PORVENIR, en consecuencia se ordene el traslado del régimen de ahorro individual actualmente administrado por PROTECCIÓN al régimen de prima medida con prestación definida, se disponga enviar a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales, ordenando a COLPENSIONES aceptar el retorno recibiendo todas las sumas enviadas por la AFP, 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 el actor a PORVENIR, ordenando a PROTECCION como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver las cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, PORVENIR 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.

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,

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 24 de mayo de 1960 (pág. 68 Archivo 4 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES los días 30 de julio, 5 de agosto y 16 de julio del 2019 respectivamente (págs. 36 a 44, 54 a 58, 62, 64 y 66 Archivo 4 expediente digital), 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 1 años, 10 meses y 12 días o 96 semanas (*historia laboral consolidada expedida por Protección -Archivo 1-*), 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 22 de marzo de 1995 con fecha de efectividad 1° de abril de 1995, específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (*Archivo 1 y Archivo 3 expediente digital*).

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.

para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

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

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

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

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

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del 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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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.

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, 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, récord: 26:40) 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 PORVENIR era el fondo escogido por su empleador y por ende el asesor llenó el formulario y él único que hizo fue firmarlo, sin que se le informara como se iba a pensionar, a qué edad ni demás características del régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Cd. Archivo 3*), 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.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (22 de marzo de 1995) el deber de

información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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 (*ver historial de vinculaciones SIAFF CD Archivo 1 expediente virtual*) 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 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 PROTECCIÓN como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*Cd Archivo 1 expediente digital*), junto con sus rendimientos, y devolución por gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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, 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 PROTECCIÓN, 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, confirmándose 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 (...)”.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (pág. 282 Archivo 4 expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto frente a la apelación de PROTECCIÓN, 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:

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 4 de octubre del 2019, folio 87.

*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)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió la juez de primera instancia, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

Pertinente es aclarar, y en aras de 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.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

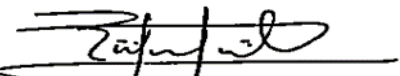
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EVA MUNEVAR
CONTRERAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 09 2019 00769 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 135-137) y COLPENSIONES (fl 150-151) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de marzo de 2021 (CD folio 126, acta folios 127 a 129, parte II, récord 07:34), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por EVA MUNEVAR CONTRERAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia del derecho, por lo considerado.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante, tásense por secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200 000 pesos, conforme a lo motivado.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta

el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del Código procesal del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora la apeló.

En sustento de ello, arguye, en la providencia no se estudió el expediente ni se tuvo en cuenta lo manifestado en los alegatos, pues solo se detuvieron a analizar lo que dijo COLPENSIONES y no se determinó cuántas semanas tenía la demandante. Al respecto, menciona, en su intervención de cierre señaló las inconsistencias que existían en la relación de semanas aportadas a la entidad pensional, pero sobre ellas no se pronunció el Despacho.

Increpa, la sentencia desconoce la situación real de los trabajadores, específicamente el de la actora, quien durante toda la vida laboral se desempeñó como auxiliar de enfermería y no pertenecía formalmente a la nómina de trabajadores de las entidades, pero celebró “*contratos de trabajo*” en los que se señalan “*un término, un salario y la obligación del trabajador para cotizar a seguridad social, sino se cumple ese requisito de cotizar como trabajador independiente no se le paga, por eso se aportaron todos los contratos para acreditar que sí se pagó efectivamente esas semanas de cotización*” empero esa situación no la observó la juzgadora de primer grado.

Asegura, en el caso no era posible decir que la demandante no fue afiliada por la Clínica San Pedro Claver, la Clínica Bogotá, la Droguería Rosas, o que estos debían ser llamados al proceso, toda vez que no eran empleadores, no mediaba un contrato de trabajo sino uno de prestación de servicios.

Sostiene, en la realidad, bajo esa modalidad contractual para que al trabajador le cancelen su retribución “*tiene que llevar la certificación de que pagó la seguridad social en salud y pensión*” y en la historia laboral no figura ninguna mora. A partir de ello, considera, la renovación de los contratos, los cuales fueron incorporados, son clara prueba de que las cotizaciones se hicieron, especialmente porque el pago de esos aportes era una condición para la continuidad del vínculo, anotando, estos no eran responsabilidad de los contratantes.

En ese sentido entonces, adujo, *“si aparecen 5, 10, 15, 20 años de contratos se presume que fue pagado (sic) la seguridad social”* advirtiendo, los soportes que dan cuenta de la cancelación de esas cotizaciones no fueron incorporados en razón a que fueron entregados a su contratante para recibir el pago de su remuneración.

Por otra parte, alude, existen unas inconsistencias dentro del reporte emitido por la administradora sobre los cuales no se efectuó estudio alguno, puntualmente, frente a los periodos 2010-01, 2010-02, 2010-03, 2010-04 en los que no aparecen cotizaciones pese a la continuidad desde el año 2001, así mismo, los periodos 2009-12, 2009-11, 2009-04, 2009-03 y 2002-02, el tiempo laborado con Droguerías Rosas a partir de lo cual se dejó de tener en cuenta 34 semanas que no son dobles y el trabajado con la Clínica San Pedro Claver, correspondiente a 167 semanas, que no fueron incluidas por la juez aduciendo que esa entidad no la registró como trabajadora cuando *“no tenía la obligación de registrarla (...) por eso con la demanda se pasó la relación de todos los contratos que para hacer efectivo el pago se requería acreditar el pago de la seguridad social y para renovarlo con mayor razón”*.

Con todo, dice, no se podía aducir por COLPENSIONES *“que no estaban afiliados ni la Clínica San Pedro Claver, ni la Droguería Rosas, ni la Clínica Bogotá, ni la Luis Carlos Galán Sarmiento”*, y en ese sentido, debe revocarse la sentencia teniendo en cuenta que la actora es beneficiaria del régimen de transición y cotizó más de 1400 semanas al Sistema de Seguridad Social, si se toman para el efecto todos los aportes que hizo como trabajadora *“dependiente”* porque *“tenía una vinculación de prestación de servicios”*¹ (CD folio 126, acta folios 127 a 129, parte II, récord 08:41).

¹ *“Gracias su señoría por darme la oportunidad de dirigirme a la Sala para efecto de impugnar la sentencia de primera instancia que respeto, pero no comparto y me permito sustentar el recurso de apelación para que sea resuelto por el Tribunal Sala laboral, lo sustento de conformidad con el artículo 66 del Código de Procedimiento Laboral en los siguientes términos:*

Veo con gran preocupación que no se estudió el proceso, no se estudió el expediente, ni se tuvo en cuenta lo que yo manifesté en mis alegatos, simplemente se dedicaron a mirar lo que dijo Colpensiones y tuve mucha atención al contenido de la sentencia proferida en esta audiencia no se señala cuantas semanas se le reconoció a la demandante por parte de Colpensiones, ni por parte del despacho se señaló cuantas semanas tenía. Yo inicié mis alegatos señalando que había inconsistencias en cuanto a la relación de semanas que aparece aportadas por Colpensiones al proceso y señalé específicamente cuáles eran y cada una de ellas y guardó silencio el despacho, es tan increíble la situación planteada en esa sentencia que desconoce la situación real de los trabajadores en Colombia, la demandante durante su vida laboral fue una auxiliar de enfermería que desafortunadamente no pertenecía a la nómina de trabajadores de las entidades de donde trabajo y siempre estuvo trabajando única y exclusivamente mediante contratos de trabajo, esto que significa

los contratos de trabajo señalan un término, un salario y la obligación del trabajador para cotizar la seguridad social, sino se cumple ese requisito de cotizar como trabajador independiente no se le paga por eso se aportaron todos los contratos para acreditar que si se pagó efectivamente esas semanas de cotización lo cual no observo el despacho.

Que pasa en la realidad es que el trabajador firmó el contrato y para que le paguen tiene que llevar la certificación de que pago la seguridad social en salud y pensión anteriormente el seguro social, posteriormente cuando aparece Colpensiones les obligaban al Pila y no hay en la historia laboral ninguna mora en el pago, por lo tanto señalar en la sentencia que no se cumplió con el deber de llamar a los empleadores porque estos no la afiliaron, no era obligación de los empleadores como consta en las pruebas, aquí se presentaron unas pruebas y no las objeto Colpensiones y su señoría las acepto y si hubieran leído las pruebas se hubiera podido determinar que no era responsabilidad del empleador o del contratista pagar esas cotizaciones que le correspondía al trabajador o al contratista entregar la certificación de pago para que pudiera continuar con el contrato y podersele renovar, por eso se aportaron todos los contratos para demostrar que si hubo continuidad y que si se pagaron las cotizaciones, entonces no se puede decir en este caso que como no la afiliaron ni la Clínica San Pedro Claver, ni la clínica Bogotá, ni la Droguería Rosas había que llamarlos a este estrado judicial, no su señoría se llama a estrado judicial es al empleador que tiene un contrato laboral pero no un contrato de prestación de servicios en las condiciones que allí aparece, allí aparece registrado que le pagaba un sueldo por determinado tiempo y que para pagárselo debe acreditar el pago de la seguridad social, entonces si aparecen 5, 10, 15, 20 años de contratos se presume que fue pagado la seguridad social, esos documentos no se aportaron de pago a la seguridad social por una potísima razón, porque eran los originales de pago que se debían aportar a los contratos para efectos de que se le hiciera efectivo el pago de su sueldo convenido en el contrato.

Señoría aquí hay unas inconsistencias que usted no analizo los periodos 2010-01, 2010-02, 2010-03, 2010-04 no aparecen registrados esas cotizaciones y hay continuidad desde el año 2001 que empezó a trabajar como auxiliar en diferentes clínicas, hubo continuidad, nunca faltó un mes de cotización. Periodo año 2009 ciclo 12, 11, 4, 3 y del 2002 el ciclo 2, Droguería Rosas no aparece registrada como empleador ¿Por qué? Porque resulta que la certificación que aparece en las hojas que acredito u aportó Colpensiones allí señala unos códigos, esos códigos no aparecen registrando el pago, aparecen otros códigos pagando pero de forma parcial y fui muy claro que el tiempo laborado con Droguerías Rosas dejaron de tener en cuenta un tiempo establecido de 34 semanas, hablo únicamente de 34 semanas porque hubo tiempo que se cotizo y un tiempo doble que trabajo con otra entidad, según el reporte que yo tengo del 02 de febrero del 2019 le registran 1200 semanas que pago y que reconoce Colpensiones, más las 34 semanas de Droguerías Rosas que no aparecen registradas y que está el soporte de su trabajo y allí certifica que Droguerías Rosas pago con un numero de Nit un numero patronal que allí está registrado no aparece la relación de semanas, esas 34 semanas deben contabilizarse su señoría y lo más grave el Tiempo que trabajo en la Clínica San Pedro Claver ahora resulta que no la van a contabilizar porque San Pedro Claver no la registro como trabajadora, la Clínica San Pedro Claver no tenía la obligación de registra a la demandante, la demandante aportó esos documentos porque trabajo en la clínica San Pedro Claver para acreditar que durante todo ese lapso ella cotizo como trabajadora dependiente, tiempo que no está registrado en la relación y equivale a 167 semanas trabajadas con la Clínica San Pedro Claver, por eso con la demanda se pasó la relación de todos los contratos que para hacer efectivo el pago se requería acreditar el pago de la seguridad social y para renovarlo con mayor razón, entonces no se puede aducir por parte de Colpensiones que es que no estaban afiliados ni la Clínica San Pedro Claver, ni la Droguería Rosas, ni la Clínica Bogotá, ni la Luis Carlos Galán Sarmiento.

Debe tener en cuenta los reclamos que hizo la trabajadora y que aparecen en el soporte de pruebas aportado por Colpensiones en el disco que aparecen en el expediente, entonces solicito a los honorable magistrados que se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la demandante cotizo más de 1400 semanas al Sistema de seguridad social en pensiones, que las cotizaciones que hizo ella en la Clínica San Pedro Claver, en la Clínica Bogotá en la Luis Carlos Sarmiento, todas esas cotizaciones las hizo ella como trabajadora dependiente porque tenía una vinculación de prestación de servicios como auxiliares de enfermería y esos documentos reposan no solamente con la demanda sino con los tramites de la corrección de las semanas, entonces no se puede decir que no hay mérito para proferir el fallo su señoría aquí lo que sobran son semanas de cotización, aquí se esta es desconociéndole un derecho como se le desconoció durante su vida laboral de la nómina de trabajadores sino le firmaban contrato de prestación de servicios sin seguridad social, sin prestaciones sociales, sin vacaciones, cuando salían tenía que dejar un remplazo y fuera de eso tenían que pagar un seguro, entonces no se puede aquí desconocer un derecho que tiene la demandante en el régimen general porque el RPM al régimen de transición lo perdió porque no tenía las 750 semanas al 29 de julio del año 2005 por eso se reclamó y es tema de discusión el régimen de la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993 con 57 años de edad y 1300, entonces solicito a los honorables magistrados que se revoque la sentencia, se estudie la cotizaciones de la demandante no como empleada de planta sino como empleada de prestación de servicios que tuvo que cotizar como trabajadora dependiente y en estos términos considero que hay mérito a revocar la sentencia de primera instancia y reconocer la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante EVA MUNEVAR CONTRERAS las pretensiones visibles a folios 50 a 52, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 47 a 49, encaminadas a que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez a la que tiene derecho a partir del 1 de septiembre de 2018, fecha en que se efectuó la última cotización *“conforme a la condición más beneficiosa”*, junto con los intereses moratorios sobre el valor total de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta que efectivamente se pague de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, imponiendo costas a cargo de la activa. Lo anterior, tras considerar, aunque en principio la demandante era beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100, no logró extender sus efectos con posterioridad al 31 de julio de 2010 por no contar, a dicha fecha, con más de 750 semanas de cotización. Con relación a la densidad de semanas, puntualizó, aunque en el plenario reposaban documentos que daban cuenta de la vinculación laboral con la Clínica de Bogotá y la Clínica San Pedro Claver, no existía prueba alguna de la afiliación al sistema de pensiones, no siendo suficientes los contratos para acreditar que medió la misma, y en ese sentido, debió convocarse a la litis a los empleadores y solicitarse el pago del cálculo actuarial respectivo.

Además, sostuvo, tampoco eran suficientes los contratos de prestación de servicios en los que constaba la vinculación con la E.S.E para adicionar semanas a su historia laboral, pues en virtud de ellos era su obligación como contratista independiente, realizar los respectivos aportes.

pensión en los términos solicitados en la demanda, en estos términos dejo sustentado los alegatos su señoría, gracias, muy amable.”

Así, concluyó, la demandante no cumplió con los presupuestos para acceder a la pensión con base en el régimen de transición y tampoco cumplió con las semanas mínimas requeridas por la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003 para hacerse acreedora de la prestación por vejez.

Así pues, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005², tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

Así las cosas, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (folio 32) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 12 de mayo de 1957, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 la actora contaba con 36 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la señora EVA MUNEVAR CONTRERAS durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES desde el 1 de mayo de 1977 (folio 63), por manera que, el

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

régimen anterior aplicable a la situación pensional de la accionante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la demandante alcanzó los 55 años de edad el **12 de mayo de 2012**, es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-.

En ese contexto, con miras a establecer si el beneficio transicional de la demandante se mantiene hasta el año 2014, procede la Sala a verificar el conteo de semanas cotizadas hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional -29 de julio de 2005-.

Para ello entonces, se tiene, al plenario se incorporó por parte de la demandada reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 2 de febrero de 2020 (folios 63 a 72), en las cuales se certifica un total de 572,85 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, que resultan insuficientes para extender a su favor el régimen de transición hasta el 2014.

No obstante lo anterior, alega la demandante que dentro de su historia laboral se echan de menos periodos en los que laboró para diferentes empleadores, los que si bien no se detallaron debidamente en el cuerpo de la demanda, pueden extractarse de la reclamación que fuera presentada ante COLPENSIONES el 12 de abril de 2018 (folios 4 a 12) y que corresponden a los siguientes:

- Del 15 de enero de 1998 al 15 de junio de 2003 laborado al servicio de la Clínica San Pedro Claver.
- Del 1 de junio de 1998 al 31 de mayo de 1999, lapso que laboró en la Clínica de Bogotá.
- Del 1 de diciembre de 2003 al 5 de julio de 2007, laborado en la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

Adicionalmente, en los alegatos de conclusión expuestos ante la juzgadora de primer grado³, a los cuales hizo referencia en la alzada, advirtió, en el reporte no se evidencian pagos por los periodos enero a abril de 2010, marzo, abril, noviembre y diciembre de 2009 y febrero de 2002, que corresponden a 38,5 semanas, pese a la continuidad de su vinculación, ni tampoco el comprendido entre el 1 de julio de 1978 y el 30 de junio de 1984 laborados en DROGUERÍA ROSAS de las cuales pueden adicionarse 33.14 semanas que no obedecen a ciclos dobles. Con ello, asegura, tomando en cuenta las 1200 semanas certificadas por la demandada, completaría un total de 1401 semanas de cotización.

Sobre el particular entonces, advierte la Sala, en efecto, dentro de la historia laboral de la demandante no se avizora pago alguno a su favor por parte de la CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER, la CLÍNICA DE BOGOTÁ, la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, ni la DORGUERÍA ROSAS, no obstante, de conformidad con dicho documento –reporte de semanas (folios 63 a 72)-, tales personas jurídicas no registraron afiliación alguna al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para las fechas advertidas por la convocante del juicio y en esa medida es claro que Colpensiones no podía ejercer acciones de cobro por los lapsos que en el reporte de semanas no figuran, pues sin existir afiliación no se podía establecer que la accionante era una trabajadora, por ende es claro que la falencia en la contabilización de estas semanas en la historia laboral de la promotora del litigio, en manera alguna puede entenderse como una omisión de la llamada a juicio, situación que no se puede enmendar con la demostración de la existencia del vínculo en los periodos reseñados.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso no se demandó el pago calculo actuarial.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció

³ Audiencia 4 de marzo de 2021, parte I, CD folio 126.

las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, parágrafo 1°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁴.

Además de lo anterior, no puede perderse de vista, conforme al material probatorio recaudado en autos y lo aducido por la misma demandante en la alzada, la vinculación con la CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER y la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO (*archivo “GEN-ANX-CI-2018_4052135-20180412093428.pdf”, CD folio 80*) estuvo regida por múltiples contratos de prestación de servicios, circunstancia esta que imponía en cabeza de la convocante como contratista, la obligación de efectuar el pago de los aportes al sistema general de pensiones en calidad de *trabajadora independiente*. La omisión de dicha carga, no conlleva propiamente a la imposición de una sanción, su incumplimiento se ve reflejado, negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional, toda vez, que para estos eventos, la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para procurar el recaudo de lo no pagado.

⁴ 2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto)

Al tema, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 35467 del 18 de agosto de 2010, reiterada en SL2364 de 2021, indicó:

“(…) Cosa distinta ocurre cuando el aportante no es el empleador sino el trabajador, pues, sus cotizaciones ‘se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido’, como lo anunciaba expresamente el artículo 20, inciso tercero, del Decreto 692 de 1994, así como que si no se especificaba el período de cotización debía tomarse ‘como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte’, disposición que, aun cuando fue expresamente derogada por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos, así: ‘Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente’.

Por manera que, siguiendo tal derrotero, y sobre el supuesto de ser el trabajador independiente el aportante de sus cotizaciones e interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, le corresponde asumir, conforme al criterio actual del legislador que se acaba de enunciar, las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional.

Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse ‘extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de ‘irregulares’, habida consideración que siempre se harán para cada período ‘en forma anticipada’, y como dice la última norma citada, “si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

Bajo tal entendido, le correspondía a la demandante acreditar, a través de medios de prueba pertinentes y conducentes, que canceló debida y oportunamente sus aportes a pensión en aquellos ciclos en los que su vinculación se rigió por contratos de naturaleza civil o en los que fungió como trabajadora independiente y que por tanto, la no contabilización de tales periodos o semanas de cotización en su reporte obedeció a una omisión de la administradora de pensiones, empero ello, en autos, no se logra constatar con ninguno de los elementos que fueron incorporados.

Al respecto, es importante anotar, no es posible tener por demostrada dicha circunstancia, esto es, el pago de la cotización al sistema de pensiones por parte de la demandante en los periodos echados de menos por esta y en los que se vinculó mediante CPS, con la sola celebración sucesiva de los contratos de prestación de servicios, como lo sugiere la recurrente, porque ello no da cuenta certera que la demandada recibió efectivamente el valor de la cotización respectiva o que el CONTRATANTE en efecto verificó el cumplimiento de dicha obligación del a contratista previo a la suscripción de los diferentes instrumentos contractuales o como requisito previo a la cancelación de la remuneración correspondiente.

Ahora, en lo que toca al ciclo 2002-02, el mismo no puede ser imputado dentro de la historia laboral por cuanto en el periodo anterior y posterior figura como cotizante la demandante (folio 67), y conforme lo anotado en precedencia, no puede hablarse de una mora en el pago de ese ciclo.

Con relación a los periodos marzo, abril, octubre a diciembre de 2009 y enero a abril de 2010, se observa novedad de retiro respectiva por parte de los diferentes empleadores, en ciclos anteriores no existiendo constancia de una nueva afiliación o que se haya causado mora alguna a su favor, por lo que tampoco pueden ser considerados estos ciclos en su historia laboral.

En ese orden, se deja claro, los periodos alegados en la reclamación efectuada en COLPENSIONES, los alegatos y el recurso de apelación, como no contabilizados o contabilizados erróneamente, no pueden ser tenidos en cuenta por parte de ésta Corporación.

Con lo anterior, no habiendo tiempos distintos a los certificados por COLPENSIONES a tener en cuenta, innegable resulta la imposibilidad de extender los efectos del régimen de transición a la demandante hasta el año 2014, como se advirtió en precedencia.

En ese sentido, no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues se repite, tal disposición no le es aplicable con posterioridad al 31 de julio de 2010, aunado a la

orfandad probatoria por parte de la accionante dirigida acreditar en manera concreta los periodos alegados como no contabilizados correctamente por Colpensiones, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando, en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus aseveraciones es la parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora en últimas es el reconocimiento de la pensión de vejez, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que para el 12 de mayo de 1957, fecha en la que alcanzó los 57 años de edad tan solo contaba con 971,81 semanas (folios 64 a 74) cuando las requeridas para esa época eran 1275 para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición (Artículo 33 L. 100/93 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003).

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

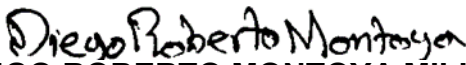
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA HELENA
CORTES PLATA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., trámite al cual se vinculó
a COLFONDOS S.A. (RAD. 11 2017 00477 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 23 de julio de los corrientes (fl. 239).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes demandadas PORVENIR S.A (fl 240 241) y COLPENSIONES (fl 246 250), 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, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 marzo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:12:22, CD folio 203, acta folios 232 a 234), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación, celebrada por la aquí demandante MARIA HELENA CORTES PLATA a la AFP Colpatria Hoy Colfondos el 21 de febrero de 1997 (sic) y el efectuado a la AFP Porvenir el 01 de noviembre de 1999 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora aquí demandante MARIA HELENA CORTES PLATA nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante MARIA HELENA CORTÉS PLATA tales como cotizaciones, aportes, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses, los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, en los términos del artículo 1746 del Código Civil y de conformidad a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de la aquí demandante MARIA HELENA CORTES PLATA con la totalidad de sus aportes al régimen de Prima Media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a las AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A, Líquidense por secretaría, inclúyanse en ellas la suma de \$1.200.000 valor en que se estiman las agencias en derecho a razón de 50% de cada una de las entidades condenadas en costas.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia a favor de Colpensiones ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos de orden normativo procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia.”

Por solicitud de la demandada PORVENIR, el Juzgado aclaró que la ineficacia se declara respecto del traslado de régimen efectuado a través de la afiliación a COLFONDOS¹.

Inconformes con la decisión, los apoderados de PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, 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, el deber de información a cargo de las AFP no se está desconociendo, sino que el mismo se dio atendiendo las disposiciones vigentes para la época de la

¹ **Apoderada de Porvenir (1:14:51):** Muchas gracias su señoría, ante de presentar o interponer el recurso de apelación quisiera amablemente solicitar la aclaración de la sentencia en especial del numeral primero del resuelve, toda vez que se indica como si la afiliación inicial la hubiera efectuado Colpatria hoy Colfondos y ahí me disculpara el despacho pero está errando, toda vez que Colpatria es hoy porvenir y la afiliación inicial se hizo con Colfondos no con Colpatria

Juez (1:15:20): Procede el despacho a resolver respecto de la aclaración efectivamente la primera afiliación fue el 21 de febrero de 1997 ante la AFP Colfondos.

afiliación que tuvo lugar en el año 1999 con COLPATRIA y luego en el 2000, esto es, como un traslado horizontal.

Además, destaca la suficiencia del formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del deber de información, documento que, en su sentir, no se trata de un capricho sino de una prueba *ad substantiam actus* en los términos del artículo 256 del C.G.P. y, por ende, su interpretación no está sujeta al arbitrio judicial por tratarse de un imperativo legal.

Con relación a la carga de la prueba que le fuera trasladada a los fondos de pensiones, refiere, debe tenerse en cuenta lo advertido por la demandante en el interrogatorio, particularmente que recibió tres asesorías diferentes, la primera de COLFONDOS, la segunda de COLPATRIA y la tercera de PORVENIR.

Enfatiza, la motivación de la actora para retornar al RPM no es otro que mejorar su mesada pensional y no la inconformidad con alguna de las características que le brinda el RAIS, las que aduce conocer, particularmente lo atinente a los rendimientos, la existencia de la cuenta de ahorro individual y las modalidades de pensión, asimismo, dice, sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse en prima media y, a pesar de ello, se traslada tres veces dentro del RAIS.

Sostiene, la ineficacia de la afiliación procede cuando existe una expectativa pensional o un derecho consolidado y no pueden perderse de vista los actos de relacionamiento a los que ha aludido la Corte Suprema de Justicia derivados de los traslados horizontales realizados por la convocante del juicio que ratifican su deseo de permanecer en el RAIS.

Por otra parte, en lo que toca a los gastos de administración, asegura, no es posible ordenar el retorno de dichas sumas porque estos no están destinados a financiar la prestación, además, su pago implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero que no participó del negocio jurídico.

Con relación a este tema, anota igualmente, la Superintendencia Financiera en concepto 2019152216903000 del 17 de enero de 2020 refirió que las únicas sumas a retornar por motivo de la ineficacia son los aportes y los rendimientos, sin que haya lugar a devolver la prima de seguros previsional por haberse cumplido el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, así como tampoco los gastos de administración toda vez que la administradora acató las exigencias legales.

Igualmente, precisa, estos recursos no pertenecen a los afiliados ni hacen parte integral de los dineros que financian la prestación de vejez, razón por la cual son prescriptibles.

Resalta, PORVENIR no fue la administradora con la que se celebró el acto inicial de traslado, y por ende, actúa de buena fe² (Audiencia virtual de trámite y

² “Muchísimas gracias señor juez, su señora estando en el término oportuno interpongo recurso de apelación ante la sentencia proferida por el despacho ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Solicitando se revoque la sentencia en su totalidad y en consecuencia se absuelva a mi representada de todas las condenas aquí expuestas en razón a los siguientes argumentos:

En primera medida es importante delimitar o tener claro que aquí el verdadero problema jurídico se limita a determinar o no si existió algún tipo o algún error como vicio de consentimiento en ese negocio jurídico y de allí derivar las consecuencias pretendidas en este caso el despacho considera que existe o hay lugar a declarar la ineficacia de traslado, sin embargo me aparto de esa posición toda vez que tal como es conocida la jurisprudencia de la CSJ frente a este tema es importante determinar la obligación de información a cargo de las AFP, reitero como lo había manifestado en los alegatos de conclusión este deber de información a cargo de las AFP no se está desconociendo por parte de mi representada Porvenir en ningún momento sino que este deber de información se da cumpliendo las exigencias para la época de los hechos en el momento de afiliación, recordemos que la afiliación con mi representada Porvenir primero fue con Colpatria en el año 1999 con posterioridad con porvenir en el año 2000, es decir surgió como una afiliación o un traslado horizontal y para este momento no existía la obligación o la obligación que estaba vigente de brindar la información necesaria a los propensos afiliados, no estamos negando de que no se le brindara ningún tipo de información, también está destacado el tema de la suficiencia de este formulario de afiliación como cumplimiento de la obligación del derecho de información frente a las Administradora de fondos de pensiones, en este punto es necesario dejar claro que la obligación de la diligencia de la guarda de este formulario de afiliación no se trata de ningún tipo de capricho de mi representada Porvenir, sino que dicho documento en este caso hay dos por parte de mi representada el primero suscrito por Colpatria en el año 1999 y luego en el año 2000 con Porvenir es un documento necesario y elemental como prueba en marco de las afiliaciones a regímenes pensionales por lo que se estructura precisamente como una prueba ad substantiam actus contemplada en el artículo 256 del CGP por lo que la interpretación que se le da a este elemento material probatorio no está sujeta como tal a la del arbitrio judicial, sino que se trata pues como un imperativo ley, también tenemos la carga probatoria en estos eventos en la mayoría de los casos o en este caso en particular que se trasladó a mi representada y para ello quisiera traer a colación la información que nos brindó la demandante la señora María Elena Cortes Plata en el interrogatorio de parte surtido el día de hoy; información importante relevante para el caso y esto es que contrario a información que nos manifestó en el libelo demandatorio así como en las respuestas que nos dio en ese interrogatorio la señora recibió tres asesorías diferentes dado que tuvo tres afiliaciones como mínimo, la primera fue con Colfondos, posteriormente tuvo una afiliación o una asesoría con Colpatria que fue su segunda afiliación en ese caso operó como un traslado horizontal y posteriormente se trasladó a porvenir AFP en la cual sigue vinculada hasta la presente fecha de manera válida.

También es importante resaltar que el único deseo de la parte actora en este caso para retornar el RPM es su deseo de tener una mejor calidad de vida y esto lo hace en relación a la mesada pensional, al monto de la mesada pensional no está inconforme con ninguna de las características que le brinda el RAIS que manifiesta conocer teniendo en cuenta la información que nos brindó en este interrogatorio de parte, toda vez que manifestó conocer, tenía conocimiento de los rendimientos, de su cuenta de ahorro individual, también de las modalidades de pensión en el RAIS y también es importante destacar que para el momento en que ella decide suscribir el primer formulario de afiliación año 1996 la parte actora conocía como era la modalidad de pensionarse con Colpensiones, sin embargo ella decide optar por las características o beneficios que le brindan en el RAIS y decide no solo trasladarse en una ocasión sino en tres ocasiones diferentes con tres formulario diferentes de afiliación para permanecer en dicho régimen pensional.

Y también ya como último punto si en este caso teniendo todos estos elementos que acabo de mencionar procede o no la ineficacia de esta afiliación cuando existe una expectativa de pensión con un derecho consolidado en este caso nuevamente quisiera traer a colación la sentencia de la CSJ frente a los actos de relacionamiento, toda vez que es importante teniendo en cuenta la información que nos brindó la actora y los diferentes actos que realizó en especial los temas de los traslados horizontales que su deseo, el deseo de la parte actora es permanecer en el RAIS y tal y como lo ha indicado la CSJ en su jurisprudencia ha manifestado que al realizar diversos cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, como el que realizó la actora en tres ocasiones esto reúne los elementos propios de unos actos de relacionamiento lo cual permite aducir o deducir que el afiliado desea continuar recibiendo los beneficios de las características que le brinda el RAIS y en este momento cuando ve que su pensión no es la que ella esperaba, es decir el monto de su mesada pensional no es lo suficiente para ella es que desea retornar el RPM, sin embargo no está inconforme con otras características que le brinda, y tampoco manifiesta recibir la

juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:15:13, CD folio 203, acta folios 232 a 234).

A su turno, COLPENSIONES, alude, las declaratorias de nulidad o ineficacia de la afiliación quebrantan el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto se afecta la planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo, desdibujándose el régimen de prima media.

De otro lado, señala, de confirmarse la nulidad de afiliación, debe considerarse la realización y pago del cálculo actuarial a cargo del fondo responsable del vicio o de la parte demandante para soslayar la descapitalización del sistema, conforme lo considerado en la sentencia SU-062 de 2010³ (Audiencia virtual de trámite y

información suficiente en ese momento, toda vez que ella recibió más de tres asesorías dados los diversos traslados horizontales que realizó la parte actora

Ahora bien frente a la obligación de mi representada porvenir de regresar todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, esto es teniendo en cuenta también los gastos de administración quisiera manifestar al despacho de este tema de gastos de administración no es posible o no se debe ordenar sumas diferentes a las cuales ya se encuentran indicadas en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993 por cuanto ningún otro valor estaría destinado a financiar la prestación del afiliado por lo que condenar a pagar estos valores adicionales configurarían en este caso un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero que el negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A como lo sería en este caso Colpensiones. También en relación con este tema de los gastos de administración la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto radicación 2019152216903000 del 17 de enero del año 2020 ha indicado en forma expresa que las únicas sumas a retornarse los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsional en consideración a que la aseguradora en este caso mi representada Porvenir Cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión por gastos de administración, toda vez que en el transcurso de todos estos años mi representada ha cumplido con las exigencias de los fondos de pensiones frente a la señora María Elena Cortes, también este orden de ideas esos gastos de administración no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad característica de la cual si goza el derecho pensional, luego si estarían sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 de CPT y SS frente al tema de la prescripción y en esta forma deberían declararse.

Y ya para terminar y concluir mi recurso de apelación solamente quisiera recordar que mi representada porvenir no fue la AFP inicial con la cual suscito este traslado de régimen pensional para el año 1997 sino que fue Colfondos en este caso mi representada actúa como una AFP de buena fe, toda vez que ese traslado se dio en virtud de un traslado horizontal entre fondos de pensiones, en esos términos dejo el recurso de apelación, reiterando la solicitud al tribunal de Bogotá de absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas aquí impuesta y revocar la sentencia en su totalidad, muchas gracias su señoría.”

³ “Muchas gracias su señoría interpongo recurso de apelación en contra la decisión tomada en esta instancia para que sea resuelto por el Honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá de conformidad con los siguientes argumentos. Como primera medida es de llamar de atención de que los magistrados que integran la sala de que las decisiones que están tomando los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el acto legislativo 01 del 2005 por ser una situación caótica que quebranta la debida planeación en pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo desdibujándose totalmente el RPM. La sostenibilidad financiera se garantiza en la medida de que el sistema general de pensiones percibe y mantiene a través de medios jurídicos financieros los fondos económicos adecuados que le permiten pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general. Son todos los anteriores argumentos Honorables magistrados por los cuales no se debería declarar la nulidad o ineficacia de traslado, pues en últimas sería el patrimonio público el cual entraría a pagar la pensión que llegara a percibir la parte demandante ya que dado que su ahorro se hizo de manera individual este mismo

juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:25:04, CD folio 203, acta folios 232 a 234).

Finalmente COLFONDOS refiere, el traslado de la demandante estuvo compuesta de todos los elementos que integran el negocio jurídico, esto es, el consentimiento, la causa y el objeto lícito, sin que exista vicio alguno que conlleve a su nulidad, particularmente, dice, no se logró probar el error de hecho.

Adicionalmente, apunta, la demandante al momento de trasladarse no contaba con un derecho consolidado o cierto, sino que tenía una expectativa que no le permitía a esa administradora de fondos de pensiones realizar una proyección acertada de cuánto podría ser su pensión y, por el contrario, su derecho era incierto.

Destaca también, la asesoría se realizó con fundamento en el deber de información que se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico, el cual ha sufrido varios cambios a través del tiempo⁴ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:28:03, CD folio 203, acta folios 232 a 234).

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

nos lleva financiar las pensiones de los demás pensionados del RPM y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

En el caso en el que se considere que se debe declarar la nulidad ruego a los Honorables magistrados considerar la realización y el pago del cálculo actuarial vence a cargo del fondo responsable del vicio o de la parte demandante para soslayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta de cómo lo manifiesta en la sentencia SU-062 del 2010 para que una persona pudiera acceder al traslado cumplido los requisitos de ley de las 750 semanas, esta adicionalmente tendría que pagar un cálculo de rentabilidad y en esta caso no puede ser desconocida dicha situación. Dicho todo lo anterior dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole a los magistrados que integran la sala del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, muchas gracias.”

⁴ *“Muchas gracias señor juez, señor juez respetuosamente me permito solicitar sea tenido en cuenta el presente recurso de apelación. Solicito respetuosamente al Tribunal superior de Bogotá que sea absuelta y revoque la sentencia de primera instancia, en consecuencia sea absuelva la AFP Colfondos S.A en atención de que el traslado que realizo la señora hoy demandante estuvo pues compuesta de todos los elementos que integran el negocio jurídico; esto es el consentimiento, causa, objeto lícito y adicional a esto encontramos que no se logró probar dentro del proceso que existiese algún vicio en el consentimiento más específicamente no se logró probar que existiese algún tipo de error de hecho el cual como es bien conocido por el tribunal es aquel que vicia el consentimiento, no obstante vale la pena resaltar que nos encontramos es frente a un error de derecho, el cual es aquel desconocimiento o interpretación de la norma de forma errónea y no corresponde a la realidad y recalco no vicia el consentimiento.*

Adicional a esto me permito manifestar que al momento de trasladarse la demandante al RAIS no se encontraba, no contaba con un derecho consolidado, ni un derecho cierto sino que tenía una expectativa, una expectativa que al momento de trasladarse no le permitía al fondo de pensión que represento realizar una proyección acertada de cuánto podría tener su pensión sino que por el contrario era incierta su lograría o no obtener esa posible pensión.

Cabe recalcar también que la asesoría se dio en un marco de un ordenamiento jurídico el cual pues ha cambiado desde el año 2010, luego 2013 y luego 2015 donde se ha modificado ese deber de información y ese deber de diligencia para con los afiliados, no obstante vale la pena recalcar que siempre ha estado vigente y que Colfondos ha cumplido con este de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, en este orden señor juez dejo por sustentado el recurso de apelación y señor magistrados solicito respetuosamente sea revocada esta sentencia de primero instancia y absuelta la AFP Colfondos S.A., muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folio 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 y 5), aspirando se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 1 de noviembre de 1999 a PORVENIR (sic), declarándose para todos los efectos que se encuentra afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. Además, pide se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todas las sumas a favor de la demandante, sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, disponiendo a PORVENIR, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, 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 el lapso en que permaneció vigente su afiliación en esa administradora, declarando igualmente que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES. 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 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 2002⁵.

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

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 7 de agosto de 1961 (folio 14), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 23 de marzo de 2010 (folios 27 y 28) y a PORVENIR el 23 de abril de 2010 (folios 36), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 49 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 504,14 semanas cotizadas que corresponden a 9,6 años (*historia laboral expedida el Ministerio de Hacienda, folio 101*), 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 **20 de diciembre de 1996**, con fecha de efectividad el **1 de febrero de 1997** (folios 98 y 190) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, **precisándose** en este punto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate, sin que para el tema motivo de controversia 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 –COLFONDOS- acreditar el consentimiento informado y, en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

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

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

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

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el

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.

traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues, para la Sala en manera alguna se evidencia en el plenario, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸, contrario a lo referido por PORVENIR en la alzada, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó que COLFONDOS le informó sobre la situación de liquidación del ISS y que su ahorro se podría acabar. Además, que el fondo tenía un músculo financiero muy sólido, generaba mejores rendimientos lo que conllevaba a que su mesada pensional fuera mucho mejor que en el ISS. Adicionalmente dijo, les indicaron que podían pensionarse a cualquier edad y en que en caso de fallecimiento el dinero ingresaría a la masa sucesoral, también refirieron a la creación de la cuenta de ahorro individual, empero, enfatizó, no le indicaron cuáles eran las modalidades de pensión, ni las condiciones que debía acreditar para acceder a la misma, las que sólo vino a conocer hace dos años, tampoco le hablaron de la devolución de saldos ni otros aspectos propios del RAIS.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, emana evidente que la accionante, aunque se le pusieron de presente algunas características del régimen al que se estaba afiliando, no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues 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 su decisión. 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 allí que no pueda afirmarse, como lo sugieren las AFP llamadas a juicio, que se están haciendo exigencias frente al deber de información que no estaban vigentes para la época en que se celebró el acto jurídico.

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 COLPATRIA (folio 95) y PORVENIR (folio 96), además de tratarse de afiliaciones posteriores a aquella que dio lugar al traslado de régimen pensional de la actora, valga decir, estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, contrario a lo aludido por la representante judicial de PORVENIR, 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

⁸ Audiencia del 16 de marzo de 2021, récord 09:59, CD folio 203.

verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario, anotándose, el formulario con el cual se concretó el traslado ni siquiera fue incorporado a las diligencias.

Respecto al comunicado de prensa (folios 119 y 120), 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 COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (20 de diciembre de 1996, efectivo a partir del 1 de febrero de 1997), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 98) 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, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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, empero, habrá de modificarse el numeral primero en orden a corregir la fecha del traslado.

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 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 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 (...).”

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 prescripción⁹ (folios 70 y 92 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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:

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en autos del 17 de junio de 2018 (folio 121) y 14 de septiembre de 2018 (folio 129).

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

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

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

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

Por otra parte, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de disponer el pago del cálculo actuarial con el fin de soslayar la desfinanciación del sistema, baste con anotar, la misma se torna improcedente como quiera que dicha situación no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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, pero se modificará el numeral primero de la providencia

con el fin de corregir la fecha del traslado la cual, como se discurrió a lo largo del juicio, acaeció el 20 de diciembre de 1996, efectivo el 1 de febrero de 1997 (folio 98)

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de precisar que se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional acaecido mediante la afiliación realizada a COLFONDOS el 20 de diciembre de 1996, con fecha de efectividad **1 de febrero de 1997**, conforme lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA PIÑEROS
AVILA CAMPOS CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 12 2020
00140 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y portadora de la T.P. No. 221.228 del CSJ, como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA, en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 30 de julio de los corrientes (fl. 75 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 80 81), COLPENSIONES (fl 72 75) PORVENIR S.A (fl 66-70), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR, así como el

grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre del 2020 (Acta folios 48 y 49, Cd. fl. 47 audiencia virtual record: 25:55), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante PATRICIA PIÑEROS ÁVILA celebrada con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA por fusión HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de 14 de octubre de 1998, según formulario 00117770 y, la subsiguiente con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR de 02 de noviembre de 1999, según nota al margen 0157518 formulario 01267734.
SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a la devolución de saldos aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, de la cuenta de ahorro individual de la demandante PATRICIA PIÑEROS ÁVILA, con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto saldos, aportes, rendimientos y, gastos de administración ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR de las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES.

SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS, en la instancia.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión PORVENIR recurrió la decisión expresando apartarse de las consideraciones adoptadas por el fallador de primera instancia en cuanto le restan credibilidad a los formularios de afiliación que suscribió el demandante al no contener por ejemplo la cláusula del derecho de retracto, precisando no es obligación que el derecho de retracto o la cláusula propiamente estuviera descrita en el formulario de afiliación o que toda la información que recibía del asesor en esa primera etapa debiera estar contenida en el formulario de afiliación, para que en ese sentido se entendiera efectivo o valido o legal el formulario, señalando la condición de restar credibilidad probatoria a los formularios de afiliación es prácticamente considerar que la voluntad por escrito del afiliado frente a ese formulario de afiliación no cumplía propiamente lo que la ley exigía en su momento.

Por otro lado aduce el traslado de régimen no puede valorarse para todos los casos del mismo modo, en el sentido de que no es lo mismo una persona que está renunciando a beneficios pensionales como es lo que se plasma en esa línea jurisprudencial citada por el Juez y el caso de la aquí demandante que con su traslado de régimen no renuncio a ningún beneficio o ningún derecho pensional, y en esa medida no se le está faltando o se le está generando un perjuicio al momento de realizar su traslado de régimen porque estaba en plena facultad legal y constitucional de realizar el mismo.

En otra dirección indica que se pagaron primas de seguros por las contingencias de invalidez y sobrevivencia durante su tiempo de afiliación lo que conlleva a determinar una buena gestión dentro de la administración de dichos aportes, en ese sentido no se encuentra conforme con la condena de la devolución de gastos de administración, pues tampoco fue un aspecto plasmado en la fijación del litigio lo que desborda propiamente el derecho de defensa y contradicción que haya podido tener su representada dentro del proceso, solicitando revocar en su integridad la decisión de primer grado (Cd. fl. 47 audiencia virtual record: 27:18)¹

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta que las consideraciones adoptadas por el fallador de primera instancia a efectos de declarar la ineficacia de traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS se fundamentaron en el incumplimiento al deber de información por parte de mi representada al momento que efectuó el acto jurídico, propiamente las consideraciones adoptadas por el fallador de primera instancia se ajustan a restar credibilidad a los formularios de afiliación que suscribió el demandante al no contener por ejemplo la cláusula del derecho de retracto, haciendo alusión a un decreto reglamentario que propiamente menciona realizado una exigibilidad o haberle mencionado tal situación a la parte actora, situación que pues frente al decreto reglamentario contiene es una condición de opcionalidad y no de condicionalidad para que el formulario de afiliación sea válido, no es obligación que el derecho de retracto o la cláusula propiamente estuviera descrita en el formulario de afiliación o que toda la información que recibía del asesor en esa primera etapa debiera estar contenida en el formulario de afiliación, para que en ese sentido se entendiera efectivo o valido o legal el formulario, propiamente los decretos reglamentarios indican la posibilidad en cuestión de realizar o plasmar la cláusula pre-impresa no es consideraba o no se exigía, propiamente que estuviera descrito los formularios, en ese sentido la condición de restar credibilidad probatoria a los formularios de afiliación es prácticamente considerar que la voluntad por escrito del afiliado frente a ese formulario de afiliación no cumplía propiamente lo que la ley exigía en su momento y pues totalmente contrario a lo que la misma ley en su momento proponía a las administradoras de pensiones incluso al ISS, evidentemente si se le resta credibilidad al formulario de afiliación, ni siquiera entonces podría considerarse efectiva las afiliaciones realizadas al ISS porque en esa primera etapa del deber de información lo que existía era la voluntad por escrito que menciona el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y refiere concretamente el formulario de afiliación, por ende pues difiero considerablemente la posición del fallador de primera instancia, también evidentemente de lo plasmado en ese sentido por la línea jurisprudencial de la corte que sin embargo la misma hace una precisión en considerar y en precisar desde un aspecto factico que el traslado de régimen no puede valorarse o no puede realizarse bajo el aspecto factico el análisis para todos los casos del mismo modo, en el sentido de que no es lo mismo una persona que está renunciando a beneficios pensionales como es lo que se plasma en esa línea jurisprudencial como en el caso de la demandante que con su traslado de régimen no renuncio a ningún beneficio o ningún derecho pensional, claramente en ningún momento se le está faltando o se le está generando un perjuicio al momento de realizar su traslado de régimen propiamente pues porque estaba en plena facultad legal y constitucional de realizar su traslado de régimen, es más ni siquiera la AFP Colpatria podía negarse a aceptar la afiliación de la demandante, propiamente porque estaría en curso en sanciones de carácter administrativo como la misma ley 100 lo consagra en su artículo 271 en ese sentido propio es que la exigencia o el condicionamiento que se le están

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora PATRICIA PIÑEROS AVILA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda a folios 1 y 2 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 4, aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad o en subsidio la inexistencia de dicho acto, en consecuencia se ordene a PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, igualmente se disponga que COLPENSIONES reactive la afiliación, actualizando y corrigiendo su historia laboral, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPATRIA antes Horizonte hoy PORVENIR el 14 de octubre de 1998, ordenando a esa AFP la devolución de los saldos aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a su propias utilidades, y a COLPENSIONES acepta su traslado y a recibir el monto de saldos, aportes,**

dando a las administradoras de pensiones del RAIS va más allá de lo que la ley propiamente en su momento les exigía más que todo frente al cumplimiento de ese deber de información.

En otro sentido el efecto de considerar las semanas cotizadas como una mala o el recaudo de las semanas cotizadas de la demandante dentro de su historia laboral como una mala gestión de administración nada tiene que ver con lo referente a los aportes o la administración de los aportes que la demandante ha realizado dentro del RAIS que ese es efecto principal dentro de la administración de la pensión o de la futura pensión de la parte actora, propiamente al momento de solicitar la pensión o el trámite respectivo a la redención del bono pensional se hace la actualización de la historia laboral frente a las semanas que ha venido cotizando o que cotizo en su momento en el ISS, por ende el argumento propiamente de generar o considerar mala la gestión de mi representada no se comparte, teniendo en cuenta que la misma si realizo una buena gestión cuando dentro de los aspectos se vio generando rendimientos positivos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, cuando se pagaron primas de seguros, por las contingencias de invalidez y sobrevivencia durante su tiempo de afiliación que conlleva a determinar una buena gestión dentro de la administración de dichos aportes, en ese sentido pues contrario es la condena a mi representada a la devolución de gastos de administración, en otro lado porque tampoco fue un aspecto plasmado en la fijación del litigio en lo referente a los gastos de administración, lo que desborda propiamente el derecho de defensa y contradicción que haya podido tener mi representada dentro del proceso y dentro de las facultades *ultra y extra petita* pues las mismas no pueden considerarse porque son referente a hechos que estuviesen probados frente a condiciones o prestaciones de carácter económico para las partes, en ese sentido solicito a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de las condenas en que fue incura, gracias”

rendimientos y gastos de administración ordenados. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora 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, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin.

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

Así las cosas, en el folio 53 (copia cédula de ciudadanía) se registra como fecha de nacimiento de la actora el 23 de mayo de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR 12 y 20 de febrero del 2020, respectivamente (fls. 20 a 22), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 503.14 semanas de cotización (*resumen historia laboral fls. 57 y 58*) equivalentes a 9 años, 9 meses y 12 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de octubre de 1998**, con fecha de efectividad 1° de diciembre de 1998 (fls. 54, 55 y 64), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR antes COLPATRIA 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 tunc³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio (cd. fl. 47, record: 10:36), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir (fl. 54 y 64), en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque por error de su empleador se hicieron unos aportes a dicho fondo y como quiera que no los pudo recuperar el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse se verían reflejados todos esos periodos en dicho fondo, además de expresarle que el ISS se iba acabar y que sus cotizaciones corrían riesgo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 54), plasmado en el formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, contrario a lo asentado en la alzada por el apoderado de PORVENIR no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa obrante en el Cd de folio 45 págs. 119 a 121, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes COLPATRIA omitió en el momento del traslado de régimen (14 de octubre de 1998 fl. 54), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la

afiliación, y en ese orden aunque ello no se mencionó en la etapa de fijación del litigio, 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 actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones (Cd fl. 42⁵) respecto de quien se surte 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 ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

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

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

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

⁵ Por auto del 12 de febrero del 2021 se tuvo por contestada la demanda (fl. 46).

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 y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

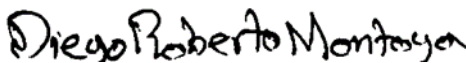
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

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

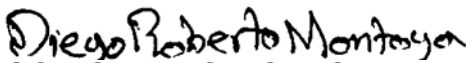
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS LÓPEZ
RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 13 2020 000082 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA, en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 38).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES (*correo electrónico del 6 de agosto de 2021*), 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 el fin desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Primera Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de junio del 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 37:11, acta archivo 9 expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor JUAN CARLOS LOPEZ RIVERA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 3.228.164, la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 20 de agosto de 2018, en cuantía inicial de \$1.845.776 , valor que fue hallado teniendo un IBL DE \$2.766.036 y un porcentaje o tasa de remplazo del 66,73%, valor sobre el cual se le deberán hacer los reajustes de anuales a que haya lugar y que también se autorizara a COLPENSIONES a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a pagar al señor JUAN CARLOS LOPEZ RIVERA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 3.228.164 el retroactivo que se genere a partir del 20 de agosto del 2018 de forma INDEXADA al momento en que se efectúe el pago de estas mesadas pensionales, conforme a lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: NEGAR el pago de intereses moratorios de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de JUAN CARLOS LOPEZ RIVERA Fíjese la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho a cargo de la demandada.

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

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 de la actora las pretensiones elevadas a folios 4 a 6 del Archivo 2 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 6 a 8 del mismo archivo, pretendiendo principalmente se reconozca la pensión de vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993 en cuantía de \$1.512.860, desde el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización, esto es, a partir del 20 de agosto de 2018, junto con los

factores de liquidación y cuantía previstos en la Ley 100 de 1993, reajustes de ley, intereses moratorios o en subsidio la indexación, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del cumplimiento de los 62 años de edad -20 de agosto del 2018-, en cuantía de \$1.845.766, ordenando el pago indexado de las mesadas adeudadas y declarando no probada la excepción de prescripción, lo anterior tras considerar que dicha pensión es compatible con la de jubilación que devenga el demandante, tras considerar que la pensión de vejez se causó con tiempos de aportes privados diferentes a los tenidos en cuenta para la pensión de jubilación.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, estableciendo en primer lugar si las pensiones reconocidas al demandante son de carácter compatible, a efectos de verificar las condenas impuestas a la pasiva.

Así las cosas, no es objeto de controversia la calidad de pensionado que ostenta el señor JUAN CARLOS LOPEZ RIVERA, en tanto actualmente devenga una Pensión de Jubilación otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a través de la Resolución No. 00708 del 4 de marzo del 2008, en cuantía de \$1.749.515,49 a partir del 30 de diciembre del 2007 (*Archivo 1 expediente digital, impreso para mayor claridad e incorporada a folio 3*).

En este orden de ideas cabe acotar, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el sistema general de pensiones, en vigencia de la Ley 100 de 1993 son incompatibles las pensiones que amparan una misma contingencia, lo cual se justifica, además, en la posibilidad prevista en esa norma de acumular cotizaciones independientemente de su procedencia u origen, en aras de incrementar el valor de la base de liquidación. Así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL5228 de 2018 y SL5068 de 2019.

No obstante lo anterior, y a efectos de determinar la compatibilidad entre tal pensión y la aquí reclamada, la Honorable Corte Suprema de Justicia en el

pronunciamiento realizado en la sentencia SL 17447 de 24 de septiembre de 2014, señaló:

“(...) los referentes actuales de esta Sala de Casación Laboral para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no existe una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación (...)”.

Conforme lo anterior, es claro que en autos se dan los presupuestos citados, pues la pensión de jubilación reconocida al accionante desde el 30 de diciembre del 2007 está a cargo del MINISTERIO DE DEFENSA como entidad administradora de los recursos de la POLICIA NACIONAL, mientras que la pensión de vejez que aquí se reclama se encontraría a cargo de COLPENSIONES únicamente, aunado a que la reglamentación aplicable a estas dos prestaciones son totalmente distintas, ya que para la primera prestación, esto es, la Pensión de Jubilación se aplicó el Decreto 2701 de 1988 -Artículo 44- *“Por la cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de las Entidades Descentralizadas, de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional”* y el Decreto 1214 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.”* - Artículo 98-, mientras que la que aquí se reclama se analizará en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

De otro lado resulta, que los aportes con los cuales se va a reconocer la pensión de vejez aquí pretendida provienen de otros empleadores (*conforme a la historia laboral obrante en el expediente administrativo aportado por Colpensiones y que se encuentra digitalizado*), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión de jubilación a cargo del Ministerio de Defensa, pues estas se dieron con cotizaciones efectuadas al servicio de la Policía Nacional conforme se indica en el acto de reconocimiento pensional, tratándose entonces como ya se dijo de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que actualmente disfruta, no generándose incompatibilidad alguna, confirmándose en este aspecto el fallo consultado.

En esta misma dirección, tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política¹, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2² y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959, como también la SL 3359 del 2020 en la que se consideró:

“...de ninguna manera puede afirmarse que se quebranta la prohibición del artículo 128 de la CN, por recibir más de una asignación del tesoro público, porque será Colpensiones, la que en reemplazo del ISS, como administradora del RPMPD, la responsable de pagar a la Nación la cuota parte financiera con los recursos del fondo común formado por las cotizaciones de todos sus afiliados, lo que desvirtúa el argumento de que es la Nación la que está asumiendo el pago del bono pensional.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala, por ejemplo en la sentencia SL9730-2014, de esta forma:

[...] aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, es una situación que no apareja que sea propietario del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una discriminación de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las entidades descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del Estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov 2013, Rad. 41306.”

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a determinar si el demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993³, disposición que exige para el caso de los hombres,

¹ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

² “Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

³ “**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.

haber alcanzado 62 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 en el año 2015.

Al efecto, se encuentra a folio 34 del archivo 2 expediente digital copia del documento de identidad del accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 20 de agosto de 1956, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se concluye que la accionante cotizó una cantidad de **1406,72 semanas**, siendo su ultimo aporte para el ciclo de abril del 2018 (fl. 30 vto), esto es, antes de cumplir los 62 años de edad conforme a la historia laboral obrante en el expediente electrónico, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para ese entonces (2018) las semanas requeridas eran 1300.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 señala que “La obligación de cotizar *cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez*, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”

En ese orden, se advierte que si bien en la historia laboral ya citada se evidencia como última cotización la del mes de abril del 2018, lo cierto es que solo puede proceder el reconocimiento pensional a partir de la calenda en que el demandante adquirió el status de pensionado, que no es otra que la fecha en que cumple con el número de semanas y edad exigidos por la normatividad aplicable la presente asunto, por ende en el caso bajo estudio resulta procedente el reconocimiento a partir del **20 de agosto del 2018** (fecha del cumplimiento de los 60 años fl. 6).

Advertido lo anterior, a continuación se procede a verificar el cálculo del I.B.L. y de la primera mesada pensional realizado en primera instancia, señalando el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados

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”.

anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado la demandante más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993.

Así, realizadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidar creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte integra de la sentencia, se obtiene un valor del I.B.L. de los últimos 10 años por ser el más favorable al demandante conforme lo indicó la Juez de primer grado, sin que fuera objeto de reproche, la suma de \$2.965.835,03, al cual se le aplica la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, del 66,60%⁴ obteniéndose un valor por concepto de primera mesada pensional actualizada al año 2018 de **\$1.975.300,89**⁵, suma que aunque resulta superior a la hallada por la Juez *a quo* - \$1.845.776-, no se tendrá en cuenta para modificar la sentencia, por cuanto con ello se haría más gravosa la situación de la encartada en favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, confirmándose por ende este aspecto de la sentencia.

4

IBL / SMMLV	\$ 2.965.835,0	\$ 781.242,0	3,7963	
No. SMMLV*0,5		3,7963	1,898153859	
65,50%	-	63,602%	3,0000	
Semanas adicionales a 1300		100		
100 / 50 * 1,5		3		
3,00%	+	63,60%	I. R.	66,60%

8

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1999	340	36,420	96,92	2,661	\$ 1.206.705,88	\$ 3.211.255,74	\$ 36.394.231,74
2000	360	39,790	96,92	2,436	\$ 1.208.916,67	\$ 2.944.664,57	\$ 35.335.974,87
2001	360	43,270	96,92	2,240	\$ 1.425.333,33	\$ 3.192.588,55	\$ 38.311.062,63
2002	360	46,580	96,92	2,081	\$ 1.537.833,33	\$ 3.199.802,63	\$ 38.397.631,60
2003	360	49,830	96,92	1,945	\$ 1.654.500,00	\$ 3.218.024,08	\$ 38.616.288,98
2004	360	53,070	96,92	1,826	\$ 1.642.333,33	\$ 2.999.339,49	\$ 35.992.073,86
2005	360	55,990	96,92	1,731	\$ 1.713.583,33	\$ 2.966.252,84	\$ 35.595.034,11
2006	360	58,700	96,92	1,651	\$ 1.907.500,00	\$ 3.149.487,22	\$ 37.793.846,68
2007	360	61,330	96,92	1,580	\$ 1.934.583,33	\$ 3.057.228,38	\$ 36.686.740,58
2008	132	64,820	96,92	1,495	\$ 1.928.954,55	\$ 2.884.206,64	\$ 12.690.509,23
2010	8	71,200	96,92	1,361	\$ 800.000,00	\$ 1.088.988,76	\$ 290.397,00
2017	120	93,110	96,92	1,041	\$ 1.200.000,00	\$ 1.249.103,21	\$ 4.996.412,85
2018	120	96,920	96,92	1,000	\$ 1.200.000,00	\$ 1.200.000,00	\$ 4.800.000,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2018	\$ 355.900.204,14
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.965.835,03
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					66,60%
		Primera mesada					\$ 1.975.300,89

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada, se debe precisar la demandante tiene derecho a devengar 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8° y párrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005), confirmándose este punto.

Ahora, en cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada (pág. 221 Archivo 2 expediente virtual)⁶, se tiene que no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 20 de agosto de 2018 data en la que la actora cumplió los 62 años de edad (fl. 6); presentando reclamación una vez cumplió la edad y semanas exigidas por la Ley, el 21 de agosto del 2018 conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 31755 del 4 de diciembre del 2018 (fl. 7), frente a la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación resueltos por actos administrativos SUB 32547 del 5 de febrero del 2019 y DPE 40 del 26 de febrero del 2019 (fls. 10 a 17 impresas para mayor claridad del expediente administrativo) y se interpuso la presente demanda el 11 de febrero del 2020 (fl. 208 Archivo 2 expediente digital), por lo que es claro que no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo, tal como así lo determinó el operador judicial de primer grado, por lo cual se prohijara tal decisión.

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

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del

⁶ Por auto del 3 de mayo del 2021 se tuvo por contestada la demanda (pág. 234 Archivo 2 expediente virtual).

capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 20 de agosto del 2018, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

En ese orden, se calculará el retroactivo pensional causado pues en primera instancia no se cuantificó, desde el 20 de agosto del 2018 con corte al 31 de agosto del 2021, el cual arroja una suma de **\$76.431.670,87⁷**, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procediendo a concretar el valor del retroactivo adeudado, confirmándose en lo demás, por las razones aquí expuestas.

Sin **COSTAS** en el grado de 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,

7

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
20/08/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.845.766,00	5,37	\$ 9.905.610,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.904.461,00	13,00	\$ 24.757.993,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.976.831,00	13,00	\$ 25.698.803,0
01/01/21	31/08/21	1,61%	\$ 2.008.658,00	8,00	\$ 16.069.264,0
Total retroactivo				\$ 76.431.670,87	

RESUELVE

PRIMERO: CONCRETAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para establecer que el retroactivo adeudado del 20 de agosto del 2018 con corte al 31 de agosto del 2021, asciende a la suma de **\$76.431.670,87**, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 01 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, conforme a lo considerado.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de Consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DUILA HAYDEE SUAREZ PRIETO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 15 2020 000018 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma el ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 17 de agosto de los corrientes (fl 155)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 143 151) y COLPENSIONES (fl 153 154), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de junio del 2021 (Cd. fl. 131, record 1:59:56, acta a folios 132 y 133), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante DUILA HAYDEE SUAREZ PRIETO de la pensión de vejez prevista en el acuerdo 049 de 1990, la cual se reconocerá entonces a partir del día 01 de septiembre del año 2019 en un valor correspondiente a un Salario mínimo legal mensual vigente para dicho momento de \$822.816 y la cual se pagara en trece mesadas, se deberá hacer lo reajustes de orden legal que ha dispuesto el gobierno Nacional año a año hasta su incursión en nómina por el valor correspondiente al salario mínimo de este momento hasta su inclusión en nómina y cuyo retroactivo pensional se ha venido causando se deberá debidamente indexada desde la fecha de causación de cada mesada y hasta el momento de pago, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente en cuanto los intereses moratorios y la

indemnización de perjuicios y frente a esta declarar demostrada las excepciones de inexistencia de obligación y cobro de lo debido, conforme se expuso en la parte motiva

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo correspondiente a 2 SMLMV para el año 2021.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

QUINTO: Se autoriza a Colpensiones para que el retroactivo pensional al que se hizo referencia en el numeral primero de la parte resolutive de la presente providencia se descuente lo correspondiente al cálculo actuarial correspondiente a 8.22 semanas del periodo comprendido del 10 de febrero de año 1982 al 07 de abril del año 1982 y el cual se liquidara teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente para dicho momento, conforme se expuso en la parte motiva.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes, interponen recurso de apelación, inicialmente el apoderado del actor señala su inconformidad en cuanto a la orden dada del pago del cálculo actuarial a cargo de la demandante, precisando el Consejo Colombiano de Seguridad aún se encuentra vigente y no ha desaparecido de la vida jurídica, por ende asegura es COLPENSIONES quien inicialmente debe hacer ese cobro sin que se le pueda trasladar la obligación al trabajador, pues si la mesada pensional es de un salario mínimo no es posible que la actora asuma esa obligación.

Igualmente señala que con el empleador HELITEC LTDA la demandada debió iniciar el cobro coactivo para sumar ese tiempo de servicio, así mismo señala con el empleador CARLOS ALIRIO PINZÓN existe una inconsistencia pues se reportaron 14 días pero solo se aplicó una cotización de 7 días, por lo que en su sentir se deben tener en cuenta los restantes 7 días, del mismo modo con el GRUPO MUNDO LTDA se debe tener en cuenta aunque sea 1 día de trabajo al existir prueba del contrato de trabajo.

Respecto de GUZMAN PLESTED y EDUNAL LTDA refiere se deben tener en cuenta las semanas reportadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha de retiro, teniendo en cuenta para ello la mora del empleador.

Por otro lado y en cuanto a los perjuicios, expresa los mismos sí se generaron ante la falta de acción por parte de Colpensiones quien no realizó las gestiones de cobro para la recuperación del tiempo necesario para acreditar los requisitos de pensión.

Finalmente refiere, el reconocimiento de la pensión debe ser a partir del 6 de julio del 2015 tres años anteriores a la fecha de la última solicitud de pensión elevada ante Colpensiones que lo fue el 6 de julio del 2018, toda vez que continuó negando la mesada pensional ya existiendo los requisitos cumplidos, solicitando

por ende revocar el numeral quinto del fallo de primer grado y modificando la fecha de reconocimiento pensional. (Cd. fl. 131, record: 2:02:29)¹

¹ “Muchas gracias su señoría con todo respeto interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que ha tomado la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Cabe aclarar que así como lo ha indicado su señoría encontramos dentro de la historia laboral de la señora DUILA HAYDEE algunas situaciones que obviamente ameritan un estudio detallado y además unas consideraciones adicionales, cabe rescatar en principio hacer alusión a la sentencia SL 537 del 2019 del doctor Omar de Jesús Restrepo Ochoa en sentencia del 19 de febrero del 2019 en donde establece lo siguiente *“Esta Corporación ha señalado que para efectos de contabilizar las semanas cotizadas del aportante a fin de verificar si cumple los presupuestos legales tendientes a cumplir el derecho pensional deben tenerse en cuenta las consignadas oportunamente, así como las que se encuentran en mora o las que se pagaron de manera extemporánea dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que aquel se encuentra afiliado, así pues el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar realizando la labora para la que fue desempeñado, fue contratado y es el empleador posteriormente a la afiliación a quien de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional y de no hacerlo a término genera nuevos intereses moratorios , así pues la norma en comento indica en el artículo 22 que la obligación el empleador es la responsabilidad de pago de su aporte del aporte de los trabajadores o su servicio para efecto de descontar el salario de cada afiliado al momento de su pago el monto de las cotizaciones regulatorias y de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladara estas sumas a la entidad elegida por el trabajador junto con los correspondientes aportes para que dentro los plazos en efecto determina el gobierno, el empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador por tanto antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado y sus beneficiarios debe probar que previamente cumplieron con su obligación de manera diligente, que no es otra sino la correspondiente excepciones de cobro tal y como lo dispone el artículo 24, pues es responsabilidad de aquellas garantizar la efectividad de su pago”*

En esas palabras aquí su señoría que usted digamos indica que no se allegaron la documental oportunamente a Colpensiones o que no se verifico que no se constató el tiempo en aquí en este momento específicamente es el Consejo Colombiano de seguridad son 8,29 semanas correspondientes al 10 de febrero de 1982 al siete de abril de 1982 se obtiene la certificación e inclusive esta entidad Consejo Colombiano de Seguridad aún se encuentra vigente, es decir no ha desaparecido de la vida jurídica, aquí todavía no podemos acreditarlo pero eso es una labor que tiene que realizar Colpensiones para inicialmente para desestimar este cobro ¿No? por lo tanto no se puede trasladar esta obligación al trabajador, inclusive digamos que Duila en su afán de poder obtener la pensión, obviamente da algunas alternativas ¿No? pero aquí tenemos que revisar exactamente también un sistema de solidaridad ¿No? se tiene que establecer que estamos en contra de la constitución como en la ley 100 sistema de solidaridad donde en principio la obligación es del empleador no del trabajador y aquí en síntesis también no debemos vulnerar los derechos mínimos fundamentales del trabajador donde si esta persona cuenta con un salario mínimo de donde más le vamos a descontar para que asuma obligaciones que no le corresponden, por esa razón considero yo que aquí digamos en el sentido del fallo se debe establecer una obligación por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en la medida en que si se continua garantizando este tiempo y que todavía se encuentra en la vida jurídica el Consejo Colombiano de Seguridad sea a través de las reclamaciones o del cobro coactivo que está diseñado por la ley 100 de 1993 en su artículo 22 y también en su artículo 24 como en el decreto (sic).

Pero aquí digamos que la insistencia es establecer obviamente la necesidad de perseguir al empleador, no perseguir aquí a la demandante con el fin que pague una obligación que no le corresponde ¿no?

Pero adicionalmente lo del Consejo Colombiano de Seguridad Social podemos ver lo de Helitec Ltda., de Helitec Ltda. que en principio se indilgó que está en liquidación pero aquí tiene que revisarse a través de la Administradora Colombiana de Pensiones hacer la garantía efectiva del cobro coactivo para poder sumar esta clase este tiempo que también se encuentra acreditado a través de una certificación, no es una mera enunciación, inclusive la señora Duila Haydee la realizo inicialmente desde el año 2010, ella comienza a hacer sus reclamaciones asegurando y estableciendo cuales eran las personas llamadas a pagar cada una de las semanas que faltaban dentro de su historia laboral, por esa situación encontramos procedente que tanto la Administradora de fondos de pensiones realice las actividades que le corresponden ¿no? y no desplegar inoficiosamente algunas situaciones en contra del trabajador.

Ahora respecto al último reporte de semanas, podemos encontrar también algunas inconsistencias en donde por ejemplo para el señor Carlos Alirio Pinzón que no se había advertido dentro de los alegatos él se (sic) siete días cotizados ¿no? y en la novedad de retiro encontramos que los días reportados fueron catorce, entonces aquí dentro del periodo comprendido entre octubre de 1996 se debe tener en cuenta estos siete días específico a una semana que digamos el doctor al momento de realizar calculo decía que había 996 semanas

que digamos que aparecen en la historia laboral, teniendo en cuenta esta semana encontraríamos 997 semanas ¿no? aquí digamos revisando cada una de las situaciones.

También en lo que corresponde al Grupo Mundo Ltda. pues se debería tener en cuenta un día, aunque aquí se puede establecer se encuentra el contrato de trabajo y se encuentra digamos suscrito para ese día, por lo menos mínimamente se debería tener en cuenta ese día que corresponde 0,14 semanas.

Ahora lo que corresponde frente a la deuda presunta si es lógico el análisis que hace el doctor en la medida en que se debe demostrar digamos el tiempo laborado y para tenerlo en cuenta como semanas debidamente calificada dentro de la historia laboral, pero nótese que por lo menos en el primer tiempo que obviamente concurre y coincide con el tiempo del Consejo Colombiano de Seguridad entre el 01 de enero de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1981, que en el Consejo de Seguridad es (sic) Guzman Plested es 1 de enero de 1980 al 30 de noviembre de 1981 y Edunal Ltda. es 8 de septiembre de 1980 al 15 de junio de 1981 y nótese que la señora nos indicó que siguió prestando su servicio ¿no? y que se había acordado de esa clase de situación, seguía afiliada al sistema de seguridad social porque daba entender que ese tiempo que laboro, ese tiempo que desarrollo su actividad se comprendió hasta el momento del retiro ¿no? por eso hay un ingreso y por eso hay un retiro eso lo hace única y exclusivamente el empleador y eso no lo hace ni el afiliado, eso no lo hace la administradora de fondo de pensiones, eso lo hace directamente el empleador razón por la cual allí desde esas novedades o por lo menos esos cambios de salario que allí se establecieron dentro de cada figura, esos son novedades que va reportando el trabajador y así de esas novedades pues generan las obligaciones que establece la ley 100 y con eso considero que también se debe tener en cuenta estas semanas debidamente conforme se ha establecido dentro de la mora de la afiliación.

Ahora reseñar que no se han demostrado los perjuicios y que no se atiende digamos a lo establecido en la sentencia sobre los principios de la buena fe del acto propio... en lo que corresponde a la violación a los principios de la buena fe y la confianza legítima y la seguridad jurídica que afectan el cumplimiento del derecho pensional, nótese que si Colpensiones escucha aquí a la señora Duila Haydee e inicia todos los trámites necesarios para la recuperación de todo el tiempo necesario para el cumplimiento de su pensión, pues no estaríamos digamos en esta condición ¿no? y además se habría la señora Duila Hayde pues estaría ya disfrutando de su pensión, pero encontramos que efectivamente no se realiza digamos ninguna actuación más allá de enviar algunos documentos sin esperar digamos alguna respuesta sin continuar digamos con ese trámite de la recuperación de las semanas, es que no solamente es enviar una solicitud de cobro sino iniciar un cobro coactivo porque se encuentran los documentos que acreditan dicha situación, así como fueron allegados aquí al plenario como son las certificaciones de la empresa, como es el Consejo Colombiano de seguridad, así como la de Helitec Ltda., se puede encontrar digamos esas certificaciones que dan pie para iniciar un cobro activo de poder hacer digamos una presión a cada uno de los operadores para que se pague.

Por eso traigo a colación y sigo trayendo a colación la sentencia del Dr. Luis Gabriel Miranda Huertas de 15 de mayo del 2002 donde nos estableció conforme a nos indica el artículo 13 y el artículo 35 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el acuerdo 758 nos dice que se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada pero es que aquí hay una situación especial que se encuentra demostrado que la persona si laboro, sin embargo la negligencia por parte de la administradora del fondo de pensiones Colpensiones en reconocer la prestación de vejez en tener las semanas debidamente acreditadas y contabilizadas pues dan al estudio del derecho pensional por eso la Corte Suprema de Justicia ha indicado que esas situaciones expresas y de acuerdo a esas circunstancias se debe tener totalidad de las exigencias consagradas en los reglamentos del seguro social, debe reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad desde que elevo la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos así no haya operado o entrado en rigor la mencionada desafiliación al sistema.

Entonces de todas las reclamaciones que hizo la señora Duila Hayde podemos encontrar que la última que fue desarrollada en el 2018 a mi parecer debería tenerse en cuenta como ese inicio para contabilizar el retroactivo de la mesada pensional, teniendo en cuenta que allí en esa respuesta que da la Administradora de Fondo de pensiones es continuar negando la mesada pensional, es continuar negando ese derecho pensional, es decir que para generarse el retroactivo pensional debería establecerse desde el 06 de julio del 2018, teniendo digamos esa prescripción trienal tendría que extenderse desde el 06 de julio del 2015 en adelante para tener como cumplida esa mesada pensional y de allí obviamente los intereses moratorios que se generarían a partir del 2018 en adelante, por eso considero que se debe modificar tanto la fecha del reconocimiento de la pensión como el cauce de su derecho pensional que podríamos establecerse aquí desde el 15 de junio 2015 en adelante y además sin trasladar la obligación de un pago de un cálculo actuarial porque se le puede quitar esa obligación que tiene la Administración de fondos de pensiones Colpensiones de primero debe realizar a todas las actividades pendientes a recuperar todas las semanas del afiliado que en realidad aquí no se ha demostrado que Colpensiones haya realizado todos esos trámites necesarios, entonces una vez hipotéticamente que ya ocurra ahí si ya se le podría preguntar al pensionado sin concurría al pago voluntario de esa causación de cálculo actuarial, en principio diría yo no se puede asumir ese cálculo actuarial ¿Por qué? Porque está menoscabando los derechos del trabajador del afiliado y del pensionado y que obviamente están en contra

COLPENSIONES aduce en la alzada únicamente que se debe adicionar la decisión en relación con la autorización para descontar los aportes a salud del retroactivo reconocido en la sentencia. (Cd. fl. 131, record: 2:20:30)²

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante DUILA HAYDEE SUAREZ PRIETO las pretensiones visibles a folio 2 y 2 vto, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 vto a 4, encaminadas a que se declare tiene derecho a recibir su pensión de vejez a partir de la fecha en que se acredite el total de los requisitos, conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios, perjuicios materiales e inmateriales, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita*, costas, gastos y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** pues se condenó a la demandada al reconocimiento pensional en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tras considerar, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el mencionado Acuerdo, precisando que la prestación se otorga desde el día siguiente a la última cotización 1° de septiembre del 2019, en cuantía de un salario mínimo y con 13 mesadas al año, teniendo en cuenta para todos los efectos el periodo en que no hubo afiliación con el empleador Consejo Colombiano de Seguridad correspondiente a 57 días con las cuales se logra acreditar el cumplimiento de las 1000 requeridas, señalando que dicho calculo actuarial podía ser cancelado por la demandante del retroactivo que se le debía reconocer, absolviendo de los intereses moratorios y condenando a la indexación de las sumas adeudadas.

De esta manera, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se examinarán además de los motivos expuestos por ésta en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable.

Así las cosas, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si la demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley

dicho primero dentro de la constitución artículo 53 de la constitución nacional y así del artículo primero donde establece que somos un estado social de derecho y que obviamente dentro del trámite de la jurisprudencia que fue lo que nos han dicho hay unos mínimos por parte del trabajador que no se deben vulnerar, razón por la cual considero señores del tribunal superior de Bogotá se debe modificar cada uno de los numerales aquí indicados por parte del señor juez de primera instancia y revocar el numeral quinto que solicita a pagar el cálculo actuarial por parte de la demandante, no siendo el otro en particular dejo presentado el recurso de apelación.”

² “Su señoría solicito se adicione el numeral quinto con respecto a autorizar a Colpensiones descontar los aportes a la salud del retroactivo reconocido en dicha sentencia, y sin recursos contra la sentencia proferida su señoría”

100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005³, tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 10) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 10 de enero de 1956, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 1° de marzo de 1974 fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado por Colpensiones y actualizado al 10 de septiembre del 2020⁴ (fls. 139 a 141), por manera que, **el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la señora DUILA HAYDEE SUAREZ PRIETO alcanzó los 55 años el **10 de enero del 2011** (fl. 10), es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-.

En ese contexto, con miras a establecer si el beneficio transicional de la demandante se mantiene hasta el año 2014, procede la Sala a verificar el conteo de semanas cotizadas hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma

³ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

⁴ Impreso para mayor claridad del Cd obrante a folio 121 no permitía su reproducción.

constitucional, advirtiendo la Sala la actora conforme a la historial laboral citada (fls. 110 a 114) para el 29 de julio del 2005, contaba con **829.15** semanas, cumpliendo así con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, tal y como lo dispuso el fallador de primera instancia.

Establecido lo anterior, procede la sala a verificar si la promotora del litigio cumple con el requisito de semanas de cotización, memorando que la norma aplicable (art. 12 Acuerdo 049 de 1990) exige 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, y en ese orden, revisados los reportes consolidados y detallados de cotización (fls. 139 a 141), encuentra la Sala, en el periodo comprendido del 10 de enero de 1991 al 10 de enero del 2011 (20 años anteriores al cumplimiento de la edad), cuenta con **135.15** semanas de cotización y en toda la vida laboral hasta el 31 de diciembre del 2014 cuenta con **996.16** semanas.

No obstante lo anterior, alega la demandante existen unos periodos que no han sido tenidos en cuenta por ejemplo con el empleador GUZMAN PLESTED HERNAN del 1° de enero de 1980 al 30 de noviembre de 1981 y del 1° de mayo de 1983 al 31 de agosto de 1989 (ver hecho No. 23 fl. 3 vto), precisando la Sala conforme a los tiempos de servicio establecidos por la encartada a folios 137 y 138, esto es, en el “*REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS 1967-1994*”, se encuentra que dicho empleador reportó novedad de ingreso para el día 3 de marzo de 1975 y como de retiro el 30 de noviembre de 1981, igualmente realizo un nuevo ingreso el 1° de mayo de 1983 con fecha de retiro 31 de agosto de 1989, esto es, 4708 días de relación laboral o **672** semanas, reflejándose en dicho reporte tan solo 1765 días cotizados que equivaldrían a **252.14**, anotándose en dicha documental para el periodo del 1° de enero de 1980 al 31 de agosto de 1989 como observación “*Deu*” (fl. 137), igualmente en la Historia Laboral actualizada al 10 de septiembre del 2020 Colpensiones para ese lapso anota “*Periodo en mora por parte del empleador*” (fl. 139 vto).

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que obra novedad de ingreso y retiro en las fechas solicitadas por la actora, se puede inferir razonablemente existencia del vínculo laboral durante los meses que se echan de menos en la historia laboral de la actora (01/01/1980 a 30/11/81 y del 1/5/83 al 31/8/89), recordando frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto por la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador será responsable del pago de los mismos, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente

que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante.

Razones por las cuales al encontrarse acreditado que para los meses alegados por la actora existió un vínculo laboral, resultaría procedente la inclusión de tales semanas no tenidas en cuenta por Colpensiones, esto es, del 01/01/1980 a 30/11/81 y del 1°/05/83 al 31/08/89 equivalentes a **419,89** semanas que sumadas a las 252.14 reflejadas en la Historia Laboral de Colpensiones totalizan 672 semanas de cotización con el empleador GUZMAN PLESTED HERNAN.

Sobre el punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2652-2020, Radicación N° 76156 del 1° de julio de 2020, indicó:

“Para la Sala, contrario a las suposiciones de la censura, del conjunto de la información vertida en el expediente, desde el punto de vista fáctico, bien podía el Tribunal inferir razonablemente que la relación laboral sostenida por el fallecido con Rapimontajes Eléctricos S.A., en el curso de la cual se efectuó la vinculación al sistema de pensiones con Porvenir (fol. 18), había mantenido su continuidad incluso después de marzo de 2006, pues no había elementos de juicio suficientes que dieran cuenta de su terminación o de la celebración de un nuevo contrato con otro empleador, ni mucho menos de que se hubiera reportado la novedad de retiro ante el sistema.

(...)

En esos términos, ninguna de las pruebas calificadas en las que se fundamenta el cargo deja ver con certeza que la relación laboral con Rapimontajes Eléctricos S.A. hubiera terminado o que el Tribunal incurrió en algún error de hecho protuberante y manifiesto al concluir que durante los años 2006 a 2008 sí había mediado una relación laboral que le daba fundamento a las cotizaciones al sistema de pensiones que, como consecuencia, debían ser cobradas por el fondo demandado”

Así las cosas, se itera las semanas que se deberían adicionar a la historia laboral allegada por la accionada son las del **1° de enero de 1980 al 30 de noviembre de 1981 y del 1° de mayo de 1983 al 31 de agosto de 1989**, pues tales cotizaciones se causaron y el empleador era quien debía realizarlas, sin que la trabajadora pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para la afiliada, debiendo contabilizarse dichas semanas en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior en tanto, la mora en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no resta validez a las semanas a contabilizar para efecto de acreditar el cumplimiento del tiempo exigido para efectos del reconocimiento pensional, cuando además de la mora.

Establecido lo anterior, procedería la Sala con la inclusión de los periodos atrás relacionados y que no se tuvieron en cuenta por Colpensiones (del 01/01/1980 a

30/11/81 y del 1°/5/83 al 31/08/89), no obstante se advierte durante ese periodo obran cotizaciones con otros empleadores así (ver historia laboral fl.139):

- EDUNAL LTDA.: 08/09/1980 a 15/06/81
- ING REFRI INDUST ROJA: 24/08/81 a 15/09/81
- AEROREPARACIONES LTD: 1/05/83 a 31/10/85 y del 24/10/86 a 29/04/88
- AVIAREPARACIONES LTD: 23/10/87 al 31/08/89

De modo que al periodo que falta por incluir en la Historia Laboral de la actora - 419.89 semanas-, se le deben descontar las anteriores cotizaciones que se realizaron de manera simultánea y que suman 2414 días correspondientes a 344 semanas, es decir, solo podrán incluirse **75 semanas** (419.89-374).

Entonces sumando las citadas 75 semanas a las 996,16 ya reflejadas en la historia laboral de la actora, arrojan un total de **1071,16** semanas cotizadas al 31 de diciembre del 2014, cumpliendo así con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, sin que por ende sea necesario estudiar la inclusión de los demás periodos alegados por la actora en su apelación.

Ahora bien y en cuanto a la orden dada por el Juez de primer grado de pagar a cargo de la actora el cálculo actuarial por la no afiliación al sistema de pensiones del Consejo Colombiano de Seguridad, frente a lo cual la accionante expresa en su alzada ello deber ser del resorte de COLPENSIONES, baste con señalar los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso no se demandó el pago calculo actuarial.

En los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, **cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción** (literal d, párrafo 1°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda, pues ni tan siquiera se llamó a juicio a esta entidad y en esa medida los aportes reclamados a través del presente asunto frente al CONSEJO COLOMBIANO DE SEGURIDAD como ya se dijo no pueden ser tenidos en cuenta por COLPENSIONES **sino solo hasta cuando se cancele el correspondiente calculo actuarial por parte de dicho empleador**. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁵, razón por la cual se revoca dicha condena.

⁵ 2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”*, mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*.

Bajo la premisa anterior, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605⁶, que deben examinarse las circunstancias

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.” (Subrayas fuera de texto)

⁶ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, “para que pueda entrar a disfrutar de la misma”, o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera “previo retiro del asegurado o del régimen”.

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente

especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues, destaca la Sala, si bien es cierto el deber de desafiliación formal del sistema al que hace referencia la norma en mención, para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, se han establecido algunas excepciones sobre las cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia, estas se han circunscrito a aquellos casos en los que el afiliado, no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios, y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto obligado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones a reconocer el derecho, por ejemplo alegando déficit de aportes⁷, situación ésta que en efecto como lo alega el apelante se encuentra acreditada en el plenario en tanto conforme al estudio atrás efectuado COLPENSIONES era conocedora de la mora que existía desde el año 1980 con el empleador GUZMAN PLESTED HERNAN sin que dentro de autos se hayan acreditado las gestiones de cobro correspondientes y por el contrario la actora sí probó que en efecto se vio compelida a seguir cotizando precisamente por la negativa de la entidad de reconocerle la prestación, pues así se indica en los actos

disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada”.

⁷ Frente al particular pueden consultarse las sentencias con radicación 34514 de 2011, 39391 de 2011, 38558 de 2011, 97798 de 2011, SL 6159 de 2016 y SL 17999 de 2017.

administrativos GNR 25010 del 25 de enero del 2016 (fls. 55 a 56), GNR 361688 del 30 de noviembre del 2016 (fls. 73 a 75) y SUB 197559 del 25 de julio del 2018 (fls. 81 a 85), donde COLPENSIONES señala “...se le hace saber al interesado que podrá continuar cotizando para completar los requisitos exigidos en la Ley para acceder a la pensión de vejez ...”

Es esta medida, si bien la accionante adquirió el status pensional el 11 de agosto del 2013 pues para esa data alcanzó las 1000 semanas y ya contaba con la edad requerida, resulta que elevó diversas solicitudes de reconocimiento pensional ante la encartada así: 14 de octubre del 2015 (fl. 55), 11 de octubre del 2016 (fl. 73) y 6 de julio del 2018 (fl. 81), considerando esta Corporación proceder en este momento a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la encartada (fl. 105 vto)⁸, en aras de establecer a partir de cuándo resulta procedente el reconocimiento del derecho, advirtiéndose para efectos de analizar éste medio exceptivo ha de tenerse en cuenta la primera reclamación elevada por la promotora del litigio, esto es, es la del 14 de octubre del 2015 (fl. 55), la cual fue resuelta negativamente por Colpensiones mediante Resolución GNR 25010 del 25 de enero del 2016 (fls. 55 y 56) frente a la cual no obra prueba de haberse interpuesto recurso alguno, por lo que del 14 de octubre del 2015 al 25 de enero del 2016, estuvo suspendido el término prescriptivo, acudiendo a la jurisdicción solo hasta el 13 de enero del 2020 (fl. 91)⁹, cuando ya habían transcurrido los tres años de que tratan los artículos 151 del C.P.L. y 488 del C.S.T, siendo esta data (*presentación de la demanda*) la de interrupción del medio exceptivo, por ende las mesadas pensionales causadas con anterioridad 13 de enero del 2017 se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo, y en ese orden es claro que procede el reconocimiento del derecho a partir del **13 de enero del 2017**, modificándose la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación, pues este aspecto fue objeto de apelación por la parte demandante y adicionándose en cuanto a que se declara parcialmente probada la excepción de prescripción.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a la aquí accionante, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (16 años, 9 meses y 9 días), así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el

⁸ Se tuvo por contestada el 23 de abril del 2021 (fl. 124).

⁹ La demanda se admitió el 7 de julio del 2020 (fl. 92) con anotación en el estado del 8 de julio de ese año y notificada a Colpensiones el 8 de septiembre del 2020 (fl. 93)

afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio alcanzó la actora, pues en toda su vida laboral cotizó 1255,57 semanas (1180.57+75 semanas de mora).

No obstante lo anterior, ha de advertirse que procede el reconocimiento de la pensión de vejez depreciada por la parte actora, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se definió por el Juez *a quo*, conclusión que prohijará la Sala, ya que el presente proceso se conoce en consulta en favor de Colpensiones, y no podría aumentarse el valor del salario mínimo, determinado por el Juzgador inicial, so pena de hacer más gravosa la situación de la entidad en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional, además de no haber sido objeto de apelación por la parte demandante, prestación pensional que se debe pagar con 13 mesadas al año al haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011 tal y como lo establece el parágrafo 6° e inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005, confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

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

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

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 13 de enero del 2017, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

En ese orden, se calculará el retroactivo pensional causado pues en primera instancia no se cuantificó, desde el 13 de enero del 2017 con corte al 31 de agosto

del 2021, el cual arroja una suma de **\$48.896.535.20**¹⁰, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

Por otro lado, pretende la demandante se condene al pago de perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, no obstante, no demostró que, en efecto, se hayan causado los referidos perjuicios, pues su reclamo se quedó en la sola pretensión. Recuérdese que, conforme a la carga de la prueba, de que trata artículo 167 del C.G.P., era su deber acreditar evidentemente que se le ocasionaron los perjuicios solicitados, prueba que permaneció ausente en el curso del juicio, además de encontrarse sin sustento fáctico alguno, por lo que deviene la negativa de la pretensión.

Finalmente, y en punto a la apelación de la demandada, se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos apelados y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procediendo revocar parcialmente, modificar y adicionar la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto y a concretar el valor del retroactivo adeudado, confirmándose en lo demás pero por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 13 de enero del 2017.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primera instancia en cuanto a que la pensión de vejez deberá ser reconocida por COLPENSIONES a la actora a partir del **13 de enero del 2017**.

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada	N°. Mesadas	Subtotal
13/01/17	31/12/17	\$ 737.717,00	12,60	\$ 9.295.234,20
01/01/18	31/12/18	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,00
01/01/19	31/12/19	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,00
01/01/20	01/12/20	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,00
01/01/21	31/08/21	\$ 908.526,00	8,00	\$ 7.268.208,00
TOTAL				\$ 48.896.535,20

¹⁰

TERCERO: CONCRETAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, para establecer que el retroactivo adeudado del 13 de enero del 2017 con corte al 31 de agosto del 2021, asciende a la suma de **\$48.896.535,20**, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

CUARTO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia de primera instancia, por lo expuesto en la presente sentencia.

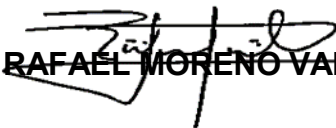
QUINTO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 15 Laboral del Circuito con el fin de AUTORIZAR a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado y consultado, pero por las razones aquí expuestas.

SÉPTIMO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

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

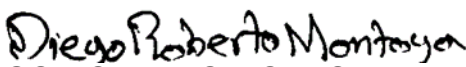
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE ALBERTO
ARRASTIA URIBE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS
S.A. (RAD. 15 2020 00039 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA, en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 27 de julio de los corrientes (fl. 163).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 158) y COLPENSIONES (fl 160 163), 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 el Juez Quince (15) 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., récord 57:59, CD folio 150, acta folios 151 y 152), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación efectuada el día 20 de noviembre del año 1994 por el señor JORGE ALBERTO ARRASTIA URIBE del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos, como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha administradora traslade los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante a la Administradora del Régimen de Prima Media Colpensiones; A esta que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas y se tenga en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, consecuencia natural de esta ineficacia.*

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

***TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirá la decisión al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.”*

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 JORGE ALBERTO ARRASTIA URIBE en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 3 y 3 vto) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 vto a 4 vto), aspirando se declare fue inducido a grave error por parte de COLFONDOS al haber omitido la información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al Régimen de Ahorro Individual, por ende se declare la ineficacia de la afiliación y se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde noviembre de 1994 junto con los rendimientos que se han generado, así mismo se ordene a COLPENSIONES a tenerlo como afiliado y se condene al pago de costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso. **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, ordenando igualmente a COLPENSIONES aceptar los recursos trasladados y a tenerlos en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado. 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 15 de marzo de 1958 (folio 13), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 23 de diciembre del 2019 (folios 24 a 26, 29 y 30), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, 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 667,57 semanas cotizadas (reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones fl. 156) equivalentes a 12 años, 11 meses y 23 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-

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”.

789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 **20 de septiembre de 1994**, con fecha de inicio de efectividad el 1° de octubre de ese mismo año, conforme la información registrada en la impresión de la consulta realizada al SIAFP de folio 97 y una respuesta emitida por COLFONDOS al actor de folio 22, **precisándose** en este punto en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues COLFONDOS desde la contestación de la demanda aceptó que el actor se trasladó a dicha AFP (al pronunciarse sobre el hecho 6 y la pretensión 2 fls. 86 y 88), 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, modificándose en este punto el fallo de primer grado en tanto se indicó que el traslado había ocurrido el 20 de noviembre 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.

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):

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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.

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.

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, 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.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (20 de septiembre de 1994, folio 97), 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.

⁴ CD folio 150, récord 15:15.

⁵ Cd folio 150, récord 11:38.

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, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del promotor del litigio, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso el 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (folio 41), 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.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de abril de 2021, folio 141.

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, con la modificación en relación con la fecha en que se efectuó el traslado de régimen del actor para determinar que la fecha del traslado al RAIS fue el 20 de septiembre del año 1994 y no el 1° de noviembre de 1994.

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,

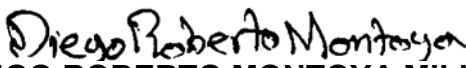
RESUELVE

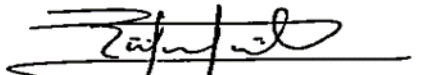
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia del Juez *a quo*, en cuanto a que la fecha del traslado de régimen del actor fue el **20 de septiembre de 1994**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 15 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

(En uso de permiso)

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

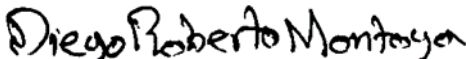
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TERESA CABRERA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 16 2019 00661 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 26 de julio de los corrientes (fl. 163 vto.).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 168) y las partes demandadas PORVENIR S.A (fl 150 152), COLPENSIONES (fl 160 163), 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 el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 8 de junio del 2021, obrando de conformidad con el Acuerdo No. PCSJA20-11686 del 10 de diciembre del 2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:02:04, Cd folio 140, acta folio 139), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por TERESA CABRERA del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a recibir los dineros correspondientes de la AFP Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones y a favor de la demandante en la suma de \$1 000 000 de pesos.

SEXTO: 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 del 2021.

SEPTIMO: 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 Colpensiones.”

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR apeló el fallo manifestando que si bien es cierto la existencia de un precedente judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha puesto de presente que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos a los que se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, pues asegura la demandante realizó de manera valida su traslado de fondo pensional de forma voluntaria, sin presiones y completamente informada, todo esto luego de recibir una asesoría oportuna por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir de conformidad con la normativa vigente para la fecha, aduce para dicha época no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requisitos se dieron con mucha posterioridad.

Respecto de la condena a devolver conjuntamente rendimientos y gastos administración debidamente indexados se aparta respetuosamente de la misma, pues señala el negocio jurídico nunca se realizó, nunca se celebró, por lo que esos frutos dados por la administración de su representada de los recursos de la demandante, tampoco se generarían, así como lo que corresponde a sumas previsionales, tal como lo expone la Superintendencia Financiera quien señala que los recursos entre los regímenes pensionales deben efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello como es el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008, precisando las aseguradoras pagaran el 100% de la prestación a la que tendría derecho la demandante por lo que condenar a la AFP a devolver dichas sumas, sería como entender que la demandante nunca estuvo amparada o protegida por estos seguros previsionales o protección a estos riesgos, situación que resulta contraria a la realidad¹. (Audiencia virtual

¹ “Muchas gracias señor juez, por parte de la AFP Porvenir de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra la sentencia, solicitando al Honorable Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá Sala laboral se sirva a revocar la presente decisión, conforme a las siguientes consideraciones: Primero si bien es cierto la existencia de un precedente judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha puesto de presente que no se puede aplicar de manera Homogénea a todos los procesos a los que se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues señor juez la demandante realizo de manera valida su traslado de Fondo pensional de forma voluntaria, sin presiones y completamente informada, todo esto luego de recibir una asesoría oportuna por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir de conformidad con la normativa vigente para la fecha, que si bien como se ha manifestado el deber de información ha existido desde la creación de las AFP privadas, esto también ha tenido un desarrollo legal, tanto jurisprudencial progresivo que claramente ha hecho más exigente este deber de información con el pasar de los años.

Ahora bien si existía una obligación por parte de las administradora del sistema general de pensiones de entregar información a quienes pretendiesen vincularse a ellas esta información necesaria, veraz y suficiente no iba más allá de la explicación de manera verbal de las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen, por lo tanto no había obligación de brindar una asesoría que no estuviera contemplada por la ley, tampoco se podía atribuir el deber del buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación, ni mucho menos el deber de una doble asesoría, tampoco existía la obligación de informar por escrito los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría si bien mi representada pues sus deberes legales son de administración de fondos de pensiones, no podía prever para ese momento el desarrollo jurisprudencial que ha venido realizando la corte suprema de justicia referente a este tema.

De igual manera no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requisitos se dieron con mucha posterioridad como se ha explicado con antelación, sin embargo mi representada considera que en esta sentencia se está en indebida interpretación a la norma aplicable a la data en la que la demandante decidió realizar el traslado de régimen pues el momento histórico en el que la demandante ejerció su derecho a la libre elección vale indicar que conforme a la ley 100 de 1993 y el decreto 663 del mismo año se determinaba que deben señalarse características y accesos a los servicios del régimen pero sobre todo enfocado a pedir una coacción con la escogencia de este, en este sentido es claro que la demandante si recibió esta información y no por otras razones menciono algunas de las características del RPM y que conocía los rendimientos financieros que generaban sus aportes a la cuenta de ahorro individual que tenía a su nombre. De acuerdo con lo anterior el actuar de mí representada aquí llamada a juicio siempre ha sido de una buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de todos los presupuestos legales vigentes al momento del traslado del régimen. Es importante reiterar que para el momento de (sic) que ya he mencionado como el deber de asesoría y buen consejo fueron impuestos hasta la expedición de los decreto 2555 del 2010, El decreto 2071 del 2015 y la ley 1748 del 2015.

concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:03:42, CD folio 140).

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión expresando no se tuvo en cuenta por el despacho que entre la afiliada y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad correspondía únicamente a las partes decidir, modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado, por cuanto para el momento en el que la demandante solicitó el traslado de régimen fundamentada en la nulidad de traslado o la ineficacia del mismo no era Colpensiones la competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte, advirtiéndose no puede verse afectada por un acto que carece de eficacia y del cual no hizo parte pues si bien se presentó oposición a las pretensiones de la demanda, esto se hace en virtud de que se tenía por sustentado y válido el traslado de la demandante en el año 1999 por ende y fue solo hasta este momento en que se evidenció que este acto carecía de eficacia, razones por las cuales en virtud de ello solicita no sea condenada a pagar costas

Ahora bien, respecto de la condena a devolver conjuntamente rendimientos y gastos administración debidamente indexados mi representada se aparta respetuosamente de esta condena, pues señor juez no resulta coherente que se aplique la figura de ineficacia en unos sentidos y en otros no, bajo el entendido que las consecuencias de aplicación de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se realizó, nunca se celebró, claramente estos frutos dados por la administración de mi representada de los recursos de la demandante, tampoco se generarían, es decir los rendimientos por lo que resulta totalmente improcedente condenar a devolver los rendimientos generados por los aportes de la demandante y los gastos de administración, así como lo que corresponde a sumas previsionales, como muestra de lo anterior expone la Superintendencia Financiera que mientras en el RPM los afiliados obtienen sus prestaciones en condiciones que ya se encuentran taxativamente regladas por la ley, en el RAIS los afiliados obtienen sus prestaciones de acuerdo a los valores que se hayan ahorrado en su cuenta de ahorro individual, se expresa igualmente que toda decisión judicial o administrativa de traslado de régimen pensional debe tener en cuenta el objetivo constitucional de estabilidad y solidaridad del sistema pensional, pues no es dable efectuar traslados sin el monto de aportes necesarios en cada régimen. En segundo lugar en mantenimiento del orden legal es imperioso hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar o conceder solicitudes de traslado, aun cuando los demandantes no cumplen los requisitos legales y en tercer lugar las decisiones deben apoyarse de criterios técnicos que determinen que no se generara una afectación al RPM, esto último a la luz de los principios constitucionales de la universalidad y eficiencia. Para esta Superintendencia en lo que tiene que ver especialmente con este traslado de recursos entre los regímenes pensionales deben efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello como es el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008, esta disposición normativa debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos lo que desde luego incluyen las restituciones que deben hacer cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado. Consideramos entonces que existiendo una norma que regula tal situación no se ve ninguna razón atendible para apartarse de ella e incluir conceptos que no contiene que por razones lógicas no pueden trasladarse.

Adicionalmente es preciso señalar que de igual manera dichas sumas se descontaron por estar autorizadas por la ley y esto con el único fin de que en caso de que la demandante incurriera en los riesgos de invalidez o muerte, las aseguradoras pagaran el 100% de la prestación a la que tendría derecho la demandante por lo que condenar a mi representada a devolver dichas sumas, sería como entender que la demandante nunca estuvo amparada o protegida por estos seguros previsionales o protección a estos riesgos, situación que resulta contraria a la realidad, es por lo anterior su señoría que solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revocar la sentencia de instancia y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, muchísimas gracias.”

procesales². (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:03:42, CD folio 140).

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 TERESA CABRERA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 7) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 6 y 7), aspirando principalmente se declare no es válido y por ende ineficaz el traslado efectuado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir, en consecuencia se declare continua válidamente afiliada al RPM y se ordene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes, rendimientos y valores cobrados por administración, así mismo se ordene a Colpensiones recibir los aportes a seguridad social que sean trasladados por Porvenir, 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 PORVENIR antes HORIZONTES, disponiendo a dicha AFP, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como aportes, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada**

² “SI señor juez, siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho, esto teniendo en cuenta que si bien se declaró la ineficacia del traslado por la demandante a porvenir no se tuvo en cuenta por el despacho que entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad correspondía únicamente a las partes decidir, modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado por lo dicho al momento en el que el demandante solicito el traslado de régimen fundamentada en la nulidad de traslado o la ineficacia del mismo no era Colpensiones la competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte, por lo que al no estar de acuerdo en ello las partes correspondía únicamente a los jueces como administradores de justicia decidir si existió o no una razón para dejar sin efecto el contrato celebrado, en este sentido solicito respetuosamente a los magistrados del tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia en cuanto el numeral quinto que son las condenas impuestas a Colpensiones, esto en el sentido de que se absuelva de las misma a la entidad ya que esta no puede verse afectada por un acto que carece de eficacia y del cual no hizo parte y pues si bien se presentó oposición a las pretensiones de la demanda, esto se hace en virtud de que se tenía por sustentado y valido el traslado del demandante en el año 1999, por ende y fue solo hasta este momento en que se evidencio que esta acto carecía de eficacia, en virtud de ello no puede ser condenada mi representada a pagar estas costas procesales reitero toda vez que la misma no puede verse afectada por un acto que careció de eficacia y del cual no hizo parte, en ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de octubre de 1963 (folio 14), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 2 de septiembre del 2019 (fls. 27 a 30), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional; de otra parte, se tiene, la actora 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 210,71 semanas cotizadas (historia laboral fls. 145 y 147 vto) equivalentes a 4 años, 1 mes y 5 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la accionante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **1º de octubre de 1999** con

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”.

fecha de efectividad 1° de diciembre de 1999 (folios 15 y 147) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del 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** de la actora al fondo accionado PORVENIR antes HORIZONTE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

“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.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el formulario de afiliación a Horizonte hoy Porvenir fue suscrito junto con la restante documental que le fue entregada en su momento por el empleador con quien iba a iniciar su vinculación laboral, precisando el asesor únicamente le indicó que dicha AFP era lo mejor en el tema pensional sin darle mayores explicaciones sobre ello.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, emana evidente que la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues 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 su decisión. 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 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

⁶ Cd. fl. 140 récord 9:55

afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (folio 715), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser 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 demandada PORVENIR antes HORIZONTE omitió en el momento del traslado de régimen (1° de octubre de 1999, folio 15), 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.

Igualmente, 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 la administradora de pensiones, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora 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 el a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto. Pertinente es aclarar, y en aras de 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 a la demandante como su afiliada.

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 actora.

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 convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales, sin que se aprecie ningún argumento por parte de Porvenir dirigido atacar la orden de pago de *“cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados”* dada por el Juez a quo.

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 (...).”

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto 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 prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (folio 67), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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,

⁷ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 8 de abril del 2021, folio 108.

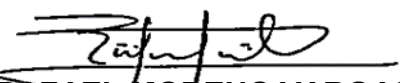
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 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

(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA TENJO
CONTRA ECOPETROL S.A. (RAD. 19 2017 00290 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y no habiéndose presentado los alegatos de instancia por ninguna de las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de junio de 2021 (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “06. AUD. ORD. 19-2017-00290-20210621_090341-.mp4”, expediente digital, récord 31:22*), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada, en consecuencia **ABSOLVER** a ECOPETROL S.A de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda conforme se enuncio en la parte motiva de este proveído.*

***SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante a favor de la UGPP (sic), fíjese la suma de \$500.000 pesos como agencias en derecho a cargo de la parte actora.*

***TERCERO: REMÍTASE** el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte actora.”*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandante, la apeló.

Como argumentos de la alzada, indica, la actora al 31 de julio de 2010 contaba con 51 años de edad y 20 años de servicio, con lo cual se acreditan los requisitos del artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo de julio de 2009, precisando, la disposición convencional *“habla de años continuos o discontinuos”* por lo que no se debe discriminar si *“estuvo de abril a tal día, estuvo de mayo a tal otro día de mayo, no, es continuo, y si se toman continuos esos años (...) cumple con lo solicitado en la convención”*.

Asimismo, menciona, el 28 de julio de 2010 petitionó a ECOPETROL el reconocimiento de la pensión la cual le fue negada el 18 de agosto de ese año, advirtiendo que los regímenes especiales expiraban el 31 de julio conforme el acto legislativo 01 de 2005 y anota además, que esa entidad no está facultada para reconocer pensiones legales o extralegales de jubilación con posterioridad a la fecha referenciada; sin embargo, advierte, este no es su caso porque, *“si bien es cierto tuvo tiempos de servicios por lapsos, esto no quiere decir que ella no pueda acceder a la pensión”*. En ese orden, si se tienen en cuenta los 20 años de servicio y los 50 años de edad, tendría más de los 70 puntos exigidos por el acuerdo colectivo.

Con relación a la fecha de nacimiento, asevera, esta se encuentra probada con la aceptación de ECOPETROL y consta en las resoluciones que reconocen la pensión a la actora¹ (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento 80 del C.P.T y la*

¹ *“Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación, sustentándolo de la siguiente manera el artículo 109 de la Convención Colectiva de trabajo de julio del 2009 expresa “la empresa continuara reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de 50 años le hayan prestado servicio por veinte años o más continuos o discontinuos en cualquier tiempo de conformidad con el Decreto 807 de 1994 con todo la empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicio por más de veinte años reúna 70 puntos en sistema en el cual cada año servicio de Ecopetrol s. A equivale a un punto y cada año de edad a otro punto” En el caso concreto mi representada al 31 de julio del año 2010 ya contaba con 51 años de edad y 20 años de servicio si vemos la convención colectiva habla de años de servicios continuos o discontinuo ¿sí? No es dosificar estuvo de abril a tal día, estuvo de mayo a tal otro día de mayo no es continuo y si se toman continuos esos años mi representada si cumple con lo solicitado en la convención colectiva en su artículo 109, mi representada el 28 de julio del 2010 envió una solicitud a fin que Ecopetrol le reconociera la pensión, Ecopetrol 19 agosto de agosto de ese mismo año contestó a mi representada que los regímenes especiales expiraban el 31 de julio del 2010 conforme lo estipulado en el acto legislativo 01 del 2005 esto oficio dice que Ecopetrol no está facultada para reconocer pensiones legales o extralegales de jubilación a los trabajadores que después de la citada fecha no vienen cumpliendo de manera concurrente los requisitos, sin embargo este no es el caso de mi representada porque si bien es cierto tuvo tiempos de servicios por*

S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “06. AUD. ORD. 19-2017-00290-20210621_090341-.mp4”, expediente digital, récord 32:20).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARTHA TENJO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 6 a 8, archivo “01. Expediente 19-2017-00290.pdf”, expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el acápite respectivo (págs. 8 a 12, *ibíd.*) solicitando se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación o vejez en los términos establecidos en la Convención Colectiva de trabajo vigente al momento de completar los requisitos pensionales. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la pensión y pagar las diferencias pensionales a su favor, junto con los intereses moratorios, la indexación, las costas y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a ECOPETROL de las pretensiones incoadas en su contra por la actora, tras considerar que como quiera que la demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma convencional antes del 31 de julio de 2010, no podía beneficiarse de la misma en razón a que el acuerdo convencional en lo que toca al tema pensional expiró el 30 de julio 2010, en virtud de lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.**

lapsos esto no quiere decir que ella no pueda acceder a la pensión ya que la misma norma lo dice en su artículo 109 de la convención colectiva que esos años de servicio tiene que ser continuos o discontinuos, insisto en que si se suman los 20 años de servicio más los 51 de edad esto daría los 71 puntos; y esos puntos sobrepasan los 70 estipulados en la convención colectiva

Ahora manifiesta la juez de primera instancia que no se probó la fecha de nacimiento de mi representada dentro del expediente, sin embargo esta fue mencionada dentro de los hechos de la demanda, fue aceptada por Ecopetrol y dentro de la resoluciones donde se le otorga la pensión a mi representada ahí se evidencia que mi representada nació el 03 de febrero de 1959, por lo anterior solicito al juez de segunda instancia que se tome en cuenta todos los tiempos laborados por mi representada de manera discontinua como lo dice la Convención Colectiva a fin de que se le reconozca la pensión convencional, muchas gracias.”

De manera preliminar, sea del caso señalar, en el asunto no es objeto de discusión que a la demandante le fue reconocida por parte de ECOPETROL una pensión vitalicia de jubilación a partir del 20 de febrero de 2015, en cuantía inicial de \$2.113.719, por encontrar satisfechos los requisitos de que trata el Decreto 807 de 1994, en concordancia con el artículo 260 del C.S.T., tal como se verifica de la Resolución DSC-001 del 19 de enero de 2015 (*páginas 86 a 90, archivo 1, expediente digital*).

Así pues, el problema jurídico a solventar se circunscribe en determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 109 de la Convención Colectiva 2009-2014, suscrita entre ECOPETROL y la asociación sindical USO, para lo cual se analizará lo atinente a la vigencia de dicha disposición al tenor del Acto Legislativo 01 de 2005 y, en consecuencia, si hay lugar a pagar a su favor diferencia alguna por concepto de mesadas pensionales.

En ese orden entonces, dado que el fundamento jurídico de las pretensiones de la demandante lo es una norma de carácter convencional, se advierte, al plenario se aportó copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre ECOPETROL S.A. y la UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO - USO, fechada el 11 de septiembre de 2009 (*páginas 268 a 326, archivo “01. Expediente 19-2017-00290.pdf”, expediente digital*) la cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (*página 268, ibídem.*)², sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a la actora.

Pues bien, asegura la demandante en su escrito introductor , y lo reitera en su recurso, que cumple con los requisitos previstos en el artículo 109 de la convención colectiva aludida, para acceder a la pensión de jubilación allí prevista, disposición que en su tenor literal establece (*páginas 268 a 326, archivo “01. Expediente 19-2017-00290.pdf”, expediente digital*):

“ARTÍCULO 109.- La Empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento

² Del 11 de septiembre de 2009, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

(75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A., equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa.

Parágrafo 1. No obstante lo anterior, cuando la Empresa lo determine, ésta podrá conceder la pensión de jubilación a aquellas trabajadoras que habiéndole prestado servicio a la Empresa por más de veinte (20) años, reúnan sesenta y ocho (68) puntos de acuerdo con el sistema anterior.

Parágrafo 2. Para aquellos trabajadores que en el momento de la terminación de su contrato de trabajo, se encontraren en incapacidad médica, la liquidación se hará teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados en el último año de servicios antes de tal incapacidad.

Parágrafo 3. Además de la pensión a que el trabajador tenga derecho, de acuerdo con las leyes del trabajo y con lo dispuesto en la norma anterior, la Empresa aumentará el monto de esta pensión en un dos punto cinco por ciento (2.5%) por cada año que el trabajador haya servido a la empresa por encima de los veinte (20) años que le dan derecho a la pensión”

Ahora, en lo que atañe a la vigencia de la convención, debe recordarse que en el parágrafo segundo del Acto Legislativo 01 de 2005 se determinó:

“Parágrafo 2o.: A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

“Parágrafo Transitorio 3o: Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”.

Conforme lo anterior, no puede perderse de vista que para la calenda en que fue suscrito el acuerdo colectivo referido -10 de septiembre de 2009-, ya se encontraba en vigor el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, disposición aplicable para la definición legal del derecho pensional, encontrándose por tanto vedado a las partes pactar “...condiciones

pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”, por así preverlo la reforma constitucional.

Bajo tal entendido, claro resulta que la referida cláusula cuya aplicación se implora, contravino la prohibición expresa consagrada en el parágrafo 2 del Acto Legislativo 01 de 2005 recién citado y, por ende, carece de eficacia, no siendo posible su aplicación, pues allí se acordó el reconocimiento de la pensión a una edad menor a la prevista para el sistema de seguridad social en pensiones y con menos semanas de cotización.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-634 del 11 de septiembre de 2013, dentro de la Radicación No. 42210, consideró:

“Solo hasta la expedición del AL 01 de 2005, modificadorio del artículo 48 Constitucional, fue que el Constituyente le puso límite a la vigencia de las normas convencionales sobre pensiones, después de que se había dado un tiempo más que razonable (más de 10 años) a los empleadores y sindicatos para que hicieran la respectiva adecuación de las pensiones convencionales al sistema integral de seguridad social establecido desde 1993. Derogatoria esta que dejó a salvo los derechos adquiridos, al igual que estableció una transición hasta el 31 de julio de 2010; a partir del siguiente día de esa fecha no puede haber norma convencional alguna sobre el tema de pensiones. Así lo tiene asentado esta Sala, como se puede ver en la sentencia 30077 de 1999, y más recientemente en la sentencia 39797 de 2012, donde sobre el particular se anotó:

*“...con la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, las reglas de carácter pensional de derechos extralegales y convencionales tomaron otro rumbo, en la medida que por voluntad del constituyente, a partir de su vigencia **no es dable en ningún caso pactar beneficios o prerrogativas que desarticulen el sistema general de pensiones, o alteren la uniformidad de prestaciones respecto de un grupo particular de ciudadanos, pues tajantemente prohíbe convenir condiciones pensionales diferentes a las legalmente establecidas, aún cuando sean más favorables a los trabajadores.** Con todo, ello no significa la afectación del derecho constitucional a la negociación colectiva, ya que la reforma constitucional del 2005 –que aquí se refiere- focaliza a ésta exclusivamente en el ámbito de las condiciones generales de trabajo, dejando así constitucionalmente consagrado que en adelante las condiciones pensionales se definirán sólo en el marco de la ley de seguridad social (parágrafo 2°), cuando señala que ‘A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones’.*

A su vez, en el parágrafo transitorio 3°, el Acto Legislativo establece que ‘Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o

acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010’.(Negrilla y Subrayado de la Sala)

No obstante lo advertido, aún si en gracia de la discusión se analizara el asunto bajo el supuesto de que el artículo en mención no fue suscrito en el año 2009, sino que se trata de una prórroga de convenciones anteriores -como lo hizo en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2080 de 2021-, en tanto en su tenor literal se indica que “la empresa **continuará reconociendo...**”, conforme al parágrafo transitorio 3, deben atenderse las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre el término de vigencia de las convenciones colectivas, respecto de las cuales el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL3635 de 2020, reiterada en la SL2080 de 2021, siguiendo las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, rectificó parcialmente su criterio y fijó la posición actual bajo los siguientes parámetros:

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto son las siguientes:

En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibídem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.”

En consonancia con tal postura, aunque el criterio vigente sobre la materia admite que las reglas pensionales contenidas en convenciones colectivas

mantengan su eficacia por el término inicialmente establecido, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, ello solo resulta posible única y exclusivamente tratándose de aquellas reglas pensionales convencionales suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso y en las cuales las partes hubieran establecido expresamente una mayor estabilidad en el tiempo con posterioridad al 31 de julio de 2010, situación ésta que no se acaece en el *sub judice*.

Bajo tal entendido, salvo cuando concorra la situación anteriormente descrita, la vigencia de la norma pensional convencional no puede ser extendida más allá del 31 de julio de 2010 y, por ende, hasta esa fecha límite pueden cumplirse los requisitos previstos convencionalmente para causar la pensión.

Ahora, en el asunto de marras se tiene entonces, de conformidad con el artículo 109 de la Convención, para acceder a la pensión convencional la demandante debía acreditar 20 años de servicios y reunir 70 puntos, entendiendo que cada año de edad y de servicio equivalen a un punto, lo que se traduce en que los dos componentes son necesarios para alcanzar el puntaje requerido, los cuales, conforme lo analizado, deben confluir antes del 31 de julio de 2010.

Al revisar la concurrencia de tales presupuestos en el examine, encuentra la Sala, aunque la demandante prestó sus servicios a ECOPETROL S.A. entre el 2 de enero de 1990 y el 19 de febrero de 2015, ello fue de manera interrumpida³ (pág. 126, archivo “01. Expediente 19-2017-00290.pdf”,

³ Certificación de vinculaciones expedida el 27 de julio de 2017 por el Líder (E) del Grupo Maestra de Datos de la Gerencia de Servicios Compartidos de ECOPETROL (pág. 126, archivo “01. Expediente 19-2017-00290.pdf”, expediente digital), en el que consta que la demandante laboró para ECOPETROL entre el 2 de enero de 1990 y el 19 de febrero de 2015, de manera discontinua, de la siguiente forma:

expediente digital), habiendo laborado efectivamente para la demandada, al 31 de julio de 2010, por espacio de 18 años, 9 meses y 21 días, por lo que, a pesar de que contaba con 51 años de edad⁴, no cumplió con los presupuestos para acceder a la pensión antes de que esta perdiera vigor.

Las anteriores conclusiones encuentran respaldo jurisprudencial además, en los razonamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 38074⁵, proveído en el cual indicó la Corporación que “la

DESDE	HASTA	TIPO DE CONTRATO
02/01/1990	22/01/1990	TEMPORAL
16/04/1990	06/05/1990	TEMPORAL
20/06/1990	16/07/1990	TEMPORAL
11/10/1990	31/01/1991	TEMPORAL
01/04/1991	23/04/1991	TEMPORAL
24/06/1991	24/07/1991	TEMPORAL
06/04/1992	25/04/1992	TEMPORAL
18/05/1992	17/07/1992	TEMPORAL
28/07/1992	10/09/1992	TEMPORAL
21/09/1992	20/09/1993	TEMPORAL
27/09/1993	19/02/2015	INDEFINIDO

La suma de dichos tiempos de servicios indica que la convocante laboró para la llamada a juicio por espacio de 23 años 4 meses y 11 días, hasta el 19 de febrero de 2015.

⁴ Nació el 3 de febrero de 1959, según se desprende de la Resolución DSC-001 de 2015 por la cual se reconoció pensión de jubilación en virtud de lo previsto en el Decreto 807 de 1994.

⁵ “Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

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

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

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

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al

existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió” situación que en los términos analizados no se presentó en autos.

Aquí resulta oportuno precisar a la recurrente, cuando la norma refiere a que el tiempo de servicios puede ser discontinuo, quiere con ello decir que es posible sumar todas las vinculaciones que haya tenido con la entidad, con independencia de que se hayan o no presentado interrupciones entre estas, pues lo que da lugar al reconocimiento de la pensión es el tiempo efectivamente servido ese empleador, y en ese entendido, no es posible tener en cuenta los días en que el servicio no se prestó como si se tratará de un vínculo continuo, como se sugiere en la alzada.

De esta manera, ante la ausencia de fundamento normativo, no existe base legal en orden acceder a las pretensiones del libelo, pues sería inoperante el mandato constitucional aquí aludido, el cual ha sido incluso examinado por las Altas Corporaciones de Justicia.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero atendiendo las razones consignadas en esta providencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

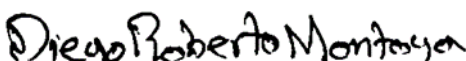
patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.”

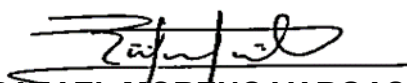
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas,

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OFELIA RESTREPO
LONDOÑO y MARCO FIDEL GAMA BERNAL CONTRA SEGUROS DE VIDA
ALFA S.A. (RAD. 20 2019 00160 01).**

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por SEGUROS DE VIDA ALFA (fl 4), 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 actora contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero del 2021 (Audiencia virtual, archivo 3 expediente virtual, record: 1:39:37), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada SEGUROS DE VIDA ALFA de las pretensiones incoadas por los señores MARCO FIDEL GAMA BERNAL y OFELIA RESTREPO LONDOÑO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante, tásense por secretaria, incluyéndose como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: De no apelarse la presente decisión deberá remitirse las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su totalidad a través del grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta que la misma fue completamente adversa a los intereses de los demandantes.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del presente proceso se tienen algunas situaciones que son específicas y que dan lugar a entender que la señora Diana apoyaba a sus padres de una manera regular, periódica y significativa, pues ella ayudaba con más del 50% de su salario, precisando si bien los testigos tenían un grado de amistad grande con la fallecida considera no pueden entrar en la esfera personal y privada para saber cuáles eran los valores reales de lo percibido por la fallecida, advirtiendo basta con la comprobación de la posibilidad de mantener un mínimo existencial para acceder al derecho. Señalando, si bien el señor Gama goza de una pensión también hay otros gastos que se deben sufragar y la pensión no le alcanza para cubrir todo ello. (Audiencia virtual, archivo 3 expediente virtual, record: 1:41:08)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, las pretensiones relacionadas a folio 3 del expediente digital Archivo 1, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 4 del mismo archivo, aspirando principalmente se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del 19 de febrero del 2017, fecha en la cual falleció DIANA MARCELA GAMA RESTREPO (q.e.p.d) quien ya tenía reconocida su pensión de invalidez, junto con la respectiva indexación de las mesadas pensionales causadas y no pagadas, reajustes e incrementos pensionales causadas y no pagadas, intereses moratorios, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se acreditó que los demandantes dependieran económicamente de la causante.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso de la causante señora DIANA MARCELA GAMA RESTREPO, acaeció el 19 de febrero del 2017, conforme al registro civil de defunción visible a folio 42 Archivo

1, como tampoco que los señores MARCO FIDEL GAMA BERNAL y OFELIA RESTREPO LONDOÑO ostentaban la calidad de progenitores del causante, circunstancia que además se constata con la documental visible a folio 42 Archivo 1. Igualmente no se discute la calidad de pensionada que ostentaba la de cujus, pues conforme la certificación de folio 45 (Archivo 1 expediente digital) expedida por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., era beneficiaria de una Póliza de Renta Vitalicita por Invalidez expedida en el mes de diciembre del 2016 en suma de \$689.455.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido la pensionada el 19 de febrero del 2017 (fl. 42 Archivo 1 expediente digital), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003¹ y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente.

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debían ostentar los padres de la de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este”*. Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexecutable la expresión “de forma total y absoluta”, aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL 3173 proferida dentro del radicado No. 75004, del 14 de julio del 2021, en la cual se consideró

¹ “Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*

(...)

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006”

textualmente que “...el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no exige que tal condición sea total y absoluta, y que la misma, se debe analizar en cada caso particular y concreto, para que así el juzgador pueda estar en la capacidad de establecer si los ingresos que reciben los progenitores **tiene la virtualidad de hacerlos autosuficientes desde el punto de vista económico, al permitirles la satisfacción de su necesidades manteniendo su subsistencia en condiciones dignas.**”. (Negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si la causante prestaba apoyo o colaboración económica a sus padres y si estos carecían de ingresos propios que los hicieran económicamente autosuficientes a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindieron interrogatorio de parte los demandantes MARCO FIDEL GAMA² y OFELIA RESTREPO LONDOÑO³. El señor Gama aseguró ser pensionado por parte de COLPENSIONES recibiendo una mesada aproximadamente de \$2.000.0000, precisando su hija fallecida trabajaba desde el año 2010, recibiendo como salario la suma de \$1.200.000 la cual era entregada a su progenitora, advirtiendo que luego la pensionaron con el salario mínimo con el cual sobrevivía y les colaboraba. Por su parte la señora Ofelia Restrepo únicamente indicó que era beneficiaria en salud de su esposo y que su otra hija Marisol les ayudaba con una parte de los gastos del hogar.

De otra parte se recibieron los testimonios de LUIS ALBERTO CASTEBLANCO SOSA⁴ y ALBA MARINA QUINCHANEGUA SANCHEZ⁵, quienes refirieron ser amigos de la familia, comentando que si bien conocieron a la fallecida y saber que durante un tiempo laboró como docente, no refieren nada acerca del porcentaje o ayuda económica que la de cujus brindaba a sus padres, pues solo manifestaron que la vieron hacer mercado para sus padres, sin embargo desconocen a cuanto ascendían los gastos de la familia, incluso el primero de los deponentes aduce que “se imagina” que la ayuda otorgada por la hija de los demandantes hoy fallecida era para alimentación.

² Audiencia virtual 18 de febrero del 2021 , record: 29:20

³ Audiencia virtual 18 de febrero del 2021 , record: 1:02:55

⁴ Audiencia virtual 18 de febrero del 2021 , record: 41:47

⁵ Audiencia virtual 18 de febrero del 2021 , record: 51:14

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte una vez valoradas las mismas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, esta Sala de decisión desconoce el porcentaje de dinero que aportaba mensualmente la señora DIANA MARCELA GAMA RESTREPO (q.e.p.d.) y cuáles eran los gastos de los padres de la causante, tan solo se podría tener certeza con los dichos de los testigos que ésta les ayudaba con la alimentación, circunstancia que únicamente corresponde a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, sin que se pueda entender que tal ayuda era determinante para el sostenimiento de éstos, y en todo caso como ya se dijo no quedo demostrado cual era la cantidad de dinero necesaria y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas del hogar.

Por otro lado, como ya se dijo los testigos traídos a juicio lo único que podrían llegar a probar es que el apoyo económico que brindaba la causante a sus padres consistía en una mera colaboración en tema de alimentación, sin que pueda afirmarse que por ello, los aquí demandantes dependieran económicamente de su hija fallecida este en virtud de tal ayuda.

Razones por las cuales no puede afirmarse que los demandantes dependieran económicamente de su hija DIANA MARCELA GAMA RESTREPO (q.e.p.d.), precisando ésta Corporación es claro que no cualquier contribución hecha por un hijo a sus padres, tiene la virtud de hacerlos beneficiarios de la prestación pensional, en tanto si bien pueden recibir ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, se debe acreditar que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, en otras palabras que el dinero que perciben no les alcance a cubrir los gastos de su propia vida.

Nótese que la regular y simple colaboración de un buen hijo no es suficiente para predicar la dependencia económica, en tanto dicha ayuda debe tener *“la connotación de relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia”* (SL 2618 del 2021)

De esta manera, lo único que puede concluirse dentro del presente litigio, es que la colaboración brindada no era de tal talante que tuviera una connotación relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento, y por ende que se le pudiera adjudicar la virtualidad de configurar la subordinación económica respecto de la causante, diferente sería que los ingresos de los padres fueran esporádicos, aleatorios o accidentales, o que a lo sumo, estos figuraran como sus beneficiarios en el sistema de salud, situaciones que no se presentan en el caso que se examina.

Así las cosas, esta Sala de decisión considera conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica de la de cujus hacia sus padres no tuvo la virtud de ser un verdadero sustento económico con el cual se solventaran en gran parte las necesidades de la familia. Sobre este punto, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015⁶, e igualmente en proveído SL3173 del 2021 expresó:

“...la Corte ha indicado los presupuestos que deben darse, para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en tal virtud ser beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia. Así en sentencia CSJ SL 2490-2019 que reitero la SL14923-2014, se dijo:

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo.”

⁶ “... la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.

Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas”. Subrayas fuera de texto.

En los anteriores términos, se itera quedó demostrado que la ayuda brindada por la señora DIANA MARCELA GAMA RESTREPO a sus progenitores, correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, la cual no implicaba la dependencia económica, ni siquiera parcial, respecto de su hija.

Así las cosas, al no acreditarse el requisito de dependencia económica, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

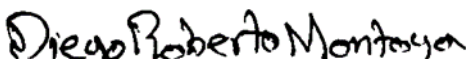
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIELA PALMA BELTRÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS Y OLD MUTUAL (HOY SKANDIA) (RAD. 20 2019 00518 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 27 de julio de los corrientes (fl.10)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de PORVENIR S.A (fls. 4-8), (FL 17) y COLPENSIONES (fl 12 13), 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 Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de marzo de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, realizada a través*

de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:25:41 audio “11001310502020190051800 Aud. Art. 77 y 80 C.P.T.Y.S.S .mp4”, acta archivo “2019-518 ORD - fl.314 - ACTA AUDIENCIA TRAMITE Y FALLO.pdf”, expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLFONDOS S.A, COLPATRIA hoy PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas o presentadas por la señora MARIELA PALMA BELTRAN, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandante, tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente

TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, la misma deberá ser remitida con todo el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de CONSULTA, Teniendo en cuenta que le fue desfavorable a la trabajadora hoy pensionada.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandante, la apeló solicitando su revocatoria y, en su lugar, se declare la ineficacia del traslado efectuado el 29 de abril de 1994 a COLFONDOS y los posteriores realizados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, disponiendo igualmente se ordene a COLPENSIONES tenerla dentro de sus afiliados como si nunca se hubiere trasladado y reliquide su pensión de vejez teniendo en cuenta las condiciones del régimen de transición.

En sustento de ello, dice, debe tenerse en cuenta, en el proceso se logró demostrar las falencias de información en la primera asesoría, particularmente con la confesión del representante legal de COLFONDOS quien refirió que no existía ningún documento con el cual se pudiera demostrar que fue asesorada en debida forma, tanto de las características del RPM como del RAIS.

Sostiene, existió una negación indefinida por su parte que trasladó la carga de la prueba al fondo privado, resaltando, la actora contaba con una expectativa legítima consolidada al momento de su traslado toda vez que tenía más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero la AFP no examinó cómo era su situación particular, y por el contrario, le arrebató el derecho a pensionarse bajo el amparo del régimen de transición. Además, destaca una situación particular y es el hecho que la demandante desde el año 2004 se regresó al régimen de prima media.

Refiere, la Corte Suprema de Justicia en una sentencia del año 2019, cuyo radicado no indicó, analizó una situación similar en el que la persona ya se encontraba afiliada en el régimen de prima media, y allí, concluyó la imposibilidad de darle validez al traslado de régimen porque la afiliación al RAIS conllevó a la pérdida del régimen de transición.

Del mismo modo, alude, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia 54814 de 2018 recodó que *“se debe decretar la ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado”* y esa, asevera, es la situación que aquí se presenta como quiera que la demandante perdió su régimen de transición y la posibilidad de que su pensión fuera liquidada con la norma anterior.

Por último, señala, la providencia a la que hace alusión el Juzgado de primer grado no es aplicable al asunto por cuanto lo que allí se ventiló fue la posibilidad de trasladar a un pensionado por el fondo de pensiones, lo cual si podría afectar el erario, empero, en el caso bajo estudio, la pensión fue reconocida por el régimen de prima media y ha venido siendo pagada por COLPENSIONES, insistiendo, lo que se busca es la recuperación del régimen de transición de una persona que se vio afectada con el cambio de régimen pensional¹ (*Audiencia virtual concentrada*

¹ “Muchas gracias señor juez en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque en su totalidad y en su lugar acceda a la decretar la ineficacia de la afiliación efectuada, o el traslado efectuado por mi poderdante el día 29 de abril de 1994 momento en el que se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado en ese momento por Colfondos, posterior a eso el traslado realizado en el año 1999 a Colpatría y el traslado realizado en el año 2000 a Skandia y como consecuencia de esto mi poderdante se ordene tener a Colpensiones dentro de sus afiliados como si nunca se hubiere trasladado y re liquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta las condiciones del régimen de transición, es decir que se le aplique el decreto 758 de 1990, se le reconozca su pensión teniendo en cuenta una tasa de remplazo del 90% a partir de que ella fue pensionada en el año 2012.

Para esto se debe tener en cuenta en primera medida que mi poderdante no fue asesorada en debida forma en el año de 1994, toda vez que con las pruebas traídas al proceso se demuestro las falencias de esa primera asesoría, tenemos que el representante legal del fondo privado nos confesó que adicional a ese formulario de afiliación no existía ningún documento con el cual se pudiese demostrar que mi poderdante fue asesorada en debida forma tanto de las características del RPM como del RAIS, en el presente proceso se indicó que no se pudo llegar a un convencimiento sobre la falta de información en esa primera asesoría, sin embargo la pregunta es ¿Cómo no se pudo llegar a este convencimiento? Cuando en el presente proceso se presentó una negación indefinida por parte de mi poderdante y la carga de demostrar cómo fue esa información es del fondo privado en virtud de la inversión de la carga de la prueba que en este tipo de procesos aplica no solo para beneficiarios del régimen de transición sino para personas que no eran beneficiarias al régimen de transición, más cuando mi poderdante ya tenía una expectativa legítima consolidada al momento de su traslado y el fondo privado no examino de primera mano cómo era la situación particular de la señora Palma Beltrán.

Arts. 77 y 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:27:35 audio “11001310502020190051800 Aud. Art. 77 y 80 C.P.T.Y.S.S .mp4”, acta archivo “2019-518 ORD - fl.314 - ACTA AUDIENCIA TRAMITE Y FALLO.pdf”, expediente virtual).

Se debe tener en cuenta también que, como se indicó anteriormente que mi poderdante es beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía cumplido más de 35 años, para ese momento tenía 37 años y su régimen de transición se extiende hasta más allá del año 2010 hasta el año 2014, teniendo en cuenta que la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005 tenía más de las 750 semanas exigidas para ese momento tenía cotizadas 1268 semanas y su derecho pensional lo consolido para el año 2012, entonces honorables magistrados ¿cómo es posible que no se le reconozca a mi poderdante un derecho que le fue arrebatado por haberse trasladado al RAIS y volver al RPM? Se debe tener en cuenta que mi poderdante diligentemente estuvo pendiente de su situación particular en el año 2004 se regresa nuevamente al Régimen de prima media momento en el que ella se dio cuenta que no le convenía para su situación estar afiliada a ese régimen de pensiones.

Se debe tener en cuenta que la corte suprema de justicia en el año 2019, analizó una situación particular y que es un caso parecido al de la señora Mariela Palma en el cual la persona ya se había trasladado, sin embargo no le reconocieron este mismo régimen de transición y la corte nos da unas explicaciones muy claras respecto del tema y nos indica que esta afiliación o esa pérdida del régimen de transición de la persona y esa falta de asesoría la conllevo a ella que perdiera todos los beneficios que ella hubiera tenido por estar incurso en las condiciones del artículo 36 de la ley 100 y nos dice “En primer término el traslado del RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización con servicio al 01 de abril de 1994” en este punto es importante resaltar que el caso que se está debatiendo en este momento es muy parecido a este teniendo en cuenta que mi poderdante no cuenta con esos quince años, solamente cuenta con la edad, continua la Corte “Es decir, así se hubieses trasladado la demandante al día siguiente de la re asesoría o de la afiliación de todas formas había perdido la transición” Es decir que en el presente caso la Corte Suprema de Justicia no avaló esa asesoría inicial que le dieron a la demandante en ese proceso, sino que determinó que ella había sido mal asesorada y ordenó la reliquidación de la pensión concediéndole todos los beneficios del régimen de transición.

Se debe tener en cuenta también que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 54814 del año 2018 nos explica “Que se debe decretar la ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado” en este caso podemos ver de primera mano cual es la lesión injustificada en el derecho pensional de la señora Palma Beltrán , teniendo en cuenta que perdió su régimen de transición, perdió la posibilidad de que su pensión fuera re liquidada con la norma anterior . Ahora, teniendo en cuenta las manifestaciones del juzgado por la sentencia que emitió la Corte Suprema de justicia en el año 2021, encontramos que la sentencia 373 del año 2020 en el mismo texto de la corte “Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfrutaba de una pensión de vejez del año 2008 en la modalidad de retiro programado a cargo de Protección S.A” Es decir en este proceso en el que se ventiló que una persona pudiese ser trasladada del RPM al RAIS estamos hablando de un pensionado pero en el fondo de pensiones y ahí es claro que se podría afectar el erario público, teniendo en cuenta que había una redención del bono pensional y que había unas reaseguradoras que ya estaban pagando la pensión desde el año 2008, sin embargo en el presente proceso mi poderdante esta pensionada pero en el régimen de prima media con prestación definida, es decir que el bono pensional lo redimió Colpensiones y Colpensiones ha venido pagando esa pensión, este proceso se trata es de una recuperación de régimen de transición de una persona que se vio afectada y le violaron sus derechos desde la misma asesoría y que se dio cuenta a tiempo y diligentemente volvió al RPM, es decir con la re liquidación de la pensión de mi poderdante no se afecta el erario público no se afecta la Nación teniendo en cuenta la redención del bono pensional, toda vez que todo el dinero que ella cotizó, cada una de las semanas que ella cotizó están en Colpensiones y Colpensiones solamente tiene que devolverle unos derechos, teniendo en cuenta una calidad especial de mi poderdante es decir que cumplía con todos los beneficios del régimen de transición, entonces señores magistrados en ese entendido solamente se está solicitando que se protejan esos derechos de la señora Palma Beltrán se ordene la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el régimen de transición y se le sigue conservando el RPM como si ella nunca se hubiese trasladado respetándole cada uno de los derechos que tenía al irse y que tenían que se remunerados por ella misma al volver por lo que solicito al Honorable Tribunal de Bogotá revise la sentencia, la revoque en su lugar y acceda las pretensiones de la demanda encaminadas a que se declare la ineficacia de la afiliación y se declare que mi poderdante recupere todos los beneficios en virtud de ese mismo regreso automático que ella había aplicado mucho antes de pensionarse y de regresar a este proceso, muchísimas gracias señor juez de esta forma dejo sustentando el recurso de apelación.”

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 MARIELA PALMA BELTRÁN, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda (página 4, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo (páginas 4 a 5, ibídem) aspirando se declare la nulidad del traslado efectuado el 29 de abril de 1994 con la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., así como las afiliaciones realizadas a COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) el 6 de agosto de 1999 y a SKANDIA (OLD MUTUAL) el 27 de noviembre de 2000, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones (sic) y en especial de su situación personal y concreta. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla dentro de sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Además, pide se ordene a COLPENSIONES reconocer el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual es beneficiaria, por contar con más de 35 años al 1 de abril de 1994.

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las aspiraciones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar el juzgador de primer grado que, si bien no se acreditó en debida forma el cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS al momento de traslado, no podía desconocerse la calidad de pensionada que ostentaba la demandante, situación jurídica consolidada que le impedía retrotraer las cosas al estado inicial de acuerdo al entendimiento vertido recientemente por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-373 de 2021.

Así las cosas, en primer lugar, sea del caso indicar, en autos no es objeto de discusión que la demandante mediante afiliación realizada a COLFONDOS el 29

de abril de 1994 se trasladó de régimen pensional (del RPM al RAIS), tal como se verifica del reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito en la mentada calenda (pág. 263 y 14, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual). Asimismo, se encuentra acreditado que la demandante transitó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad mediante las vinculaciones a COLPATRIA (hoy PORVENIR) y OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) realizadas el 6 de agosto de 1999 y 27 de noviembre de 2000 (págs. 263, 15, 265 y 209, *ibíd.*), respectivamente, retornado al régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES el 16 de enero de 2004 (folio 263).

Del mismo modo, fue un hecho aceptado y probado que COLPENSIONES reconoció a la demandante pensión de vejez mediante Resolución GNR 014469 del 3 de diciembre de 2012, a partir del 1 anterior, en cuantía inicial de \$4.592.324, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 (páginas 24 a 29, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual), prestación que le fue reliquidada en cuantía de \$4.639.366 por acto administrativo GNR 244610 del 1 de octubre de 2013 (páginas 32 a 39, *ibídem*).

Así, de manera preliminar resulta oportuno recordar, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cual se reguló el régimen de transición, previó que “(...) *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”, precisando “*Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley*”.

No obstante, de conformidad con el inciso 4º de la disposición en cita, dicho régimen de transición no es aplicable cuando las personas beneficiarias del mismo, voluntariamente se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni para quienes habiendo escogido este decidan retornar al de prima media con prestación definida; condición esta última que no resulta aplicable para aquellos que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 acrediten 15 o más de

servicios y la devolución del ahorro efectuado en el RAIS. Ello en virtud de la sentencia C-789 de 2002².

² “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

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

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

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

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

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

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

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En el caso de autos, de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (página 12, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual) se constata que la actora nació el 8 de agosto de 1957, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado el 29 de abril de 1994 mediante la afiliación a COLFONDOS (páginas 14 y 263, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual) y que para la entrada en vigor del nuevo sistema general de pensiones contaba apenas con 588,28 semanas -equivalentes a 11,28 años de servicio- (según se desprende del acto administrativo de reconocimiento pensional –págs. 24 a 29 *ibíd.*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1 de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002³, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen

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

³ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

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

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

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de

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

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media y recuperar el régimen de transición, 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 abril de 1994** (páginas 14 y 263, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual) específicamente, conforme el formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Para solventar ello, es preciso 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.

trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

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

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

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

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

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 elemento, se incurriría en un vicio que invalidaría el negocio 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,

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

ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa dicho acto jurídico 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 uno u otro régimen y los requisitos legalmente establecidos en prima media para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que los diferencian. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues, para la Sala en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues no se refirió de manera precisa a la reunión que sostuvo con el asesor de COLFONDOS y lo que se le informó en la misma, pues sobre ello nada se indagó.

El deber de información tampoco deviene probado con el interrogatorio del representante legal de COLFONDOS⁷ toda vez que no le consta directamente lo indicado por el asesor a la actora al momento de la afiliación y solo cuenta con el formulario de afiliación como soporte de la asesoría brindada a la convocante.

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 (pág. 14, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la promotora del juicio se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa 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

⁶ Audiencia realizada el 4 de marzo de 2021, récord 27:25.

⁷ Audiencia realizada el 4 de marzo de 2021, récord 18:31.

susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa (*páginas. 271 a 273, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual*), 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, COLFONDOS no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (29 de abril de 1994), el deber de información para con la demandante, en los términos que han quedado vistos, esto es, obviando las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia de primer grado y, en su lugar, se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca existió, y bajo tal entendido habrá de declararse que la promotora del litigio no perdió el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994.

Valga aclarar en este punto, no incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados, los mismos fueron dentro del

mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, 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).”*

Así entonces, en la ineficacia del traslado de régimen pensional no tiene incidencia que se haya seleccionado una segunda administradora pues esto no sana el traslado ineficaz que se hizo, toda vez que al decretarse el acaecimiento de tal figura, esa declaratoria afecta a todas las AFP que se hayan sucedido desde la inicial a la cual se hizo el traslado.

Tampoco incide el hecho de que se encuentre pensionada por COLPENSIONES, pues, coincide la Sala con lo esbozado por la recurrente, en cuanto a que la sentencia SL373 de 2021 que sirvió de fundamento al *a quo* para abstenerse de conceder lo pretendido, refiere es a la imposibilidad de retornar al régimen de prima media a quien adquirió la calidad de pensionado en el RAIS, situación fáctica que no es la que acaece en el examine.

De hecho, en casos que guardan identidad con el de autos, la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL12136 de 2014, SL1689 de 2019 y SL4593

de 2020, advirtió que en aquellos eventos en que se discute el traslado que conlleva a la pérdida del régimen de transición, el juez debe determinar, previamente, si existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, es decir, debe estudiar su eficacia y no basta con verificar la acreditación de los quince años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Es esta particularidad precisamente la que se abordó en el *sub judice*.

Ahora, en los términos sentados al inicio, en autos no se discute que la actora retornó al ISS -donde continuó efectuando cotizaciones- y que OLD MUTUAL – administradora del RAIS a la que se encontraba afiliada antes de retornar al RPM realizó el traslado del valor existente en su cuenta de ahorro individual (*páginas 210 a 212, archivo “2019-518_pagenumber.pdf”, expediente virtual* ; por lo que, bajo tal escenario, y aunque de manera consecuencial a la declaratoria de ineficacia debería disponerse el traslado de los saldos de la cuenta de la cuenta de ahorro individual de la demandante que se encontraren a cargo de la AFP a COLPENSIONES, lo cierto es que ello ya ocurrió.

No obstante, pese a encontrarse probado que la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias SL 31989, 9 sep. 2008, SL9464-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1689 de 2019 –última cuyo supuesto fáctico se asemeja al de autos-, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se condenará a las AFP accionadas a la devolución de estos dineros, anotando frente a tal concepto 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 no se hubiesen generado. 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 (...).”

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en la que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento

de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por las accionadas (páginas 147 a 149, 195 y 259, *ibídem*) , 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, 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)

En suma de lo hasta aquí analizado, y como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, COLPENSIONES habrá de reconocer entonces, para los efectos a que haya lugar, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello claro está, sin perjuicio de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyos presupuestos para extender la transición no es posible verificar en este momento dada la ausencia de medios probatorios idóneos para proceder en tal sentido.

Por último, debe indicarse a la actora que en aplicación del principio de consonancia no se procede al estudio de la reliquidación, toda vez que dicho pedimento no se incluyó en las aspiraciones del libelo y, por ende, no hizo parte del debate.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la sentencia de primer

grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante a COLFONDOS, ordenando a las AFP demandadas, efectuar el traslado de los gastos de administración que recibieron en virtud de las afiliaciones de la actora a dichos fondos.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada AFP COLFONDOS.

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 20 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 MARIELA PALMA BELTRAN el 29 de abril de 1994 al Régimen de Ahorro Individual. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

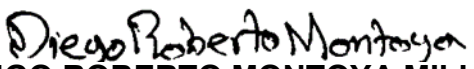
SEGUNDO: DECLARAR que MARIELA PALMA BELTRAN es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de las precisiones hechas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. (ANTES COLPATRIA) Y SKANDIA (ANTES OLD MUTUAL)**, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esas administradoras.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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 RUBY DEL CARMEN GUARIN FIGUEROA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 23 2020 00293 01).

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (fl 32), 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 entidad demandada y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de mayo de 2021 (Cd fl. 14, audio 2, record 14:38 acta a fl. 12) en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora demandante RUBY DEL CARMEN GUARIN FIGUEROA las mesadas pensionales causadas entre el 05 de septiembre del 2016-30 de marzo del 2019, que ascienden a la suma de \$44.818.36.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la señora demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 30 de septiembre del 2018 sobre el retroactivo pensional reconocido y hasta que se efectuó el pago de la misma.

TERCERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las demás pretensiones incoadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones.

QUINTO: COSTAS a cargo de la demandada.

SEXTO: *Se Ordena Surta grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones. ”*

Inconforme con la decisión la parte demandada, interpuso el recurso de apelación, aduciendo, solicitando no se condene al pago de los intereses moratorios por cuanto las mesadas pensionales se reconocieron a partir del 01 de abril del 2019, en atención a que no se acreditó en la historia laboral de la demandante la novedad de retiro por parte de su empleador, precisando es necesaria la acreditación del retiro del sistema general de pensiones para el disfrute de la prestación.

Señala, en caso de confirmarse la condena, los intereses moratorios procedan a partir del sexto mes contado a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento pensional. (Cd fl. 14, record: 16:03)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, interpongo recurso de apelación, solicitando de manera respetuosa a los honorables magistrados se revoque dicha sentencia, teniendo en cuenta que en caso de que llegas a confirmar el retroactivo concedido no se condene a mi representada a intereses moratorios, en atención a que el artículo 141 de la ley 100 de 1993 contempla que los intereses proceden ante la mora injustificada en el pago de mesadas pensionales reconocidas, sin embargo conforme se dispuso en la resolución sub-81982 del 03 de abril de 2019, las mesadas pensionales se reconocieron a partir del 01 de abril del 2019, en atención a que no se acreditó en la historia laboral de la demandante la novedad de retiro por parte del empleador Otalvaro Cardona Lui, por lo que no se cumple con los presupuestos legales y de obligatorio cumplimiento establecidos en los artículos 13 y 35 del decreto 758 de 1990.

Ahora bien es necesario traer a colación la sentencia SL 11897 de 2016 emitida por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en tanto allí se indicó que en aquellos casos en que las administradoras de pensiones niegue el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas debe encontrarse plena justificación, bien sea porque tiene respaldo normativo o por la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces situación como la que nos atañe dado que como se expuso en las normas antes citadas es necesario la acreditación del retiro del sistema general pensional para el disfrute de la prestación, en dicha sentencia se indica lo siguiente “*No obstante lo anterior la sala en sentencia SSJ-SL 704123 Acentuó esa posición jurisprudencial para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas al no reconocer y pagar prestaciones periódicas a su cargo encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura prevenga de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en una función que le es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social y que las entidades que las gestionan no les compete y le es imposible predecir, cuando se den tales circunstancias no sería razonable imponer el pago de intereses moratorios porque la conducta del obligado no estuvo guiada por el capricho o arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimada en regia el derecho a controversia*”

Ahora bien solicito a los magistrados de que si se confirma la condena en intereses moratorios los mismos procedan a partir del sexto mes contado a partir de la radicación de la solicitud del reconocimiento pensional de conformidad con lo desarrollado en las sentencias T-5800-03, C-1024-04 y SU 065-18, muchas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante RUBY DEL CARMEN GUARIN FIGUEROA, las pretensiones relacionadas en el Archivo 6 del expediente digital pág. 11, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 4 a 10 del mismo archivo; solicitando, se reconozca su mesada pensional desde el día 3 de septiembre de 2016 por ser la fecha en que cumplió los requisitos pensionales, en consecuencia se condene a Colpensiones a pagarle el retroactivo causado desde septiembre de 2016 a 31 de marzo del 2019 junto con las mesadas adicionales, incrementos anuales, indexación, derechos *ultra y extra petita* que resulten probados, intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó al retroactivo solicitado pero a partir del 5 de septiembre de 2016 y el 30 de marzo del 2019 en suma de \$44.818.362, junto con los intereses moratorios causados sobre dicho retroactivo a partir del 30 de septiembre del 2018 y hasta la fecha efectiva de pago, declarando no probada la excepción de prescripción, tras considerar procedente el reconocimiento del derecho pensional a partir del día siguiente a la última cotización que para el Juez *a quo* lo fue el 4 de septiembre del 2016, fecha para la cual ya había reunido todos los requisitos para la pensión y frente a los intereses moratorios indicó que ante la tardanza en el pago de las mesadas pensionales era procedente su condena.

Así las cosas, dado que el presente proceso arriba a esta corporación además del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, procederá la Sala con el estudio de las condenas impuestas a la encartada.

De esta manera, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionada que ostenta la demandante, de acuerdo a la resolución SUB 81982 del 3 de abril de 2019 visible a folios 18 a 21, impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 13, en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto por la Ley 797 del 2003 teniendo en cuenta 1324 semanas de cotización, calculando la mesada pensional con un I.B.L. de \$2.183.038 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 64.18% para una primera mesada de \$1.401.074.

En esa dirección, puede advertirse, la accionante cumplió la edad de 57 años exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el 11 de junio del 2016 (pág. 3 Archivo 4 expediente digital) (nació ese mismo día y mes del año 1959), así como según el reporte de semanas allegado por Colpensiones², la demandante realizó su última cotización al sistema para el periodo de septiembre del 2016 (fl. 27 vto), solicitando el reconocimiento del derecho el 30 de mayo del 2018 (*conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 81982 del 2019 fl. 18*), no obstante lo anterior la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/04/2019) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que *“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”*

En ese orden, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236³.

² Impreso para mayor claridad del expediente administrativo obrante en medio magnético a folio 13 del expediente.

³ *“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así pues, de acuerdo al consolidado de semanas de cotización se tiene que la demandante efectuó cotizaciones en calidad de trabajadora dependiente hasta el mes de septiembre del 2016, procediendo a solicitar el reconocimiento pensional solo hasta el 30 de mayo del 2018 por lo que a juicio de la Sala, en armonía con la jurisprudencia citada, al margen de que se encuentre o no la novedad de retiro o de la data en que esta se puso en conocimiento de la encartada, dado que para la fecha en que se solicitó el reconocimiento pensional la promotora del litigio reunía

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

*Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a **los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.***

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión. (Negrilla y subrayado fuera de texto)''.

los requisitos necesarios para acceder al derecho, el reconocimiento de la pensión de la señora GUARIN FIGUEROA procedía a partir del día siguiente a su última cotización -septiembre del 2016- atendiendo que para tal calenda cumplió la edad requerida y había dejado de cotizar desde ese año, acreditando para ese momento 1324 semanas (fl. 18 vto), esto es, superaba las 1300 requeridas por la precitada Ley 100 de 1993 con su modificación.

Advirtiéndose de acuerdo al “DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS” visible en la Historia Laboral de la demandante, la NOVEDAD DE RETIRO se registró para el mes de **Agosto del 2016** (fl. 30), indicándose en dicha misiva como fecha de pago de tal cotización y por ende del registro de esa novedad el 13 de septiembre del 2016, razones por las cuales luce evidente que para la data de solicitud de pensión (30/05/2018) se encontraba acreditada la novedad de retiro desde el mes de agosto del 2016.

Ahora y si bien obra a renglón seguido otra novedad de retiro en el mes de septiembre del 2016 con fecha de pago 23 de abril del 2019 y reportándose 4 días de cotización, la misma no puede tenerse en cuenta, porque no se prueba que luego del primer retiro se hubiese vuelto a vincular laboralmente la actora por esos 4 días de septiembre, teniendo para todos los efectos entonces como única novedad de retiro válida la reportada en el periodo agosto del 2016.

Razones por las cuales el reconocimiento de la pensión de la promotora del litigio debió ser a partir del 1° de septiembre del 2016, pues se itera la novedad de retiro se registró para el mes de agosto de ese año; no obstante como el Juez *a quo* dispuso como fecha de reconocimiento una data posterior, esto es, el 5 de septiembre del 2016, la Sala no modificará la misma por cuanto no fue objeto de apelación por la parte demandante y en todo caso no se puede desmejorar la situación de Colpensiones frente a la cual se surte el grado jurisdiccional de Consulta, confirmandose en este punto la decisión del fallador de primera instancia.

Establecido lo anterior, dado que en primera instancia, se concretó la condena por el retroactivo pero desde el 5 de septiembre del 2016, procede la Sala a efectuar la liquidación correspondiente y una vez realizados los cálculos aritméticos deflactando al 2016 el valor de la mesada otorgada en la Resolución SUB 81982

del 3 de abril del 2019 de \$1.401.074 (fl. 20), se obtiene por valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 5 de septiembre del 2016 y el 31 de marzo del 2019 (mes anterior al del ingreso a nómina fl. 20 vto) la suma de **\$44.818.362⁴**, mismo ordenado por el Juez a quo. Se confirma.

En cuanto a la condena por intereses moratorios, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, como es el caso de la aquí demandante, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, dado que no se evidencia razón que justifique⁵ el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante desde la fecha en que realizo su última cotización y se registró la novedad de retiro (agosto del 2016), precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación pensional la actora ya contaba con los requisitos para su reconocimiento, pues contaba con edad, semanas y se encontraba registrada la novedad de retiro.

De esta suerte, los intereses moratorios deben ser impuestos a partir del **30 de septiembre del 2018** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 30/05/2018) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 5 de septiembre del 2016 al 31 de marzo del 2019, advirtiéndose al apelante no ser posible acceder a su solicitud de contabilizar 6 meses para la imposición de los mismos, dado que dicho término se encuentra establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003⁶ y es con el que contaba la entidad para el

4

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
05/09/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.233.605,13	4,87	\$ 6.003.545,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.304.537,42	13,00	\$ 16.958.986,5
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.357.893,00	13,00	\$ 17.652.609,0
01/01/19	31/03/19	3,18%	\$ 1.401.074,00	3,00	\$ 4.203.222,0
Total retroactivo				\$ 44.818.362,47	

⁵ Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁶ “Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

reconocimiento y pago de las mesadas pensionales. Se confirma la decisión en este punto.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones⁷, como ya se ha venido señalando, se tiene que el derecho pensional a favor de la demandante se reconoció mediante Resolución SUB 81982 del 3 de abril del 2019 (fls. 18 a 20) solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 22 de abril del 2019⁸ a través del recurso de apelación interpuesto contra el acto reconocedor del derecho, el cual fue resuelto de manera definitiva con la resolución DEP 3755 del 30 de mayo del 2019 (fls. 23 a 26) notificada el 18 de junio del 2019 (fl. 22) y acudiendo a la jurisdicción el 14 de septiembre del 2020 (fl. 2), es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para la operancia del fenómeno prescriptivo, tal como lo dijo el Juez de primer grado.

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

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

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

⁷ Desde la contestación de la demanda expediente Cd fl.13, la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 19 de abril del 2021 (fl. 11).

⁸ Como se extrae del contenido de la Resolución DEP 3755 del 30 de mayo del 2019 (fl. 23 y 23 vto)

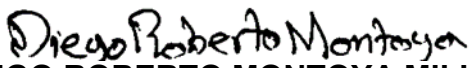
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a COLPENSIONES 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 del Juez 23 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

(En uso de permiso)

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

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

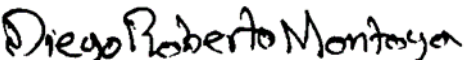
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PEDRO EMILIO
SAAVEDRA ORDOÑEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 26 2019 00005 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA, en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 30 de julio de los corrientes (fl. 60).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (fl 59 60), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio de 2021 (Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T, récord 54:32, Cd folio 53, acta folio 54), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor PEDRO EMILIO SAAVEDRA ORDOÑEZ, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En caso de que la sentencia no fuese apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte actora la apeló. En ese orden, refiere, es beneficiario del régimen de transición y por ende le es aplicable el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, cuyos requisitos asegura haber acreditado, esto es, la convivencia y la dependencia económica.

Por otra parte, señala, el criterio jurisprudencial existente al momento de prestar la demanda hacía posible el reconocimiento de los incrementos una vez demostrados en juicios los presupuestos contenidos en la norma y, considera, no es posible la aplicación retroactiva de la sentencia SU-140 de 2019 porque ello vulnera los principios de favorabilidad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica¹ (Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T, récord 55:00, CD folio 53, acta folio 54).

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, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados en el acápite respectivo (folios 3 y 4), aspirando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 1 de enero de 2010 debidamente indexado, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas. Obteniendo sentencia de primera

¹ “Gracias su señoría por la parte actora me permito formular de manera respetuosa recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Honorable Despacho en los siguientes términos: Toda vez que mi representada es beneficiaria del régimen de transición le es aplicable el artículo 21 del decreto 758 de 1990, requisitos facticos del artículo 21 que mi representado pudo probar como lo fueron la convivencia y la dependencia económica. Por otro lado, su señoría, los criterios jurisprudenciales existentes al momento de la presentación de la demanda hacían posible el reconocimiento de este incremento una vez se probarán los requisitos fácticos por tal motivo consideramos que la aplicación retroactiva de estas providencias como la sentencia SU-140 del 2019 vulnerarían los principios de la favorabilidad, de la buena fe, de la confianza legítima y de la seguridad jurídica, es todo su señoría, muchas gracias”.

instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 el cual fue acogido recientemente por la Corte Suprema de Justicia y, en ese sentido, al no haber causado la pensión de vejez antes de cobrar vigor el nuevo sistema de seguridad social, no tenía derecho al pago de los incrementos rogados.

Establecido lo anterior, previo a abordar el estudio de fondo, ha de señalarse, en el plenario se encuentra acreditada la calidad de pensionado que ostenta el demandante, según se advierte de la Resolución No. 100377 del 15 de enero de 2010, por la cual se le reconoció pensión de vejez al demandante, a partir del 1 de enero de 2010 en cuantía inicial de \$496.900, por ser beneficiario del régimen de transición, y aplicando concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (folios 16 y 17)

Ahora bien, persigue el demandante el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, prestación que encuentra su regulación en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, disposición que, en su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

(...)

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.” (Negrilla fuera de texto)

De allí se desprenden dos requisitos que deben ser acreditados por el pensionado para acceder al incremento, a saber: i) la condición de cónyuge o compañera/o permanente del beneficiario y, ii) la dependencia económica de aquella para con el pensionado.

Sin embargo, previo a adentrarnos al estudio de los presupuestos enunciados en el caso del convocante, es importante determinar la vigencia de estos dentro del

ordenamiento jurídico, especialmente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Al respecto valga indicar, este tópico particularmente ha suscitado diferentes controversias en la jurisprudencia nacional a partir de las cuales se ha planteado, entre otras, la pérdida de vigencia de estos incrementos con ocasión a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y, además, la tesis contraria en las que se determina que estos conservaron vigencia dentro de la regulación normativa nacional pese a no ser incluidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, en remplazo de la anulada SU-310 de 2017, determinó, en síntesis, que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir.

Para esa Corte, tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, aún para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición conforme lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejando a salvo únicamente los derechos adquiridos.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución.

Como sustento de su decisión estimó el Alto Tribunal Constitucional:

“3.2.2 Dejando de lado la derogatoria expresa de las normas que previó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, para la Corte es claro que la anterior enunciación de principios de articulación, organización y unificación normativa se desprende la derogación orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a dicha ley. De hecho, inclusive limitando el análisis al referido principio de unificación, la doctrina especializada explica que este “tiene importantes consecuencias jurídicas, pues significa que desaparecen las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los régimen de transición normativa”.

(...)

3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21»

Esa Corporación enfatizó que el régimen de transición reguló exclusivamente lo atinente a la adquisición del derecho a la pensión, puntualmente la protección de las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a adquirir la prerrogativa pensional, entendiendo con ello que los demás aspectos relacionados con el acceso de la pensión de vejez se encontrarían regulados por la nueva ley.

El anterior criterio, fue acogido recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2061 de 2021², en la cual abandona la postura asumida por esa

² “3. Incrementos por personas a cargo

En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

Corporación que predicaba que los incrementos pensionales por personas a cargo previstos en el Acuerdo 049 de 1990 NO habían desaparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y en su lugar, alude a su derogatoria orgánica en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

Dicha posición jurisprudencial, adoptada por esta Sala Decisión, resulta aplicable al examine precisamente por el respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, y por tanto, para que el demandante pueda acceder a esta prestación claro resulta que debió causar la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en los términos del Acuerdo 049 de 1990 puro, situación que no acaeció en autos pues si bien bajo este último precepto se reconoció la prestación, fue en aplicación del régimen de transición del cual resulto beneficiario tal como se verifica de la Resolución N° 100377 del 15 de enero de 2010 (folios 16 y 17), y en todo caso, con posterioridad al 1 de abril de 1994.

Valga precisar, de cara a los argumentos esgrimidos por el recurrente en la alzada, no puede predicarse la contravención de principios como la seguridad jurídica, la confianza legítima y la favorabilidad, porque en el asunto no estamos en presencia de derechos adquiridos y en todo caso, la jurisprudencia tenida en cuenta por esta Sala de Decisión para desatar la controversia resulta persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en dicho criterio apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

*De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.
(...)"*.

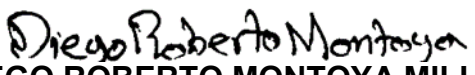
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

(En uso de permiso)

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000, cada uno, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ ADRIANA RIVERA BACHILLER
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 28 2019 00573 01).**

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma el ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 17 de agosto de los corrientes (fl. 65).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENIONES (fl 63 64), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, de la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de julio de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T., récord 28:25, CD folio 51, acta folios 52 y 53), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora LUZ ADRIANA RIVERA BACHILLER, todo conforme a las consideraciones dadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.

TERCERO: LAS COSTAS de esta instancia se encuentran a cargo de la parte demandante, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de esta y a favor de la demandada COLPENSIONES.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia se deberá consultar con el Superior en tanto le resulto totalmente adversa a los intereses de la demandante.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LUZ ADRIANA RIVERA BACHILLER en el presente proceso, las pretensiones relacionadas a folio 2, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relacionados en el respectivo acápite a folios 3 y 4, solicitando se condene a reconocer y pagar la pensión de vejez por régimen especial a partir del 25 de agosto del 2014, junto con el retroactivo de las mesadas dejadas de recibir, la indexación de las sumas que se reconozcan desde que se causó el derecho y hasta que se haga el pago efectivo de las mismas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra tras considerar la *a quo* no haber acreditado los requisitos establecidos en el Decreto 2090 del 2003 pues no tiene 500 semanas de cotización especial para la fecha de entrada en vigencia de dicha normativa, en aras de ser beneficiaria del régimen de transición, no alcanzó 700 semanas de actividades de alto riesgo pues solo cuenta con 508.5 y adicionalmente no tiene el mínimo de semanas requeridas por la Ley 797 del 2003, requisitos estos contemplados en el Decreto 2090 del 2003.

En este orden de ideas, pretende la actora se le reconozca y pague una pensión especial de vejez por haber laborado en actividades de alto riesgo para la salud con el empleador FUNDACIÓN ABOOD SHAIO.

Así las cosas, se tiene que en efecto, la pensión especial de vejez actualmente se encuentra contemplada en el Decreto 2090 de 2003, y, en específico, en el numeral 3º del artículo 2º incluye a los “3.Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.” Igualmente, en sus artículos 3 y 4, señala los requisitos para acceder a dicha prestación.

De este modo, lo primero que debe entrar a determinar la Sala es si la demandante se desempeñó en actividades de alto riesgo con EXPOSICIÓN A RADIACIONES IONIZANTES, advirtiéndose a folio 33 del plenario obra CERTIFICACIÓN LABORAL de la FUNDACIÓN ABOOD SHAIQ, en la que señala que la señora LUZ ADRIANA RIVERA BACHILLER estuvo vinculada a través de un contrato de trabajo a término indefinido con las siguientes características:

“Del 5 de noviembre de 1993 al 12 de diciembre de 2005 ocupó el cargo de Auxiliar de Hemodinamia, cumpliendo con las funciones de circulante de sala, cargo en el cual estuvo expuesta a Radiaciones Ionizantes”

Conforme a lo anterior es claro que la promotora del litigio acreditó con dicho empleador, un total de **622 semanas en actividades de alto riesgo**. (5/11/93 al 12/12/05).

En esta dirección y como quiera que el Decreto 2090 de 2003, en su artículo 3¹, establece como requisito para acceder a la prestación pensional haber cotizado por lo menos 700 semanas en actividades de alto riesgo, se tiene que conforme a lo considerado en primera instancia la accionante no cumple con dicho requisito pues solo logró alcanzar **622 semanas de cotización especial** de acuerdo a lo certificado por la FUNDACIÓN ABOOD SHAIQ.

Igualmente, y de darse aplicación al artículo 6º de la citada norma², que estableció un régimen de transición, los requisitos allí establecidos tampoco se cumplen,

¹ PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

² “Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales

pues a pesar de contar la demandante con 500 semanas de cotización especial, contrario a lo referido por la Juez de primer grado, para la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto -28 de julio de 2003-, esto es, del 5 de noviembre de 1993 al 28 de julio del 2003, lo cierto es que no cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acorde a la exigencia del parágrafo de esta norma, toda vez que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), no tenía 40 años de edad (tenía 29 años)³, ni 15 años de servicios (solo 4 años, 11 meses y 8 días)⁴.

En ese orden y por no ser beneficiaria de la transición mencionada, debe procederse conforme ya se dijo al estudio de la prestación pensional conforme los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003. Sobre el punto, el primero como ya se anunció señala que el afiliado debe efectuar cotización especial durante por lo menos 700 semanas y el otro que, como requisitos se deben haber cumplido 55 años de edad y cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, esto es, el referido en el artículo 36⁵ (sic) de la Ley 100 de 1993, conforme la modificación efectuada por artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

De acuerdo a lo anterior y solo en gracia de la discusión de haberse acreditado las citadas 700 semanas de cotización especial, lo cierto es que la actora si bien cumplió los 55 años de edad el 24 de agosto del 2019 (nació el 24/08/64 fl. 8 vto), no cuenta con el número de semanas mínimas contempladas por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, las cuales para el caso de autos, corresponderían a 1300 semanas para el 24 de agosto del 2019, data en que la señora RIVERA BACHILLER llegó a la edad de 55 años exigida para la prestación por alto riesgo, pues tan solo cuenta con 1022,86 de cotización al 30 de abril del 2010, según el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 58 e impreso para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 47.

aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

³ Nació el 24 de agosto de 1964, cumplió 40 años el mismo día y mes del 2004 (fl. 8 vto).

⁴ Pues empezó a cotizar el 24 de abril de 1989, por lo que para el 1º de abril de 1994, sólo cuenta con 254 semanas de cotización (fl. 57).

⁵ Coligiendo la Sala un error en la impresión o transcripción de la norma, pues el art. 4º del Decreto 2090 de 2003, a pesar de mencionar el art. 36 de la Ley 100 de 1993, realmente hace referencia al artículo 9 de la Ley 797 del 2003 que modificó fue el art. 33 del mismo texto normativo.

Razones por las cuales, se tiene entonces en autos no se cumplieron con las premisas que dan lugar al reconocimiento de la pensión especial solicitada en los términos propuestos por el demandante.

Dicho esto y sin más consideraciones se agota la competencia del Tribunal, procediendo a confirmar la sentencia de primer grado en cuanto ABSOLVIO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – de todas y cada una 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

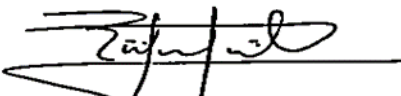
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 202

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLGA PATRICIA
BOTTIA DUARTE CONTRA LA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO
FAMILIAR COLSUBSIDIO (RAD. 29 2019 00034 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de conclusión en esta instancia únicamente por la parte actora (folios 348 a 354), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 22 de abril de 2021 (Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., CD a folio 342, récord: 36:23, acta a folio 343), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada Caja de Subsidio Familiar Colsubsidio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante, señora OLGA PATRICIA BOTTIA DUARTE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO:** Dado que las resultas de la sentencia son adversas a la ex trabajadora **ENVÍESE** al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandante OLGA PATRICIA BOTTIA DUARTE en **COSTAS**, fijando como agencias en derechos la suma de \$100.000 pesos.”*

Tal como se determinó en providencia anterior (folios 346 y 347), la falta de sustentación del recurso de apelación tuvo como consecuencia que este se declarara desierto, y en su lugar se concediera el grado jurisdiccional de consulta previsto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S. a favor de la demandante por haber sido la sentencia de primer grado totalmente adversa a sus aspiraciones, lo cual explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el mismo, 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 OLGA PATRICIA BOTTIA DUARTE en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (folios 31 a 42 y 177 a 180), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 23 a 31 y 173 y 174, encaminadas de manera principal a que se declare que la demandada la despidió sin justa causa, y en las condiciones previstas en el artículo 64 del C.S.T., el 10 de agosto de 2018 cuando se encontraba en periodo de lactancia y con ello amparada con estabilidad laboral reforzada, sin obtener el permiso por parte del Ministerio del Trabajo. En consecuencia, se condene a COLSUBSIDIO a reintegrarla y reubicarla en su lugar de trabajo o a uno de mejor categoría, sin solución de continuidad desde la fecha en que fue despedida, junto con el pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios legales y extralegales, vacaciones, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, “*reembolso FAMISANAR PAC*”, aportes a pensión y riesgos laborales, causados desde su desvinculación hasta su reinstalación, así como los intereses moratorios causados sobre dichas sumas de dinero, la sanción por no consignación de las cesantías, derechos convencionales, pago de perjuicios materiales, morales y fisiológicos y demás indemnizaciones a que haya lugar, todo debidamente indexado.

En subsidio de lo anterior, aspira, se declare que fue despedida sin justa causa el 10 de agosto de 2018, cuando se encontraba en periodo de lactancia y por ende tenía estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, se imponga a cargo

de la pasiva el pago de perjuicios por daño emergente, lucro cesante, los ocasionados con motivo de los hechos objeto de la demanda conforme lo previsto en el artículo 283 del C.G.P., morales y fisiológicos, junto con los *“demás derechos establecidos por la ley”*, los intereses moratorios y la indexación.

Como segundas peticiones subsidiarias, pide se declare el despido del que fue sujeto el 10 de agosto de 2018, desconoció su estabilidad laboral reforzada por encontrarse en periodo de lactancia y, en esa medida, debe ordenarse el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., los intereses moratorios, *“todas las indemnizaciones debidamente indexadas que le corresponden al demandante (sic) desde el día 10 de agosto de 2018 y hasta la fecha en que se haga efectivo su reintegro”*, los *“demás derechos legalmente establecidos por la ley”*, los perjuicios a que se refiere el artículo 283 del C.G.P., los perjuicios morales y fisiológicos y la indexación.

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora, condenando en costas a esta última. Para arribar a tal conclusión la juez de primer grado discurrió, no existía discusión alguna frente a la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes y sus extremos temporales. Por otra parte estimó, el vínculo finalizó por decisión unilateral de la empleadora durante el periodo de lactancia de la trabajadora (segundo trimestre después del parto) por lo cual debía analizar si dicha decisión estuvo precedida de una justa causa, anotando, en este evento no se requería la autorización del Ministerio de Trabajo, correspondiendo a la demandante la carga de demostrar que el finiquito obedeció a su condición como madre lactante.

Por ello, y luego de analizar las pruebas recaudadas en el juicio, consideró que los hechos invocados por COLSUBSIDIO como razones del despido se encontraban debidamente probados, los cuales constituyeron un desconocimiento grave de sus obligaciones, configurándose por tanto la justa causa de la terminación del contrato, precisando, de acuerdo con la

jurisprudencia sobre la materia no era necesario que se demostraran los perjuicios causados a la pasiva.

Atendiendo la justeza del despido, concluyó improcedentes tanto las pretensiones principales como aquellas formuladas de manera subsidiaria.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 21 de junio de 2007 y terminó el 10 de agosto de 2018 por decisión unilateral de la empleadora, aspecto que además de haber sido excluido del debate probatorio por la aceptación de las partes, se constata con la documental de folios 202 y 203, 205 a 206 y 209 a 210.

Ahora, persigue la actora, principalmente, se disponga el reintegro a su puesto de trabajo o a uno de igual o superior categoría, aduciendo para el efecto que la demandada desconoció que al momento de su desvinculación se encontraba amparada por el fuero de maternidad.

Frente a la invocada estabilidad laboral por fuero de maternidad, valga memorar, el artículo 239 del C.S.T., modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017 – vigente para la época en que se produjo el despido-, preceptúa:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa¹.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de

¹ Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-005-17, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 'en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)'.

las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.”

Por su parte, el artículo 241 de ese mismo estatuto prevé:

“ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

- 1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.*
- 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados.*

Al tenor de tales preceptos legales, carecerá de todo efecto jurídico el despido de una trabajadora que esté disfrutando de licencia por maternidad o parto y el descanso remunerado por lactancia, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

La línea de pensamiento que sobre la materia ha dejado vertida la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, distingue dos periodos de protección: el primero comprendido por el tiempo de gestación y los tres meses posteriores al parto², durante el cual no es posible despedirla sin autorización previa del Ministerio del trabajo; y el segundo, el amparo a la lactante que corresponde al segundo trimestre posterior al alumbramiento.

En ese sentido, para el órgano de cierre de esta jurisdicción, cuando el despido ocurre en el interregno al que se refiere el primer evento, se presumirá que dicha determinación tuvo como fundamento el estado de embarazo de la trabajadora, correspondiendo por tanto al empleador desvirtuar la misma y

² Actualmente debe tenerse en cuenta el tiempo de duración de la licencia de maternidad que es de 18 semanas.

acreditar que las razones que motivan el finiquito unilateral del vínculo se enmarca dentro de las causas previstas en los artículos 62 y 63 del C.S.T.

Por el contrario, cuando el despido tiene lugar en el segundo trimestre siguiente al nacimiento del menor, esto es, durante el descanso para lactancia, la carga probatoria se traslada a la trabajadora quien deberá demostrar que el móvil del despido fue precisamente esa situación. Para la Corte *“una interpretación diferente del artículo 241 del CST, conllevaría a ampliar la sanción de ineficacia del despido en los términos que prevé el precepto 239 ibídem, y que solo se extiende hasta los tres meses posteriores al parto, como expresamente lo prevé dicho precepto”*³

Sobre la materia, esa Corporación, en sentencia SL4280-2017, reiterada en las SL1319-2018, SL3733 de 2018 y SL1951 de 2021, precisó:

“[...] por la finalidad instructiva del recurso interesa recordar que la hermenéutica de la normativa que regula el período de lactancia ha sido suficientemente abordada por la Corte, de donde resulta dable concluir que el contenido normativo de los artículos 239 a 241 del CST distingue el tiempo de protección o amparo de la trabajadora lactante por razón de tal condición o estado, que es de seis meses, del tiempo de presunción del móvil del despido por la dicha condición o estado, que es el equivalente a los tres primeros meses de dicho período.

Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.

En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibídem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada

³ SL3733 de 2018.

por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas.

Luego, en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP.”⁴

En el caso de autos, no fue motivo de discusión que la demandante dio a luz a

⁴ En dicha providencia se trajo a colación lo sostenido por la Corte en la sentencia CSJ SL, 10 jul. 2002, rad. 17193, en la cual se explica más ampliamente la razón de la distinción frente a la protección que se otorga por el periodo de lactancia:

“Así las cosas, ha de concluirse que los soportes legales referenciados, aluden a la lactancia, como el derecho de la madre trabajadora de usar un espacio de tiempo durante la jornada laboral para alimentar al hijo, ello con la aquiescencia del empleador, dentro de la concepción de interrupción durante el tiempo de trabajo; circunstancias particulares que desdibujan en estricto sentido el contenido preciso de descanso como definición de “quietud, reposo, pausa o alivio en la fatiga” pues nótese bien, que su ejercicio corresponde es a un corte o receso en el tiempo dentro de la jornada de trabajo, con el fin específico ya indicado.

Ahora bien, el convenio de la O.I.T. traído a colación, regula que la concesión de tales descansos deberá regirse “por la legislación nacional o de conformidad con ella”, armonizando su tenor con el artículo 238 del C.S.T., éste consagra las referidas interrupciones hasta por los seis meses de edad del recién nacido; a su turno el artículo 239 ibídem dispone los efectos de la ineficacia del despido como presunción cuando sucede la desvinculación sin autorización del Ministerio del Trabajo dentro del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto.

En el sub júdice, de los supuestos fácticos sentados por el ad quem se tiene que ÁNGELA MARÍA JARAMILLO PIEDRAHITA dio a luz el 11 de agosto de 1997 y fue despedida el 14 de noviembre de esa anualidad, de donde se infiere que precisamente el empleador adoptó su decisión de finiquitar el vínculo laboral de la trabajadora cuando ya había vencido el término de esa protección por maternidad bajo el amparo de la presunción atrás anotada.

En cuanto a los tres meses finales restantes de lactancia, para el caso en estudio según el artículo 241 del C.S.T., en primer lugar ya se anotó que el espacio de tiempo destinado a esa finalidad en estricto sentido corresponde para esta época a una interrupción de la jornada de trabajo con ese fin específico de facilitar la noble condición de maternidad y no propiamente a un descanso, porque en los tres meses iniciales es subsumido por la licencia de las doce semanas por el parto. De no entender así la normatividad, se incurriría en el error de extender la sanción de ineficacia por el despido de la trabajadora que ha dado a luz a los nueve meses de embarazo y seis posteriores al parto sin miramiento alguno, inteligencia que no corresponde al contenido de las normas.

Desde luego lo anterior no significa que durante los tres meses siguientes hasta completar los seis meses de lactancia, la trabajadora quede desprotegida en su estabilidad laboral especial. Lo que sucede es que en estos tres últimos meses tampoco puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia empero, en éste lapso final le corresponde la carga de la prueba a ella de acreditar que ese fue el móvil del despido, a diferencia de la época del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto, que es cuando opera la presunción legal de que la terminación del contrato fue inspirada en el protervo motivo del embarazo o la maternidad o la lactancia. De manera, que si bien hasta los seis meses después del parto existe la garantía especial de protección a la estabilidad en el empleo relacionada con el embarazo, la maternidad y la lactancia hay dos períodos claramente delimitados en la ley: el primero, hasta los tres meses posteriores al parto, como lo pregonan nítidamente el artículo 239 del C.S.T.; y el segundo, por fuera de los descansos o enfermedad por maternidad hasta los seis meses posteriores al parto, con la aclaración de que en ésta segunda hipótesis la carga de la motivación del despido se revierte, tornándose exigente en el sentido de que es quien afirma haber sido despedida por esa censurable razón a quien incumbe demostrarlo.

su hija LUCIANA NIETO BOTTIA el 16 de febrero de 2018, tal como se verifica del registro civil de nacimiento que milita a folio 12, razón por la cual, para el 10 de agosto de 2018, data en la que se produjo su retiro de la compañía demandada, se encontraba dentro del sexto mes postparto y, en esa medida, era beneficiaria de la protección intermedia que ofrece el fuero de maternidad por el periodo de lactancia y bajo tal entendido, atendiendo los criterios jurídicos y jurisprudenciales referenciados, le incumbe a la actora la carga de acreditar que el despido estuvo realmente motivado en su condición de madre lactante.

Sobre este asunto, debe resaltarse por una parte, a lo largo del escrito introductor ninguna referencia se hizo respecto de que la terminación del contrato haya tenido como fundamento el que la trabajadora se encontrara en periodo de lactancia y, por el contrario, la demandada esboza como argumentos de su defensa que el finiquito del vínculo se sustentó en una justa causa.

En este orden de ideas, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

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 10 de agosto de 2018 (*folio 205 y 206*), la cual fue entregada en esa fecha a la actora según se advierte de la rúbrica de recibido que se observa a folio 206.

En dicha misiva se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“Esta Corporación ha decidió dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del 10 de agosto de 2018, ello debido a que la Corporación tuvo conocimiento mediante reporte de la Jefe de Sección de Originación de Crédito y adjuntos (Documentos que hacen parte integral de esta decisión y que se le pusieron de presente en su diligencia de descargos) al Departamento de Relaciones Laborales, además de las investigaciones y validaciones en que tuvo que incurrir la Corporación, de que Usted injustificadamente trasgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales por incurrir en grave negligencia e indisciplina, tras generar posibles reclamaciones en dos casos irregulares: El primer caso procedió con la aprobación de la solicitud de crédito aceptando el comprobante de documento en trámite como documento de identificación válido para la señora Vivian Sánchez más no con la fotocopia de la cédula ampliada al

150% como está establecido y porque no colocó las observaciones de que en el sistema SIIF se evidenció que el tipo de consulta es 09, el cual indica la no existencia del cliente como registro en la central de riesgo, por lo que desde este sistema no se podría evaluar el comportamiento del cliente en los sectores que reportar información a esta central de riesgo y en el segundo caso dio trámite a la póliza de vida con el formato de Suramericana, el cual no aplicaba para la operación de crédito del el Señor (sic) Ricardo Hernández León C.C: 2904844, por cuanto la aseguradora que prestaba esta cobertura era Generalli, todo ello conforme a su proceso disciplinario el cual damos aquí por reproducido.

Con el fin de corroborar lo anterior y garantizando el debido proceso, la Corporación lo(a) escuchó en diligencia de descargos y una vez analizado su caso al detalle, se comprobó que las omisiones y conductas por Usted cometidas abiertamente irregulares, fueron negligentes, incumpliendo sus obligaciones y/o prohibiciones laborales conforme a los procedimientos, al Reglamento Interno de Trabajo de la Caja y la Ley. Además de que cada una de las causales mencionadas independientemente consideradas y por sí mismas ameritan esta decisión.

Las situaciones antes enunciadas se encuadran entre otras, en la numerales 1, 3, 5 y 6 del artículo 58 numeral 8 del artículo 60 y numerales 2, 4 (parte final), 5 y 6 (primera parte) del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en los numerales 1, 2, 3, 5, 6, 7, 11, 22, 23, 24, 33, 34, 35, 37, 39 y 40 del artículo 48, numerales 1, 12, 13, 17 y 50 del artículo 50, numerales 1, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 26, 53 y 58 del artículo 55 del Reglamento Interno del Trabajo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO, además de las que estime pertinentes, constituyendo incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones derivadas de su contrato de trabajo y del reglamento interno de trabajo y una clara violación de sus obligaciones legales y contractuales que impiden que el contrato de trabajo celebrado con usted pueda seguir vigente.

(...)”

En los términos anteriores, se infiere, lo que motivó el despido del convocante fue, en términos generales: i) aprobar el otorgamiento de un crédito sin constatar la cédula de ciudadanía ampliada al 150% y sin verificar las observaciones que arrojó la consulta al SIIF y ii) tramitar una póliza en un formato que no aplicaba para el crédito optado por el cliente.

En ese orden, frente a las causales invocadas en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación calendada 1 de agosto de 2017 (folio 256 a 257), la demandada, a través de MARISOL JIMENEZ MORALES, jefe de sección originación de crédito, citó a la demandante para rendir descargos, aduciendo lo siguiente:

“Esta Corporación ha considerado conveniente iniciar proceso disciplinario a usted, ello con la finalidad de que aclare las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las eventuales transgresiones a las funciones y responsabilidades asignadas a su cargo como Analista de Crédito y Coordinadora de crédito, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias reportadas:

- 1. Que presuntamente usted trasgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales porque el 4 de abril del 2018 la Analista de Riesgo y Control Financiero de la Caja Yulieth Nataly Condiza, informa a la Sección de Riesgo de la Gerencia de Crédito Social y Seguros las inconsistencias detectadas en la validación de autenticidad del documento de identidad No. 1.073.235.969 suministrado como soporte de la solicitud de crédito No. 730906, esto debido a la radicación de una queja el 23 de marzo del 2018 en la que la señora Viviana Sánchez señaló que NO ha realizado ninguna solicitud de crédito ante Colsubsidio.*

Con respecto al procedimiento de Análisis y Decisión de Créditos (Código: CS.PC.E3.6) Versión 4 con vigencia desde el 01/Oct/2010, se considera que el Analista de crédito Olga Patricia Bottia Duarte asignada a la solicitud, incumplió la política en la que se indica que entre los documentos necesarios para la solicitud y legalización de cupo crédito se requiere fotocopia de la cédula ampliada al 150% y se procedió con la aprobación de la solicitud aceptando el comprobante de documento en trámite como documento de identificación válido.

Por otra parte, en el procedimiento antes mencionado se establece que el Analista de Crédito evalúa reporte de Centrales de Riesgo de acuerdo a políticas de otorgamiento. Sin embargo en el sistema SIIF se evidenció que el tipo de consulta es 09 que indica la no existencia del cliente como registro en la central de riesgo, por lo que desde este sistema no se podría evaluar el comportamiento del cliente en los sectores que reportan la información a esta central de riesgo, y esto no se indicó en las observaciones, ni se mencionó la necesidad de una validación como fuente alterna.

Lo anterior ocasionó para la Gerencia de Crédito y Seguros un riesgo operativo por fraude por suplantación en la Originación de créditos, por errores y omisiones en la ejecución del proceso de análisis y aprobación de créditos.

- 2. Que presuntamente usted trasgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales porque el día 26 de diciembre de 2017 el señor Ricardo Hernández León con C.C. 2904844 presentó un derecho de petición donde solicita una indemnización por un valor de \$70.000.000 por un incumplimiento del contrato de compra venta entre Colsubsidio y el cliente por el apartamento 104, bloque 5 de la urbanización Brisas de abril en la ciudad de Ricaurte (proyecto de Colsubsidio). Donde el cliente manifiesta que se le negó su crédito hipotecario por ser mayor de 77 años, para lo cual, la actualmente Coordinadora de crédito Olga Patricia Bottia Duarte, dio trámite a la póliza de vida con el formato de*

Suramericana de Suramericana, el cual no aplicaba para esta operación de crédito por cuanto la aseguradora que prestaba esta cobertura era Generalli.

La Coordinadora de Crédito Olga Patricia Bottia legalizó la póliza de vida con un formato de una entidad que en caso de los siniestros no cubriría la reclamación, es una omisión en el proceso.

Conforme con lo anterior, se le cita para que comparezca el día 03 / 08/ 2018 a la hora 11:00 a.m. en la sala 1 de calima piso 5 para que se pronuncie sobre todo lo que sea propio de su relación laboral con Colsubsidio y los hechos señalados.

Así mismo se deja constancia que se da traslado al trabajador de todas y cada una de las pruebas que motivan la presente citación a diligencia de descargos, de conformidad con los hechos aquí descritos.

A la diligencia podrá usted presentarse con todos los documentos y soportes que le permitan aclarar a la entidad los hechos y a lo establecido en el artículo 115 del C.S.T.

Se le informa igualmente al trabajador(a) que de no presentarse a la citada diligencia en la hora y fecha señalada, sin justificación sustentada, se entenderá que da por aceptada su responsabilidad en los hechos mencionados, renunciando así a su derecho de defensa y asumiendo las consecuencias de tipo disciplinario y administrativo que la Corporación determine”

La diligencia de descargos se llevó a cabo en la calenda convocada -3 de agosto de 2018-, a las 11:00 a.m. (folios 2558 a 262). De ese trámite se destaca lo siguiente:

“(…)

6. PREGUNTADO: *Por favor exponga su defensa respecto del numeral 1 de su citación a descargos.*

CONTESTÓ: *El cupo fue analizado hace 7 años el cual no debió llegar a proceso de análisis dado que la documentación ya había pasado por tres instancias anteriores que es el área de afiliaciones, el promotor de crédito, el proveedor de gestión documental donde pudieron haber detectado con los documentos originales en presencia del cliente que no corresponde a la información del afiliado. Para la época del análisis de este crédito se había autorizado realizar el análisis con este tipo de documento inclusive la registraduría también había emitido un comunicado autorizando este tipo de documento, el proveedor de gestión documental aceptó el documento y el proveedor de custodia aceptó ese documento. Dada la antigüedad de la solicitud, no tengo soporte de sas comunicaciones en mi equipo pero si no generó devolución y se recibió por el promotor era una práctica usual. Se puede validar con otros funcionarios del área comercial y se van a encontrar más solicitudes con las mismas características. El*

informe se relaciona por qué no se consultaron fuentes alternas y en se momento eso no estaba precedimentado (sic) y se ha comenzado a realizar desde el año pasado por iniciativa propia. En el informe de riesgo la recomendación es realizar retroalimentación al equipo pero no habla de adelantar procesos disciplinario. Me gustaría saber si las instancias, personas involucradas también tienen procesos disciplinario (promotor, proveedor, gestión documental, proveedor de custodia). Como observación se debe tener en cuenta este antecedente ya que actualmente se está en proceso de negociación para vincular de nuevo al proveedor de gestión documental que estaba para esa fecha.

7. PREGUNTADO: *Por favor explique por qué procedió con la aprobación de la solicitud de crédito aceptando el comprobante de documento en trámite como documento de identificación válido para el señor Cristian Ávila Benavidez, más no con la fotocopia de la cédula ampliada al 150% como está establecido.*

CONTESTÓ: *porque estaba autorizado para esa época recibir ese documento y por eso también lo recibió el promotor y el proveedor de gestión documental, no tengo en mis archivos los soportes de esa autorización por la antigüedad de la solicitud.*

8. PREGUNTADO: *Por favor explique porque no colocó las observaciones de que en el sistema SIIF se evidenció que el tipo de consulta es 09 que indica la no existencia del cliente como registro en la central de riesgo, por lo que desde este sistema no se podría evaluar el comportamiento del cliente en los sectores que reportan información a esta central de riesgo.*

CONTESTÓ: *En Colsubsidio solamente hemos recibido capacitación de Datacrédito una vez sobre la lectura del Datacrédito cuando genera toda la información donde se encuentra las cuentas, tarjetas y créditos. A la fecha no hemos recibido capacitación de los tipos de consulta y el conocimiento de algunas de ellas lo sabemos por experiencia más no por capacitación realizada.*

9. PREGUNTADO: *Por favor exponga su defensa respecto del numeral 2 de su citación a descargos.*

CONTESTÓ: *En esa fecha y hasta la presente no conocemos ningún formato que se diligencie para póliza con Generalli. Cuando se realizó el estudio de la póliza y se envió este documento a la unidad de seguros (Ángelo Giovanni) y al corredor de seguros que se solicitaba la evaluación de la póliza para un crédito hipotecario en donde ellos informaron que no cubría y le remitieron el correo a Generalli para que lo analizara y diera su respuesta frente al caso. Generalli en el cuerpo del correo informa que no acepta la póliza para el Sr. Ricardo. Además, confirmando con el área de seguros, Generalli no cuenta con ningún formato de póliza establecido. En esa época el amparo para los montos de hipotecario era automático, el caso se llevó a evaluación por la edad del solicitante. No tengo soportes de la época pero se puede validar con otros funcionarios o con la lista de chequeo del proveedor de gestión documental si existía formato.*

10. PREGUNTADO: *Por favor explique por qué dio trámite a la póliza de vida con el formato de Suramericana, el cual no aplicaba para la operación de crédito del*

el (sic) Señor Ricardo Hernández León C.C. 2904844, por cuanto la asegurada que prestaba esta cobertura era Generali.

CONTESTÓ: *Porque nunca hemos recibido ningún formato de Generali y no recibimos por parte de Seguros ninguna observación de la solicitud y se recibió la respuesta de Generali con resultado de póliza no aceptada.*

(...)”

En dicha diligencia de descargos adelantada, a juicio de esta Corporación, no hay una aceptación expresa por parte de la actora de las omisiones que se le endilgan, sin embargo, particularmente frente al primer hecho atribuido, no niega haber aprobado el crédito sin verificar la presencia de la copia de la cédula de ciudadanía como soporte de la solicitud, pues en realidad justifica dicha situación en la autorización que existía para gestionarlo de esa forma.

En el plenario, reposa copia del “*formato de reporte de casos disciplinarios ante el departamento de relaciones laborales*”, suscrito por MARISOL JIMENEZ MORALES en calidad de Jefe Sección Originación de Créditos, en el que emite como concepto la terminación del contrato, aduciendo, entre otras las siguientes razones (*folios 263 a 266*):

“Caso 1:

(...)

Con respecto al procedimiento de análisis y Decisión de créditos (Código:CS.PC.E3.6) versión 4 con vigencia desde el 01/Oct/2010, se considera que el Analista de Crédito Olga Patria Bottia Duarte asignada a la solicitud, incumplió la política en la que se indica que entre los documentos necesarios para la solicitud y legalización de cupo crédito se requiere fotocopia de la cédula ampliada al 150% y se procedió con la aprobación de la solicitud aceptando el comprobante de documento en trámite como documento de identificación válido.

Por otra parte, el procedimiento antes mencionado establece que el Analista de Crédito “evalúa reporte de Centrales de Riesgo de acuerdo a políticas de otorgamiento”. Sin embargo en el sistema SIIF se evidenció que el tipo de consulta es 09 que indica la no existencia del cliente como registro en la central de riesgo, por lo que desde este sistema no se podría evaluar el comportamiento del cliente en el sector que reporta información a esta central de riesgo y esto no se indicó en las observaciones, ni se mencionó la necesidad de una validación como fuente alterna.

Lo anterior ocasionó para la Gerencia de Crédito Social y Seguros un riesgo operativo de Fraude por suplantación en la Originación de créditos, por errores y omisiones en la ejecución del proceso de análisis y aprobación de créditos.

Caso 2.

(...)

La Coordinadora de Crédito Olga Patricia Bottia legalizó la póliza de vida con un formato de una entidad que en caso de los siniestros no cubriría la reclamación, es una omisión en el proceso

(...)

Consecuencia:

- *Posible pérdida económica para la caja por solicitud del cliente por daños y perjuicios equivalente en su última reclamación a \$70.000.000.*
- *Perjuicio a la reputación de la Caja al haber radicado queja(s) ante la Superintendencia de Subsidio Familiar y/o la Súper intendencia (sic) de Industria y comercio.*
- *Perjuicio a la reputación de la Caja al haber radicado dos (2) derechos de petición.”*

Además de lo hasta aquí reseñado, en el asunto se recibió el interrogatorio la demandante y los testimonios de JUAN GIOVANNY NIETO MARTÍNEZ⁵, SANDRA ROCIO BOTTIA DUARTE⁶, MARISOL JIMENEZ MORALES⁷, OLGA PACHON OLARTE⁸ y MARIA CATALINA RUEDA LEÓN⁹.

Así, la actora refirió que en el año 2011 aprobó el crédito de Cristian Ávila, situación que se determinó en la investigación que se le adelantó, precisando, la identificación del cliente incluye la verificación de los documentos en original, lo cual pasaba por varios filtros antes de llegar al analista y estaba a cargo de otras áreas, por lo que suponía que cuando llegaba a sus manos ya estaba validada la titularidad del usuario, de hecho, anotó, el crédito nunca debió llegar al proceso de análisis porque debió pasar por tres instancias donde debió quedarse porque no cumplía con los parámetros, siendo su responsabilidad verificar la afiliación a la Caja y la capacidad de pago, situación que de antemano resulta contradictoria con su afirmación hecha en los descargos de

⁵ Audiencia realizada el 6 de abril de 2021, récord 37:56, CD folio 337, acta folio 338.

⁶ Audiencia realizada el 6 de abril de 2021, récord 47:27, CD folio 337, acta folio 338.

⁷ Audiencia realizada el 6 de abril de 2021, récord 54:52, CD folio 337, acta folio 338.

⁸ Audiencia realizada el 6 de abril de 2021, récord 2:04:24, CD folio 337, acta folio 338.

⁹ Audiencia realizada el 6 de abril de 2021, récord 2:47:50, CD folio 337, acta folio 338.

que para la época estaba permitido aportar la constancia del trámite de la cédula de ciudadanía. Aseguró, no recibió capacitación o manual sobre el SIIF, solo fue ilustrada sobre los casos positivos, desconocía a lo que refería el código 09. Al indagársele porqué no hizo ninguna observación dijo que era la primera vez que aparecía y que precisamente por el desconocimiento que tenían sobre el asunto, pidieron constante capacitación que no le fue suministrada. Sostiene, el proceso disciplinario se dio por una queja presentada por una usuaria en el 2018, destacando, dicho trámite solo inició cuando regresó de su licencia de maternidad. No negó conocer las políticas y procedimientos de la compañía. Con relación al segundo evento, relacionado con la póliza, sostuvo que tramitó la póliza de vida con dos aseguradoras, GENERALLI y SURAMERICANA, pero ninguna aceptó al cliente pro su edad. Negó haber diligenciado erróneamente el formato para la solicitud del seguro porque GENERALLI no tiene un formato establecido, envió un correo al corredor de seguros.

Ahora, MARISOL JIMENEZ MORALES, quien se desempeña dentro de COLSUBSIDIO como Jefe de Sección de Originación de Crédito, laborando para la compañía hace más de 31 años, aseguró haber participado dentro del proceso disciplinario que se adelantó en contra de la trabajadora aquí demandante, por ser para la época de dicho trámite, su superior. Así, relató, fueron dos eventos los endilgados a la trabajadora, un primer evento relacionado con la aprobación de un crédito que por una reclamación del cliente se dieron cuenta que fue una suplantación, pues el crédito fue solicitado por Cristian Ávila quien presentó una constancia de documento en trámite lo cual no era permitido, y se determinó que ese número de cédula no correspondía a él sino a una señora Sánchez quien hizo la reclamación porque no tenía crédito con ellos. Refirió, dentro de los procedimientos internos está claramente determinado que dentro de los documentos que deben entregarse se encuentra la copia de la cédula de ciudadanía al 150% y esto no se revisó. Indicó, la consulta en centrales de riesgo se realiza para verificar la capacidad de endeudamiento, el hábito de pago del cliente y cuando arroja el código 09, ello significa que *“no existe el cliente”* razón por la cual, si no conocía ello que significaba debió indagarse al respecto, pero ello no ocurrió. Comentó, el no

revisar la presencia de la copia de la cédula de ciudadanía al 150% implicó el desconocimiento de las políticas de la compañía, destacando, la demandante tenía que garantizar el cumplimiento de los procedimientos y políticas de la empresa, lo cual incluía el revisar la cédula de ciudadanía y las centrales de riesgo. El segundo evento, tuvo que ver con un crédito hipotecario solicitado por Ricardo Hernández quien presentó un derecho de petición por cuanto le hicieron firmar una póliza y le garantizaron que podía seguir con el trámite del crédito, después se dieron cuenta que la póliza no era con Suramericana sino con Generali, entonces el dice que le hicieron firmar y nunca le dieron respuesta. Sostuvo, nunca debieron hacerle diligenciar la póliza porque no era con esa aseguradora. Retomando el primer caso, indicó en el evento de riesgo que le fue entregado en abril de 2018 se puede observar el documento que reposaba como soporte del crédito, mismo que se permitió exhibir a través de la opción “*compartir pantalla*” con la anuencia de la juez, y que la aprobación se dio desde el usuario de la actora quien no dejó ninguna constancia de la verificación de centrales de riesgo u cualquier otra en este caso. Comentó, las políticas de crédito eran conocidas por la demandante porque ella era la encargada de su divulgación.

De esta declaración se destaca, la exhibición que hiciera de las políticas para el otorgamiento de créditos vigente para el año 2011, fecha en que ocurrieron los hechos en la cual se establece como un paso para la aprobación la verificación del cumplimiento de las políticas, dentro del cual además también se observa como requisito la presencia de la copia de la cédula de ciudadanía ampliada al 150%.

En similares términos, la testigo OLGA PACHÓN OLARTE, jefe de sección de riesgos de COLSUBSIDIO desde hace 15 años, y quien elaboró el “*evento de riesgo*” a partir de la denuncia hecha por la cliente en el 2018, mencionó que se desconocieron las políticas de la compañía en el proceso de aprobación del crédito de CRISTIAN AVILA que estuvo a cargo de la demandante, por no verificar los documentos que soportaban el mismo, no generar alertas o informar de las inconsistencias ante la generación del código 9 “*inexistencia*” a partir de lo cual se debió hacer una consulta manual e informar al jefe directo. Indicó, el procedimiento está regulado en la política de riesgo y procedimiento

los cuales se encuentran publicados en un aplicativo y están disponibles para consulta. También se refirió a la situación presentada con la póliza que fuera diligenciada en formato distinto al de GENERALLI que era la aseguradora que estaba brindando la cobertura que requería el tipo de crédito solicitado por el cliente. Señaló, la citación a descargos se realizó luego de licencia de maternidad de la trabajadora. Con relación a la verificación de identidad del cliente, sostuvo, la inconsistencia debió ser validado por el área comercial y documental, pero ambas incurrieron en errores en el procedimiento y así se documentó, también la demandante quien no garantizó el cumplimiento de las políticas dentro de las cuales se encontraba la exigencia de la copia de la cédula de ciudadanía.

En este punto se resalta, a los testigos JUAN GIOVANNY MARTÍNEZ, esposo de la demandante, y SANDRA ROCIO BOTTIA DUARTE, hermana de la convocante, nada les consta directamente sobre las circunstancias que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo que ataba a las partes, centrando su declaración en los momentos de angustia y de dolor que vivió la actora luego de su despido.

Así las cosas, a juicio de esta Sala el hecho atribuido al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentra acreditado, pues conforme los numerales 1, 2 y 14 del artículo 55 del reglamento interno de trabajo, el *“incumplimiento de cualquiera de las obligaciones o prohibiciones contractuales o reglamentarias”, “no mantenerse actualizado con relación a los procedimientos y políticas que Colsubsidio emita para el desarrollo de las funciones del trabajador” e “Incumplir las obligaciones protocolos y/o políticas o violar alguna de las prohibiciones que por la exigencia de la prestación del servicio indique Colsubsidio o que corresponda al trabajador en virtud de sus funciones y del cargo que ejecuta; al igual que incumplir las obligaciones y prohibiciones conexas, anexas y complementarias a tales funciones y cargo”* constituyen faltas graves, advirtiendo, según los argumentos jurídicos que motivaron la misiva, el desconocimiento de las políticas de la empresa, que fue lo que acaeció en el sub lite, es una violación a una obligación dela trabajadora expresamente contenida en el numerales 3, 5, 6 del artículo 48 del RIT – *“Observar las normas y procedimientos definidos por Colsubsidio, debiendo en*

todo caso mantenerse actualizado con relación a los mismos; (...)", "informar de manera inmediata a Colsubsidio toda situación que pueda afectar los intereses, bienes y dineros de la Corporación; comunicando oportunamente toda observación que estime conducentes a fin de evitarle daños y perjuicios", "informar oportunamente al supervisor inmediato de toda falta o irregularidad que observe en relación a su trabajo o el de los demás trabajadores" , que en los términos del numeral 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del reglamento interno de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

Aquí se cuestiona la Sala, si precisamente entre sus funciones se encontraba la de establecer y verificar la información del usuario en centrales de riesgo y su comportamiento financiero, ¿cómo no indagó sobre el código que arrojó la consulta en el SIIF que advertía la *"inexistencia"* del usuario en dichas bases de información? Ello, claramente, denota negligencia den el actuar de la actora y constituye una omisión de la trabajadora que desembocó en el riesgo que afronta la compañía frente a la presunta suplantación de una usuaria.

Pertinente es anotar, la eventual responsabilidad de otras áreas o personas dentro del proceso de otorgamiento del crédito, en manera alguna excusan a la trabajadora, hoy demandante de su propia responsabilidad, como lo ha sugerido ésta a lo largo del juicio, como quiera que era su obligación contractual, atendiendo los procedimientos vigentes para la época, garantizar que la solicitud del cliente, hasta el momento en que ella la recibió, cumplió con todos los estándares y políticas de la compañía, lo cual implicaba necesariamente la validación de la documentación que acompañaba el requerimiento del usuario que al no efectuarse, produjo la situación de suplantación y/o fraude de una persona, que fue en últimas la que advirtió la existencia de la irregularidad.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse

si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida¹⁰, tal y como acaeció en autos.

Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

*“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. **Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.**”*

En lo que toca a la inmediatez, valga decir, de manera reiterada ha sostenido el órgano de cierre de esta jurisdicción que el empleador debe dar por terminado el contrato inmediatamente después de ocurridos los hechos o cuando tuvo conocimiento de los mismos, pues de lo contrario, se entenderá que éstos han sido exculpadados, y no los podrá alegar judicialmente¹¹, precisándose, el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los

¹⁰ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

¹¹ Al tema puede consultarse, entre otras la sentencia SL15492-2017

hechos que constituyen la justa causa -un empleador prudente debe investigar y cerciorarse suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos-¹²

Así, aunque la demandante alega que operó la “*prescripción*” y no le podían ser recriminados hechos acaecidos en el año 2011, lo cierto es que el conocimiento de la empleadora no fue obtenido sino hasta el año 2018 cuando se presentó la queja por parte de la usuaria, presunta víctima de suplantación, momento a partir del cual la demandada adelantó todas las gestiones para investigar lo ocurrido y tramitar los descargos, los cuales tampoco se hicieron de manera concomitante al conocimiento que se tuvo de la situación, debido a que la trabajadora se encontraba disfrutando de licencia de maternidad.

En los términos anteriores, y teniendo en cuenta que el finiquito del vínculo tuvo lugar el 10 de agosto de 2018, a juicio de esta Corporación, entre el conocimiento de la demandada en la comisión de la conducta por parte de la trabajadora -abril de 2018- y la decisión el despido, transcurrió un plazo razonable, evidenciándose, desde el momento en que el empleador tuvo conocimiento de la actuación que consideró irregular por la demandante, adoptó las medidas necesarias para finiquitar el contrato; esto es, investigó la situación, buscó la versión de la implicada y finalmente, lo dio por terminado con invocación de una causa justa, en un tiempo razonable y prudente, se insiste, desde el momento de conocimiento de los hechos.

Es importante precisar, en lo que atañe al debido proceso previo a imponer el despido, presuntamente desconocido por la encartada según lo advertido por la parte actora en su libelo introductor, no debe perderse de vista, 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 2007¹³, criterio reiterado en la SL3655

¹² SL11969-2017, SL18084-2016.

¹³ “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**

radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017¹⁴.

Además, sobre este tópico, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL 2351 de 2020, reiterando el criterio sostenido en la sentencia SL 15245 de 2014, sostuvo, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar,

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.

¹⁴ *“Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89).”

en principio, un procedimiento disciplinario, precisando, ello no implica que el patrono no tenga límites al momento de despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho defensa con arreglo de lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite. Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiéndolo, frente a las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador¹⁵.

¹⁵ “La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

- i) ***El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional***

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional¹⁵, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

*[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...]*¹⁵.

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede

hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos¹⁵.
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo¹⁵, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

Bajo tal entendido, se itera, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del nexo laboral, sin que para este último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga, el que, en autos no se encuentra previsto, pues en el acápite de faltas y sanciones disciplinarias contenido en el reglamento interno de trabajo (Cd folio 200), específicamente en el artículo 54 se señaló: *“La terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de Colsubsidio no se considera como sanción disciplinaria, sino como un medio jurídico para extinguir aquel”*.

En todo caso, encuentra la Sala en el asunto de la demandante que, previo al despido, esta fue citada para descargos con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerida (folios 256 y 257) garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo a la decisión de la compañía, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte, tampoco se requería escuchar al trabajador.

De lo que sigue, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su situación de madre lactante, ante la ausencia de prueba de un móvil discriminatorio, ya que por el contrario el caudal probatorio vertido en autos da cuenta que la razón aducida para poner fin al contrato lo fue el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y reglamentarias, razón por la cual no es posible disponer el reintegro de la actora.

Atendiendo igualmente las razones esbozadas, no encuentran prosperidad las pretensiones rogadas de manera subsidiaria, que tenían como fundamento la declaratoria de un despido injusto, a partir de lo cual se procuraba el pago de perjuicios -materiales y morales- e indemnizaciones, pues, como se vio, la terminación del contrato estuvo precedida de una justa causa.

En todo caso, en cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del

proceso, carga que se encuentra en cabeza de la demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. no existiendo en el expediente motivación del daño acaecido ni despliegue probatorio suficiente que permita su tasación, lo que impone despachar desfavorablemente esta pretensión.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, agotado el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

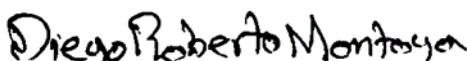
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

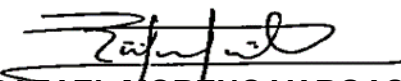
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) 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
(En uso de permiso)

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 JOSÉ ANTONIO PERLAZA MUÑOZ CONTRA INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION (RAD. 34 2019 00512 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION, mediante correo electrónico del 7 de julio de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de junio de 2021 (*Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “09. AUD 11001310503420190051200s20210319540 06_03_2021 03_15 PM UTC fl(348)”, récord 1:01:01 acta archivo “10. 2019-0512 ACTA DE AUDIENCIA DEL 03 DE JUNIO DE 2021, SENTENCIA JOSE A. PERLAZA MUÑOZ VS INTEROIL (fls. 349-350)” expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION, de todas las pretensiones de la demanda incoadas en su contra por JOSE ANTONIO PERLAZA MUÑOZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante JOSE ANTONIO PERLAZA MUÑOZ, fijando como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: *En caso de no ser apelada la presente decisión envíese al Superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA al resultar adverso a la parte demandante*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo, el Juzgado basó su determinación en que se encontraba probado, a partir del sistema de GPS que tenía la camioneta, que el actor incumplió con su obligación de pernoctar en el sitio destinado por la compañía para tal fin, lo cual refuerza con el informe pericial empleado por la empresa. Frente a ello entonces, se cuestiona, si la empresa hacía seguimiento casi diario a los vehículos, dónde quedó el principio de inmediatez, si se tiene en cuenta que los hechos endilgados ocurrieron aproximadamente ocho meses atrás y de ellos tuvo conocimiento desde el mismo momento de su acaecimiento, de lo cual infiere, no había necesidad de investigar nada y por ello la demandada *“disfrazó la inmediatez a través de un dictamen pericial innecesario”* porque, tal como se probó con los testigos, dice, el acceso al GPS era diario y semanalmente se le entregaba a los directivos y bajo esas circunstancias, considera, el despido carece de justicia.

Por otra parte, resalta, no se tuvo en cuenta que el jefe del actor, representante del empleador, lo autorizó, es decir, el permiso provino de la compañía *“independientemente de las políticas que están escritas en el papel”*, anotando, por la dinámica de la relación laboral, aunque muchas cosas que están contenidas en documentos y reglamentos existen, son finalmente los *“representantes del empleador”* quienes toman la determinación, y quitarle validez a esas autorizaciones ahora, como así se hizo, es tanto como decir *“que los jefes no tienen ninguna importancia en la relación de trabajo”* porque todo consta en el papel.

En ese sentido, se interroga *“¿entonces para qué existe el poder subordinante? ¿y quién lo ejerce? ¿y qué validez tiene?”*, e insiste, el jefe del actor fue claro en señalar que conocía que este no se quedaba muchas veces en los lugares autorizados por la sociedad demandada, pero no le importaba porque nunca tuvo problema con la labor que este desempeñaba desde hacía más de 10 años.

Adicionalmente, apunta, además de los temas de orden fáctico debió tenerse en cuenta que *“estamos en una falta que son catalogadas como tales en el numeral*

sexto del artículo 62 del C.S.T.” y por ende, se debía garantizar el debido proceso material y no formal y, desde su perspectiva, aquí quedó probado que a pesar de que el trabajador en los descargos refirió que tenía la autorización, la empresa no se detuvo en verificar si ello era o no cierto, y no tuvo en cuenta el conocimiento que una funcionaria de nombre GLORIA tenía sobre el asunto¹ (*Audiencia Virtual*

¹ “Estando dentro del término legal para ello, me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos: El despacho interpreta, prácticamente sustentado el despido con base en dos elementos básicos o dos elementos que toman en cuenta. Lo primero el hecho de que se encuentra probado a partir del sistema de GPS que tenía la camioneta que el demandante efectivamente incumplió con las obligaciones de pernoctar en los sitios destinados por la empresa demandada para tal fin y en segundo lugar refuerza esa prueba con el informe pericial que la empresa utilizó para darle un sustento mayor al despido que se hizo contra mi poderdante. Sea decir o basta decir lo siguiente, si el tema del GPS estaba tan precisamente formado como se probó dentro del proceso, es decir que la empresa demandada tenía conocimiento de donde se encontraban los carros en todo momento gracias a ese sistema tan casi que diario según las declaraciones de los diferentes testigos, nos preguntamos desde este extremo procesal y le solicitamos al Tribunal que nos resuelva lo siguiente ¿En dónde queda el principio de inmediatez? La camioneta fue arreglada en el mes de enero y las conductas de mi poderdante consistentes en la presunta infracción de quedarse fuera de los sitios autorizados por la sociedad demandada son de muchos más atrás y el proceso disciplinario fue iniciado en agosto, es decir 8 meses después de las conductas, incluso más tiempo, si la empresa tuvo conocimiento de eso en el momento en que sucedió (Enero) para agosto la inmediatez que se discutió dentro del proceso y que el despacho no tuvo en cuenta ya se había agotado, ya no existía, ya no hay periodo razonable, no había que investigar nada la empresa se dio cuenta de eso y por eso disfrazó, disfrazó la inmediatez a través de un dictamen pericial innecesario porque como se probó en el transcurso del proceso por los mismos testigos de la empresa, el acceso al GPS era diario, incluso semanalmente le llegaba a todos los directivos, entonces solamente por el tema de la inmediatez el despido carece de justicia, es decir deviene en injusto para ser más claro, no justicia en sentido filosófico.

Segundo tema que no fue tenido en cuenta por el despacho en su fallo, el jefe del ingeniero Perlaza es el representante del empleador, para el ingeniero Perlaza y si yo recibo como trabajador una autorización del representante del empleador-mi jefe, yo parto de la base de que esa autorización me la está dando la empresa, independientemente de las políticas que están escritas en el papel, que entendemos y que el despacho no ha tenido en cuenta que la relación laboral es dinámica, que muchas cosas dentro de los documentos y los reglamentos y las políticas existen, sí , pero finalmente son los representantes del empleador quienes toman decisiones y quitarles ahorita, como le quito el despacho en el fallo que acabamos de escuchar validez al representante del empleador, a la autorización del representante del empleador porque el ingeniero Perlaza tenía que conocer las políticas laborales, es como decir entonces que los jefes no tienen ninguna importancia en la relación de trabajo, porque todo está en el papel ¿ Entonces para qué existe el poder subordinante? ¿ y quién lo ejerce? ¿ y que validez tiene? Eso no fue teniendo en cuenta por el despacho la utilización fue plenamente aceptada por el señor jefe del ingeniero Perlaza, fue claro el conocía el hecho y sabía perfectamente que el señor Perlaza no se quedaba muchas veces en los lugares autorizados por la empresa, pero no le importaba porque en la forma de trabajo del señor Perlaza fue intachable durante el tiempo que duró, no estamos hablando de una relación que haya durado un año, que haya durado cinco años, es una relación de más de diez años y como es una relación de más de diez años eso implica que el trabajador fue bueno, correcto y que cumplió con todas sus tareas y eso lo tuvo en consideración el jefe, representante legal del empleador para dar la autorización.

Tercer punto, importante para la apelación teniendo en cuenta esto y teniendo en cuenta estos temas de índole fáctico cierto hay que garantizar entonces desde lo jurídico el debido proceso, no nos podemos quedar en un análisis formal de decir a bueno no es que como estamos en una falta que son catalogadas como tales en el numeral sexto del artículo 62 del CST, que además solo es uno de los argumentos jurídicos que la parte demandada para terminar el contrato de trabajo, entonces no hay necesidad entonces de un proceso disciplinario no, el derecho al debido proceso es material no formal se le tiene que garantizar la defensa al trabajador y en este proceso quedó probado, no solamente que a pesar de que el trabajador en los descargos dijo que tenía esa autorización la empresa no se esforzó por comprobar si esto era cierto o no, sino que además la empresa a través de una funcionaria de nombre Gloria de acuerdo con el testimonio del señor jefe del ingeniero Perlaza Luis Alfonso conocía previamente que el señor Luis Alfonso había dado esa autorización y no actuó en el momento en que conoció ese tema, ni lo tuvo en cuenta que para tomar la decisión no tuvo en cuenta la defensa material que tiene que tener toda persona que tiene un derecho, por lo tanto le solicito al Honorable Tribunal que revoque el fallo de primera instancia y en su lugar condene a

de Trámite y Juzgamiento realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “09. AUD 11001310503420190051200s20210319540 06_03_2021 03_15 PM UTC fl(348)”, récord 1:02:01 acta archivo “10. 2019-0512 ACTA DE AUDIENCIA DEL 03 DE JUNIO DE 2021, SENTENCIA JOSE A. PERLAZA MUÑOZ VS INTEROIL (fls. 349-350)” 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 JOSE ANTONIO PERLAZA MUÑOZ en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (página 71, archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327)”, expediente digital), los cuales encuentran sustento en los hechos descritos en el libelo (página 71, archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327)”, expediente digital) solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 28 de enero de 2008 y el 15 de agosto de 2018, el cual terminó sin justa causa por la demandada; que INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION no cumplió con el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y la sentencia C-593 de 2014, al momento de finiquitar el contrato de trabajo. En consecuencia, se condene a la llamada a juicio a pagar a su favor la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T. y los derechos debidamente probados en el proceso, de acuerdo con las facultades ultra y extra petita consagrados en el artículo 50 del C.P.T y la S.S. **Obteniendo sentencia desfavorable**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar la *a quo* que el demandante en efecto incurrió en el incumplimiento de las obligaciones que le fueron atribuidas por su empleador, las cuales constituían falta grave.

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

todas las pretensiones que se expusieron por parte de este extremo procesal en la demanda y que además condene en costas a la parte demandada, muchas gracias.”

ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes entre el 29 de enero de 2008 y el 15 de agosto de 2018, el cual terminó por decisión unilateral de la empleadora, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio, se constatan de la documental que reposa en las diligencias (*páginas 13 a 16, 137 a 143, 57 a 61 y 176 a 179, 65, 145 a 148, archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327)”, expediente digital*).

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe a determinar si la terminación del contrato de trabajo del actor estuvo precedida de una justa causa y si la empresa incurrió en una presunta violación del debido proceso durante el trámite de despido.

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

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndole, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa².

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,*

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 15 de agosto de 2018 (*páginas 57 a 61 y 176 a 179, archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327)”, expediente digital*), la cual fue entregada en esa fecha al actor según se advierte de la rúbrica de recibido que se observa a folio 61, *ibídem*.

En la misiva (*páginas 57 a 61 y 176 a 179, archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327)”, expediente digital*), se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“(…)

Tomando en consideración los hechos evidenciados por la Empresa el día tres (3) de Agosto de 2018 aclarados mediante acta de descargos del día ocho (8) de agosto de 2018, hemos concluido que usted ha incurrido en una falta grave a sus obligaciones y prohibiciones como trabajador; esta conclusión se encuentra sustentada en los siguientes hechos:

- 1. Usted en calidad de trabajador, utilizó para asuntos personales el vehículo de propiedad de la Empresa identificado con Placas HJM-938 – Marca Volkswagen Amarok lo que se puede evidenciar en las siguientes fechas que se enlistan a continuación:*

debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...”

1 de abril de 2018 7:50pm a 00:20 am del 2 de abril de 2018
4 de abril de 2018 7:10 pm a 11:30 pm
8 de abril de 2018 4:40pm a 10:50 pm
20 de abril de 2018 4:20pm a 11:00 pm del 22 de abril 2018
16 de mayo de 2018 10:50pm a 4:30 am del 17 de mayo de 2018
17 de mayo de 2018 8:40pm a 4:40am del 18 de mayo de 2018
18 de mayo de 2018 6:30pm a 4:30 am del 19 de mayo de 2018
19 de mayo de 2018 6:30pm a 4:40am del 20 de mayo de 2018
20 de mayo de 2018 4:00pm a 6:20 am del 21 de mayo de 2018
21 de mayo de 2018 7:30pm a 4:30am del 22 de mayo de 2018
30 de mayo de 2018 8:30pm a 4:20am del 31 de mayo de 2018
31 de mayo de 2018 6:40pm a 4:20am del 1 de junio de 2018
1 de junio de 2018 6:40 am a 4:30am del 2 de junio de 2018
2 de junio de 2018 11pm a 4:40am del 3 de junio de 2018
3 de junio de 2018 3:20pm a 4:40am del 4 de junio de 2018
4 de junio de 2018 4pm a 4:50am del 5 de junio de 2018
5 de junio de 2018 5:40pm a 4:40am del 6 de junio de 2018
8 de junio de 2018 7:00pm a 4:50am del 9 de junio de 2018
9 de junio de 2018 6:50 pm a 4:50am del 10 de junio de 2018
11 de junio de 2018 3:50pm a 4:40am del 12 de junio de 2018
21 de junio de 2018 6:50pm a 4:20am del 22 de junio de 2018
22 de junio de 2018 10:10pm a 4:20am del 23 de junio de 2018
24 de junio de 2018 4:00pm a 4:20am del 25 de junio de 2018
25 de junio de 2018 7:10pm a 4:10am del 26 de junio de 2018
26 de junio de 2018 7:10pm a 4:20am del 27 de junio de 2018
27 de junio de 2018 7:00pm a 4:20am del 28 de junio de 2018
28 de junio de 2018 7:00pm a 4:20am del 29 de junio de 2018
29 de junio de 2018 6:50pm a 4:10 am del 30 de junio de 2018

2. Teniendo en cuenta lo anterior, se le citó a diligencia de descargos, en donde se le preguntó porque (sic) el vehículo ya referenciado, presentaba movimientos a altas horas de la noche u horas de la madrugada en el municipio de Alvarado (Tolima), a lo cual usted respondió “Si, pernoctaba en la casa de mi pareja”.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, también se le inquirió en diligencia de descargos, si está permitido o autorizado por parte del Empleador que los vehículos de propiedad de la Empresa se utilicen por parte de los Trabajadores para asuntos personales como ir a almorzar o trasladarse a lugares ajenos a la operación de la Compañía, ante lo cual usted respondió “Para ir almorzar (sic) nunca me han dicho nada, hemos tenido reunión con Ecopetrol, hemos ido almorzar (sic) a restaurantes. Para ir almorzar no lo sé, porque a veces en trabajo paramos en un restaurante cuando tenemos trabajo en otros campos. **No está permitido, lo sé**”.

De acuerdo con lo anterior, es de Perogrullo para la Empresa que a pesar que usted conocía que las máquinas, herramientas y elementos de trabajo solo se podían utilizar en beneficio de la Empresa, usted decidió utilizar este vehículo para su beneficio personal, incluso, dejó que el vehículo pernoctará por fuera de las instalaciones en donde la Empresa desarrolla su operación, aspecto que hace más grave su comportamiento, pues este vehículo debe pernoctar y permanecer en campo con el fin de ser empleado en la operación que desarrolla la Empresa.

4. *La anterior conducta no es un hecho aislado, por el contrario, ha sido un comportamiento constante en usted, prueba de esto, es que el día 14 de julio de 2018 a las 13:05 horas, usted nuevamente hizo uso del vehículo en referencia para ir a almorzar cuando se le preguntó sobre este hecho, usted manifestó lo siguiente: “Ese día me encontraba almorzando en la casa de mi pareja, fui en el carro”.*
5. *Ahora bien, usted en la diligencia de descargos, manifestó que tenía autorización verbal de Luis Alfonso Esteban para utilizar el vehículo para asuntos personales, sin embargo esta afirmación, no es del recibo de la Empresa por las siguientes razones; (i) no existe ninguna evidencia documental y/o autorización de la Empresa para que los funcionarios utilicen los vehículos (sic) de propiedad de la Empresa (herramienta de trabajo) en asuntos personales; (ii) teniendo en cuenta que usted manifestó conocer el Reglamento Interno de Trabajo, era de su pleno conocimiento lo establecido en la literal (XIII) del Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo del Empleador, disposición que establece como obligación del Trabajador “Usar las máquinas, herramientas, útiles, elementos y materias primas sólo en beneficio de la Empresa y en las actividades que le sean propias, con plena lealtad hacia ésta, y evitando hacer o propiciar cualquier competencia entre ellas”, razón por la cual aun en el supuesto de que usted tuviera una autorización, comprendía que esta presunta autorización era opuesta a lo establecido por la Empresa en el Reglamento Interno de Trabajo; (iv) no existe ninguna autorización expresa por parte de Luis Alfonso Esteban autorizándolo a usted para que utilice el vehículo de propiedad de la Empresa identificado con Placas HJM-938- Marca Volkswagen Amarok para asuntos personales, incluso si esta persona le hubiera extendido la presunta autorización, era su obligación informar a la Empresa de esa situación irregular, pues una autorización en este sentido, implicaba usar las herramientas de trabajo suministradas por la Empresa en objetos distintos del contrato de trabajo, es decir va en contra del Reglamento Interno de Trabajo, no está por demás indicar que la persona que presuntamente le autorizó fue despedida por parte de la Empresa y (v) al ser el vehículo en referencia una herramienta de trabajo (lo cual usted reconoció), no es razonable que usted supuestamente pidiera autorización para darle un uso personal, pues sabía de antemano que el vehículo debía utilizarse para la operación que desarrollaba la Empresa, incluso era de su total conocimiento que una autorización en este sentido contrariaba el Reglamento Interno de Trabajo.*
6. *Ahora bien, el día veinticinco (25) de julio de 2018, también se evidenció por parte de la empresa que el día veintidós (22) de Enero de 2018, se evidenció que usted llevó el vehículo de propiedad de la Empresa e identificado con placas HJM 938- Volkswagen Amarok, al taller de latonería Luisautos, ante lo cual usted manifestó lo siguiente “Ese día lo lleve para sacarle unos golpes que se tenían en la parte trasera y una fractura en la parte delantera que no fueron ocasionados bajo mi responsabilidad, no fui el que ocasionó esos golpes, esos golpes llevaban más de un año, los golpes que se dio el carro se deben reportar y nadie lo hizo”.*

Teniendo en cuenta su versión, no es del recibo de la Empresa sus explicaciones, por cuanto, si usted no le ocasionó los golpes y/o daños al vehículo designado a

exclusivamente a usted (sic) para la operación desarrollaba la Empresa, era su obligación realizar el reporte por escrito respectivo al Empleador cuando tuvo conocimiento de los mismos; sin embargo, no encontró la Empresa ningún registro documental en donde conste que usted haya informado de esta situación, razón por la cual es diáfano para la misma que fue usted quien le ocasionó los daños al vehículo de propiedad de la Empresa, máxime cuando usted en lugar de informar a la Empresa de esta situación, decidió realizar el arreglo del vehículo, sin conocimiento, ni autorización de la Empresa siendo este tipo de actos contrarios a lo establecido en literal (vii) del Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo del Empleador, disposición que establece como obligación del Trabajador “Reportar e informar inmediatamente al superior inmediato cualquier daño, falla o accidente que le ocurra a las máquinas, elementos, procesos, instalaciones o materiales de la Empresa”.

7. *Finalmente y no menos grave está el hecho que usted ha incumplido con la política para viajes a campo establecidas por la Empresa, la cual establece que los trabajadores tiene como obligación el hospedarse o pernoctar en las habitaciones suministradas por la Empresa o en los hoteles con quienes se tenga convenio u otros autorizados previamente por la Gerencia del área.}*

El incumplimiento a la anterior política, se evidenció por cuanto en las fechas de los movimientos del vehículo arriba indicadas, usted aceptó que pernoctaba en la casa de su pareja, lo cual deja en evidencia el incumplimiento.

*Por todos los hechos anteriormente expuestos, INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del término de la jornada laboral del día **quince (15) de Agosto de 2018**, por aplicación directa de lo estipulado en los literales (iv); (v) y (viii) del Artículo 38; Literales (i) y (ii) del Artículo 43; Literales (iv); (vi); (vii); (xii); (xiii) y (xxiii) de Artículo 44; Literal (vii) del Artículo 46; Literales (xvi); (xxii) del Artículo 47 y Literales (iii) y (iv) del Artículo 50 del Reglamento Interno de Trabajo de INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION; Literales e) y e) (sic) de la cláusula sexta del Contrato de Trabajo suscrito entre usted y INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION y Numeral 1) del Artículo 58), Numeral 8) del Artículo 60) y literal A) numeral 6) del Artículo 62) del Código Sustantivo del Trabajo.*

(...) “

En los términos anteriores, es claro, lo que motivó el despido del convocante fue, en términos generales, el haber pernoctado por fuera de su lugar de trabajo cuando se encontraba en campo, usar el vehículo asignado como herramienta de trabajo para fines distintos a los de su actividad laboral y no reportar oportunamente los daños ocasionados al automotor.

En ese orden, frente a las causales invocadas en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación, cuya fecha no resulta legible (página 145,

archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327), expediente digital), la demandada, a través de LEANDRO CARBONEL, citó al demandante para rendir descargos, aduciendo lo siguiente:

“La empresa ha tenido conocimiento que usted ha usado las herramientas de trabajo para fines personales, específicamente usted ha usado el vehículo de propiedad de la compañía para realizar desplazamientos personales tanto en horas laborales como por fuera de la jornada de trabajo, situación que se ha evidenciado desde el mes de abril de 2018 hasta la fecha, así mismo, se evidenció que se le causaron daños al vehículo que usted opera sin que esta situación fuera informada a la Empresa.

*Por lo anterior, se le cita a diligencia de descargos para que el día **ocho (8) de Agosto de 2018** a las **2 pm**, se presente en las oficinas principales de la Empresa ubicadas en la Carrera 7 No. 113-43 Oficina 1402, Edificio Torre Samsung Bogotá, Colombia, con Andrea Giraldo, con el fin de realizar la diligencia mencionada y de esta manera esclarecer los hechos presentados.*

Se le advierte que para la fecha y hora de la diligencia puede hacerse acompañar por dos compañeros de trabajo y debe presentar todas las pruebas que sustenten su defensa, así mismo se le comunica que su conducta puede trasgredir el literal (x) del Artículo 38; el literal (i) del Artículo 43; los literales (iv), (vii), (ix), (xxiii) y (xxxi) del Artículo 44 y los literales (v), (xvi) del artículo 47 y demás artículos que resulten aplicables conforme con el Reglamento Interno de Trabajo y su contrato de trabajo.

En consonancia con lo anterior, le informamos que su conducta puede dar lugar a la terminación de su contrato de trabajo con justa causa.

Con lo anterior la Empresa le está garantizando su derecho a la defensa, contradicción y debido proceso”.

La diligencia de descargos se llevó a cabo en la calenda convocada -8 de agosto de 2018-, a las 2:20 p.m. (páginas 17 a 24 y 166 a 175, archivo “01.01 512-2019 (fls. 1 a 327), expediente digital). De ese trámite se destaca lo siguiente:

“(…)

PREGUNTADO: *¿Diga si se le pusieron de presente y en su conocimiento las pruebas que sustentan estos descargos?*

CONTESTADO: *Si se expusieron.*

“(…)

PREGUNTADO: *¿Díganos, si conoce el Reglamento Interno de Trabajo, así como el contrato de trabajo?*

CONTESTADO: *Si.*

PREGUNTADO: *¿Diga si usted hace uso de los vehículos de propiedad del Empleador identificado con placas HJM 938- Volkswagen Amarok? ¿Desde cuándo?*

CONTESTADO: Si, aproximadamente de 3 a 4 años.

PREGUNTADO: ¿Sabe usted que los vehículos de propiedad del Empleador, incluido el vehículo de placas HJM 928 – Volkswagen Amarok, tiene incorporado un Sistema de Posicionamiento Global (en adelante el “GPS”) para facilitar la ubicación y control de esta herramienta de trabajo?

CONTESTADO: Si

PREGUNTADO: ¿Diga si usted tiene asignada por parte del Empleador una llave de uso personal e intransferible que permite identificar cuándo usted opera el vehículo de placas HJM 938 – Volkswagen Amarok?

CONTESTADO: Si

PREGUNTADO: ¿Sabe usted que es su obligación, cuidar y dar un buen uso a las herramientas suministradas por el Empleador?

CONTESTADO: Si, correcto.

PREGUNTADO: ¿Diga si de acuerdo con la política para viajes a campo del Empleador, usted tiene como obligación hospedarse o pernoctar en las habitaciones suministradas directamente por Interoil o en los hoteles con convenio con Interoil u otros autorizados previamente por la gerencia del área ?

CONTESTADO: Si

PREGUNTADO: ¿De acuerdo con la anterior pregunta, indique si usted se hospeda o pernocta en las habitaciones suministradas directamente por Interoil o en los hoteles con convenio con Interoil u otros autorizados previamente por la gerencia del área, mientras labora en el campo de Piedras (Tolima)?

CONTESTADO: Si.

PREGUNTADO: Díganos, ¿si usted en alguna ocasión no ha hecho uso del hospedaje patrocinado por el Empleador? ¿cuál es la razón?

CONTESTADO: Si en algunas ocasiones, tengo una nueva relación, mi pareja es de Alvarado, lo comuniqué a Luis Alfonso, lo del vehículo no lo hablamos porque tenía mi vehículo allá, en algunas noches lo utilicé para los desplazamientos.

PREGUNTADO: Díganos, ¿para los desplazamientos para asuntos personales que usted comenta, obtuvo autorización previa por parte del Empleador?

CONTESTADO: Si, del jefe inmediato, fue una vez en la que hablamos del tema, fue una conversación global de la situación.

PREGUNTADO: ¿Diga si es su obligación como trabajador informar al Empleador de los daños que usted le cause al vehículo de placas HJM 938- Volkswagen Amarok, cuando usted opera el mismo?

CONTESTADO: Si.

PREGUNTADO: ¿Diga si está permitido o autorizado por parte del Empleador que los vehículos de propiedad de la Empresa se utilicen por parte de los Trabajadores para asuntos personales como ir a almorzar o trasladarse a lugares ajenos a la operación de la Compañía?

CONTESTADO: *Para ir a almorzar nunca me han dicho nada, hemos tenido reunión con Ecopetrol, hemos ido almorzar (sic) a restaurantes. Para ir almorzar (sic) no lo sé, porque a veces en trabajo paramos en un restaurante cuando tenemos trabajos en otros campos. No está permitido, lo sé.*

PREGUNTADO: *¿Diga porque (sic) el día 14 de julio de 2018 a las 13:05 horas, usted hizo uso del vehículo de propiedad del Empleador y de placas HJM 938 – Volkswagen Amarok, para ir a almorzar al establecimiento de comercio denominado El Fogón?*

CONTESTADO: *Ese día me encontraba almorzando en la casa de mi pareja, fui en el carro.*

PREGUNTADO: *¿Diga si usted le ha dado un uso personal al vehículo de propiedad del Empleador e identificado con placas HJM 938- Volkswagen Amarok?*

CONTESTADO: *Pues sí.*

PREGUNTADO: *Díganos, ¿cuántas veces o con qué periodicidad se ha utilizado el vehículo de propiedad del Empleador e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok para asuntos personales?*

CONTESTADO: *Regularmente en este último bimestre.*

PREGUNTADO: *¿Es de su conocimiento de que el darle un uso personal al vehículo identificado con placas HJM 938- Volkswagen Amarok, constituye una flagrante trasgresión a lo establecido en el literal (XIII) del Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo del Empleador, disposición que establece como obligación del Trabajador “Usar las máquinas, herramientas, útiles, elementos y materias primas sólo en beneficio de la Empresa y en las actividades que le sean propias, con plena lealtad hacia ésta, y evitando hacer o propiciar cualquier competencia entre ellas”?*

CONTESTADO: *Pues si pero digo si lo estoy utilizando pero yo estoy en una jornada laboral, no lo estoy sacando para cosas personales, no entiendo muy (sic) lo que se tiene que ver (sic) con el tema personal, lo estoy utilizando para ir almorzar (sic) y regreso y en la noche cuando voy allá, estoy interrumpiendo mi trabajo para tomar alimentos y regreso. No lo recordaba, no lo tenía claro.*

PREGUNTADO: *¿Informe al Empleador, porque (sic) según el GPS, el vehículo de propiedad el Empleador e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok, presenta los siguientes movimientos a altas horas de la noche u horas de la madrugada en el municipio de Alvarado – Tolima?*

1 de abril de 2018 7:50pm a 00:20 am del 2 de abril de 2018
4 de abril de 2018 7:10 pm a 11:30 pm
8 de abril de 2018 4:40pm a 10:50 pm
20 de abril de 2018 4:20pm a 11:00 pm del 22 de abril 2018
16 de mayo de 2018 10:50pm a 4:30 am del 17 de mayo de 2018
17 de mayo de 2018 8:40pm a 4:40am del 18 de mayo de 2018
18 de mayo de 2018 6:30pm a 4:30 am del 19 de mayo de 2018
19 de mayo de 2018 6:30pm a 4:40am del 20 de mayo de 2018
20 de mayo de 2018 4:00pm a 6:20 am del 21 de mayo de 2018
21 de mayo de 2018 7:30pm a 4:30am del 22 de mayo de 2018
30 de mayo de 2018 8:30pm a 4:20am del 31 de mayo de 2018
31 de mayo de 2018 6:40pm a 4:20am del 1 de junio de 2018
1 de junio de 2018 6:40 am a 4:30am del 2 de junio de 2018
2 de junio de 2018 11pm a 4:40am del 3 de junio de 2018
3 de junio de 2018 3:20pm a 4:40am del 4 de junio de 2018
4 de junio de 2018 4pm a 4:50am del 5 de junio de 2018
5 de junio de 2018 5:40pm a 4:40am del 6 de junio de 2018
8 de junio de 2018 7:00pm a 4:50am del 9 de junio de 2018
9 de junio de 2018 6:50 pm a 4:50am del 10 de junio de 2018
11 de junio de 2018 3:50pm a 4:40am del 12 de junio de 2018
21 de junio de 2018 6:50pm a 4:20am del 22 de junio de 2018
22 de junio de 2018 10:10pm a 4:20am del 23 de junio de 2018
24 de junio de 2018 4:00pm a 4:20am del 25 de junio de 2018
25 de junio de 2018 7:10pm a 4:10am del 26 de junio de 2018
26 de junio de 2018 7:10pm a 4:20am del 27 de junio de 2018
27 de junio de 2018 7:00pm a 4:20am del 28 de junio de 2018
28 de junio de 2018 7:00pm a 4:20am del 29 de junio de 2018
29 de junio de 2018 6:50pm a 4:10 am del 30 de junio de 2018

CONTESTADO: Si, pernoctaba en la casa de mi pareja

PREGUNTADO: ¿De acuerdo con el anterior registro de los movimientos del vehículo de propiedad del Empleador e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok, indique qué labores o actividades estaba desarrollando para el Empleador en los periodos de tiempo antes indicados?

CONTESTADO: No, tomando mi descanso.

PREGUNTANDO: ¿Sabe usted que el vehículo de propiedad de la Empresa e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok, debe pernoctar y permanecer en el campo, para ser empleado en la operación que desarrolla el Empleador?

CONTESTADO: Si.

PREGUNTADO: Dado lo anterior, ¿porqué (sic) usted empleaba o utiliza el vehículo de propiedad de la Empresa e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok para asuntos personales cuando este debía pernoctar y permanecer en el campo?

CONTESTADO: Había autorización verbal por parte de Luis Alfonso Esteban, era m jefe inmediato.

PREGUNTADO: ¿Informe cuál fue el motivo por el que el día 22 de enero de 2018, usted llevó el vehiculo de propiedad del Empleador e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok, al taller de latonería Luisautos?

CONTESTADO: Ese día lo llevé para sacarle unos golpes que tenía en la parte trasera y una fractura en la parte delantera que no fueron ocasionados bajo mi responsabilidad, no fui el que ocasionó esos golpes, eso (sic) golpes llevaban más de un año, los golpes que se le dio al carro se deben reportar y nadie lo hizo.

PREGUNTADO: ¿Por qué decidió llevar el vehículo al taller después de un (1) año?

CONTESTADO: *El vehículo se deterioró producto de los golpes que se tenían. En su momento dije que, porque no hacemos arreglar el vehículo (sic), yo pagué de mi bolsillo porque en todo caso el carro estaba bajo mi responsabilidad.*

PREGUNTADO: *¿Cuándo usted señala que nadie hizo el reporte de la avería del vehículo de propiedad del Empleador e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok a qué (sic) hace referencia?*

CONTESTADO: *Tenemos un procedimiento que se debe reportar el incidente y debe quedar en un reporte y pagarlo si es culpa del trabajador, fueron 3 golpes tiene que haber 3 golpes y 3 responsables.*

PREGUNTADO: *¿A quién reportó usted lo sucedido en relación con las averías con el vehículo de propiedad del Empleador e identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok?*

CONTESTADO: *Yo lo reporté verbalmente al Ingeniero de Mantenimiento, Yolanda Pabón, Asistente de Bodega, Gonzalo Valencia, lo reporté en campo en una reunión, yo no lo reporté en Bogotá. Decidí llevarlo al taller en Alvarado.*

(...)

PREGUNTADO: *¿Es de su conocimiento que no reportar al Empleador el daño que sufrió el vehículo identificado con placas HJM 938 – Volkswagen Amarok, constituye una flagrante trasgresión a lo establecido en el literal (vii) del Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo del Empleador, disposición que establece como obligación del Trabajador “Reportar e informar inmediatamente al superior inmediato cualquier daño, falla o accidente que le ocurra a las máquinas, elementos, procesos, instalaciones o materiales de la Empresa”?*

CONTESTADO: *A Luis Alfonso se lo comuniqué vía telefónica cuando lo iba a llevar al taller y le dije que el vehículo iba a estar 2 días fuera de operación. La avería llevaba más de 1 año y ahí fui (sic) cuando decidí llevarlo al taller.*

(...)

PREGUNTADO: *¿En el momento que usted habló con su jefe inmediato sobre sus viajes a Alvarado, exactamente qué le dijo?*

CONTESTADO: *Yo le dije que tenía una nueva relación y que en algunas ocasiones me iba a quedar allá y que quedaba pendiente, no le reportaba los viajes particularmente. Yo le notifiqué que mi nueva relación vivía en Alvarado*

(...)”

Del recuento anterior vale resaltar, el demandante no desconoce propiamente los hechos que le fueran atribuidos por la demandada, específicamente el haber usado el vehículo asignado por la empresa para el desarrollo de su labor en fines distintos a la misma así como el pernoctar por fuera de campo, empero trató de justificar tales circunstancias, anotando que avisó a su superior y recibió autorización de este.

Así entonces, de la extensa transcripción efectuada, se observa, los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, en efecto ocurrieron, situación que de hecho ni siquiera fue controvertida en la alzada y se reconoció desde la misma presentación de la demanda al redactar los hechos cuarto y quinto (*página 70, archivo 01 01.01 512-2019 (fls. 1 a 327), expediente digital*), en los que señaló:

“CUARTO: Es de aclarar que el día 22 de enero de 2018, el vehículo fue llevado por parte de mi poderdante al taller latonería luisautos, con el fin de sacarle unos golpes que se tenían en la parte trasera y una fractura en la parte delantera que presentaba 1 año atrás, los cuales no fueron ocasionados bajo su responsabilidad, solo que al ver que no fueron reportados por ningún trabajador, mi poderdante por su cuenta y de buena fe logro volver el vehículo a su estado inicial.

QUINTO: El vehículo de propiedad de la empresa fue utilizado por mi representando para movilizarse a lugares ajenos a la compañía, como por ejemplo ir a almorzar en viajes de campo establecidos por la empresa y en algunas ocasiones en horas no laborales, fue utilizado para fines personales” (Subraya la Sala)

Y es que el discurso del demandante en su impugnación tampoco versó sobre las conclusiones de la juez respecto de que tales conductas constituían faltas a las obligaciones del trabajador contenidas en el reglamento interno y el contrato de trabajo, cuyo desconocimiento está calificado como falta grave en ambos instrumentos, lo cual en todo caso, se desprende de la lectura de estos documentos (*páginas 13 a 16, 137 a 143, 180 a 216 , archivo 01 01.01 512-2019 (fls. 1 a 327), expediente digital*) específicamente de la cláusula sexta del contrato de trabajo y los artículos 44 y 47 del RIT. Así, en realidad la inconformidad en esta instancia se circunscribió principalmente sobre tres aspectos, a saber: i) la inmediatez entre la comisión de la falta y la determinación adoptada por la empresa demandada de dar por terminado el contrato de trabajo, ii) la autorización que presuntamente le fue otorgada por su jefe directo para pernoctar fuera de campo y hacer uso del vehículo automotor para sus traslados que no fue analizado por la compañía de manera previa a poner fin al vínculo y iii) la aparente contravención al debido proceso en el trámite de despido.

En ese orden, en lo que toca a la inmediatez, valga decir, de manera reiterada ha sostenido el órgano de cierre de esta jurisdicción, que el empleador debe dar por terminado el contrato inmediatamente después de ocurridos los hechos o cuando tuvo conocimiento de los mismos, pues de lo contrario, se entenderá que éstos

han sido exculpados, y no los podrá alegar judicialmente³, precisándose, el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos que constituyen la justa causa -un empleador prudente debe investigar y cerciorarse suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos-⁴

Así, aunque la parte actora señala que con los testimonios recaudados queda evidenciado que la demandada tenía conocimiento de la conducta del trabajador a través del seguimiento que diariamente se hacía al GPS del vehículo automotor empleado por este, de manera concomitante a su ocurrencia, por lo que no era lógico que se esperara más de 8 meses para investigar la situación, lo cierto es eso no es lo que da cuenta el elenco probatorio.

Al respecto, valga señalar, al absolver el interrogatorio de parte, la Representante Legal de la demandada⁵ indicó, los vehículos de propiedad de la compañía cuentan con un seguimiento satelital a través de GPS, sin embargo, en el caso del demandante, recibieron una denuncia a través de correo electrónico, a finales de julio de 2018, en el que pusieron de presente que el demandante se trasladaba a Alvarado frecuentemente, municipio que está a una hora de su lugar de trabajo, razón por la cual, y para corroborar lo informado, debieron contratar una empresa externa, puntualizando, por lo regular la sociedad confía en el buen uso del carro y el cumplimiento de las políticas.

Por su parte MARLON YAMITH MORALES ROMERO⁶ quien señaló ser Coordinador de seguridad física y transporte de la compañía demandada desde 2015, refirió que el GPS genera reporte cada 24 horas el cual contiene información del recorrido del vehículo, incluido cuando se prendió y apagó el automotor, el cual está catalogado por el código del vehículo. Dijo, los reportes los recibe el Coordinador de HQS, pero no precisó con qué periodicidad o cuál es el procedimiento seguido por la empresa o la verificación que a partir de tales reportes efectúa la sociedad demandada.

³ Al tema puede consultarse, entre otras la sentencia SL15492-2017

⁴ SL11969-2017, SL18084-2016.

⁵ Audiencia 29 de abril de 2021, parte II, récord 49:58, archivo “07.2 AUDIENCIA PO 11001310503420190051200 (ART 77 Y 80 C.P.T.) -29 DE ABRIL 2021- 9 AM (fl.338)” expediente digital.

⁶ Audiencia 29 de abril de 2021, parte II, récord 1:11:07, archivo “07.2 AUDIENCIA PO 11001310503420190051200 (ART 77 Y 80 C.P.T.) -29 DE ABRIL 2021- 9 AM (fl.338)” expediente digital.

LUIS ALFONSO ESTEBAN MOGOLLÓN⁷, adujo, fungió como Gerente de Operaciones de INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION y para la época del despido del actor era su jefe directo. Con relación al seguimiento satelital del vehículo, mencionó, en efecto los carros contaban con esa tecnología, lo cual les permitía visualizar dónde estaban, qué velocidad llevaban, datos que eran controlados “*por la empresa que tenía el seguimiento*”, quienes generaban un reporte que era entregado mensualmente al área administrativa.

De tales declaraciones, no puede concluirse, como lo aspira el actor, que el conocimiento de la empleadora sobre el uso indebido del vehículo que le fuera asignado, esto es, que el mismo no pernoctaba en el lugar asignado por la compañía y que era empleado para uso personal del demandante, desde el mismo momento de su ocurrencia, pues aunque se generaban reportes a partir del GPS del carro, no es precisa la prueba en ilustrar el procedimiento que se seguía dentro de la empresa para la verificación de esos reportes, la periodicidad, la persona encargada de su revisión, entre otros aspectos.

Por el contrario, la documental arrimada da cuenta de la realización de una investigación y seguimiento al vehículo de placas HJM 938- Volkswagen Amarok, asignado al convocante, los días 14, 19, 20 y 21 de julio de 2018 por la empresa SEVICOL (*páginas 26 a 35 y 149 a 164, archivo 01 01.01 512-2019 (fls. 1 a 327), expediente digital*), en la que, entre otras, se pusieron en evidencia los múltiples desplazamientos que en ese interregno efectuó el actor a la ciudad de Alvarado, para atender asuntos que no tenían relación alguna con su actividad laboral como lo admitió en el interrogatorio de parte y los descargos rendidos ante la empresa.

Del mismo modo, se avizora certificación calendada 1 de agosto de 2018, expedida por la empresa GAF, encargada del monitoreo vehicular, en la que constan los movimientos del mentado automóvil entre enero y junio de 2018, que ponen en evidencia los traslados realizados por JOSE ANTONIO PERLAZA a ALVARADO en horas de la noche y la madrugada.

⁷ Audiencia 29 de abril de 2021, parte II, récord 2:07:30, archivo “07.2 AUDIENCIA PO 11001310503420190051200 (ART 77 Y 80 C.P.T.) -29 DE ABRIL 2021- 9 AM (fl.338)” expediente digital.

En los términos anteriores, y teniendo en cuenta que el finiquito del vínculo tuvo lugar el 15 de agosto de 2018, a juicio de esta Corporación, entre el conocimiento de la demandada en la comisión de la conducta por parte del trabajador y la decisión el despido, transcurrió un plazo razonable, evidenciándose, desde el momento en que el empleador tuvo conocimiento de la actuación que consideró irregular por el demandante, adoptó las medidas necesarias para finiquitar el contrato; esto es, investigó la situación, buscó la versión del implicado y finalmente, lo dio por terminado con invocación de una causa justa, en un tiempo razonable y prudente, se insiste, desde el momento de conocimiento de los hechos.

De otra parte, con relación a la autorización, de acuerdo con lo advertido desde los descargos, lo que el actor informó a su superior en realidad, fue la existencia de su nueva relación sentimental, pero en manera alguna, requirió expresamente permiso para usar el vehículo en fines distintos a los laborales. Sobre ello además, aunque el testigo LUIS ALFONSO JARAMILLO PULGARIN, sostuvo categóricamente en su intervención que autorizó al demandante para pernoctar por fuera del lugar asignado por la compañía para tales fines y hacer uso del vehículo, no puede perderse de vista que de acuerdo con lo establecido en el reglamento interno de trabajo, específicamente, según el parágrafo del artículo 24 (página 188, *ibídem*) los permisos distintos a los previstos en dicho instrumentos, dentro de los cuales no se enlista la situación aquí descrita, deben ser otorgados por la Gerencia General, y el literal xxii del artículo 47 de ese mismo instrumento, constituye una prohibición especial del trabajador “*sacar de la empresa o de los sitios indicados por ella vehículos de propiedad de ésta o cualquier otro elemento, materia prima, herramientas , artículos procesados, elementos, muebles o instrumentos sin la autorización expresa y escrita de la Empresa*” (página 204, *ibídem*).

En ese sentido, lo que se advierte es, de un lado, que el Gerente de Operaciones no contaba con la atribución de conceder la mentada autorización y, de otro, que de haber tenido la potestad de otorgar el permiso al que se alude, no se atendió a la solemnidad exigida por la compañía de que el mismo constara por escrito.

A más de lo referido, la demandada al momento de finalizar el contrato no verificó o indagó lo atinente a la autorización porque de entrada consideró que no era permitido para el jefe del actor, dar ese tipo de permisos.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, los que en los términos del numeral 6 del literal a) del artículo 62, como ya se dijo, constituyen una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es que a través del reglamento interno de trabajo y el contrato de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el código de conducta, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida⁸, tal y como acaeció en autos.

Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, en que con la comisión de la conducta se haya o no conseguido un provecho indebido, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2828 del 4 de agosto de 2020, expuso:

*“Lo expresado al resolver el recurso de casación en torno al despido del promotor del proceso, resulta suficiente para tener por contestado el recurso de apelación presentado por la parte demandada y considerar que, al encontrarse demostrado el hecho del despido plasmado en la carta de terminación, **le correspondía a ésta acreditar su justificación, carga procesal que, como quedó visto a lo largo del análisis en casación, fue cumplida, ya que los motivos allí invocados fueron debidamente acreditados y constituyen una justa causa de despido.**”*

⁸ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

En efecto, de acuerdo con la causal de la parte A del numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 62 del CST, se consagra como justa causa la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo a los artículos 58 y 60 del CST, calificación que, este caso, se hizo en el artículo 59 del Reglamento Interno de Trabajo, al haberse consagrado que, constituye falta grave la violación grave o reiterada por parte del trabajador de las prescripciones de orden, de las obligaciones especiales o prohibiciones legales, reglamentarias o contractuales. Circunstancia que impide a la Corte realizar una valoración sobre la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que le fueron atribuidas y que se demostraron frente al trabajador, por cuanto las partes previamente así lo estatuyeron.” (Negrilla y subraya de la Sala).

De tal suerte, que el extremo pasivo cumplió con la carga probatoria al demostrar que el actor incurrió en dicha falta grave, contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo, por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este punto.

Es importante precisar, en lo que atañe al debido proceso previo a imponer el despido, presuntamente desconocido por la encartada, valga decir, no debe perderse de vista, 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 2007⁹, criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017¹⁰.

⁹ “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.

¹⁰ “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-

Además, sobre este tópico, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL 2351 de 2020, reiterando el criterio sostenido en la sentencia SL 15245 de 2014, sostuvo, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar, en principio, un procedimiento disciplinario, precisando, ello no implica que el patrono no tenga límites al momento de despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho de defensa con arreglo de lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite. Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiendo, frente a

2017:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.º86-89).”

las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador¹¹.

¹¹ “La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

- i) ***El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional***

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional¹¹, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

*[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...]*¹¹.

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) *La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos¹¹.*
- b) *La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*
- c) *Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) *Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) *La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:*

Bajo tal entendido, se itera, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del nexo laboral, sin que para este último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga, el que, en autos no se encuentra previsto, pues en el acápite de faltas y sanciones disciplinarias contenido en el reglamento interno de trabajo - artículo 51 del reglamento interno de trabajo (página 206, archivo 01, expediente digital) -conocido por el demandante, según admitió en los descargos- se previeron los “*procedimientos para comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias*” al interior de la empresa demandada, estableciendo unos trámites previos a la imposición de sanciones, y en el artículo 52 siguiente preceptúa que “*No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo*”, pero del

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo¹¹, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

análisis integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que el reglamento interno de trabajo vigente al momento del despido del demandante no remite para efectos de la terminación del contrato a las formas contenidas en el procedimiento diseñado para sanciones disciplinarias. De allí se infiere que el despido no es visto o equiparado como medida o sanción disciplinaria, al interior de la compañía llamada a juicio.

En todo caso, encuentra la Sala en el asunto del demandante que, previo al despido, este fue citado para descargos con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerido, como arriba se ilustró, garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo a la decisión de la compañía, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte, tampoco se requería escuchar al trabajador.

En ese sentido, no le correspondía a la demandada dar cumplimiento al trámite regulado en el reglamento interno de trabajo.

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 las mismas conclusiones halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

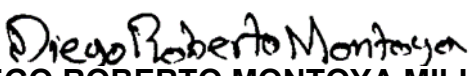
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia, en nombre de la república y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

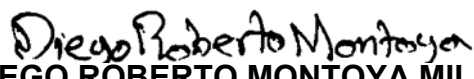

RAFAEL MORENO VARGAS

En uso de permiso

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

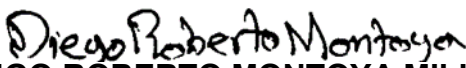
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CRISTINA ASQUETA CORBELLINI CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 35 2019 00439 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de agosto de los corrientes (fl. 5).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 29 de junio del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta Archivo 19 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: SE DECLARA la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARÍA CRISTINA ASQUETA CORBELLINI, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: SE CONDENA a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliado a cada una de los fondos privados, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a volver a afiliar a la señora MARÍA CRISTINA ASQUETA CORBELLINI al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: SE CONDENA en COSTAS a PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, que se incluye en la liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES ni PORVENIR S.A.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de CONSULTA. ”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas la apelaron así:

COLPENSIONES aduce que el deber de información debía sujetarse a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señalando que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento de los deberes de la AFP o sus funcionarios deben ser resarcidos por estas, en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994 vigente para el año 1996 en el que la demandante realiza su traslado del régimen pensional, por tanto aduce Colpensiones es ajena al acto de la afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de la AFP a la luz de las normas vigentes para el año 1996 fecha del traslado de la demandante a protección, por lo que en su sentir no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron una doble asesoría y así ser la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la que tenga que asumir todas las consecuencias de los traslados efectuados por la parte actora.

Señala que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuirá a la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras personas y no por ellas mismas.

Solicita que en caso de ratificar la sentencia de primera instancia se autorice a Colpensiones para que obtenga por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin los recurso dispuestos para tal fin originados de la

presunta omisión en la que incurrieron los fondos. (Audiencia 29 de junio del 2021, record: 43:21)¹

PORVENIR indica que sí cumplió con el deber de información que le asistía respecto de la afiliación realizada por parte de la demandante, sin que se le pueda obligar a cumplir un imposible de haber proporcionado información que no estaba vigente para la época, toda vez que esos requerimientos mencionados en las consideraciones de la sentencia surgen a partir del Decreto 555 del 2010, el Decreto 2071 del 2015, la Ley 1748 del 2015 y con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2008, no siendo posible predicar una falta al deber de información a cargo de Porvenir y por tanto declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante.

Expresa no ser procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración en la medida en que la entidad ha administrado de buena fe y ha sido diligente en cuanto a los recursos que han sido aportados por la demandante durante todo el tiempo que ha estado vinculada y fueron utilizados para generar unos rendimientos financieros a los dineros de esa cuenta de ahorro individual.

¹ “Gracias señor juez muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el día de hoy a efecto que los Honorables magistrados del Tribunal de Distrito Judicial se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas, lo anterior teniendo en cuenta que la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decreto reglamentarios regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional las competencias y sanciones en caso de infracción de la libertad de elección, pues bien se tiene que el fallo de primera instancia no tiene en cuenta este presupuesto y declara la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información cuando este debe sujetarse íntegramente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, por tanto esta aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo el principio de inescindibilidad y son allí las autoridades administrativas las señaladas así las competentes ante cualquier sanción. Debe tenerse en cuenta que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento de los deberes de la AFP o sus funcionarios debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el decreto 720 de 1994 vigente para el año 1996 en el que la demandante realiza su traslado del régimen pensional, por tanto Colpensiones es ajena al acto de la afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de la AFP a la luz de las normas vigentes para el año 1996 fecha del traslado de la demandante a protección y no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron una doble asesoría y así afectar o ser mi representada la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la que tenga que asumir todas las consecuencias de dos traslados un traslado con traslado horizontal en el régimen de ahorro individual, lo anterior teniendo en cuenta que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuirá a la descapitalización del sistema pensional y si pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, téngase en cuenta que esto contraria cualquier perspectiva social de la equidad y se abandona el valor de justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras personas y no por ellas mismas en el régimen solidario de prima media, como lo menciona la sentencia T-489 de 2010 no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento cuando les falta más menos de diez años para concretar su pensión o cuando tienen la edad pensional a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo cuántico desfinancia el sistema puesto que no se tiene dentro de los presupuestos fiscales ni mucho menos dentro de las arcas de la entidad la proyección de asumir cargas pensionales de otras personas u otros afiliados del régimen de ahorro individual, por tanto solicito y ruego de manera especial se tenga en cuenta porque en los últimos fallos contenidos en las sentencias del Tribunal se afecta claramente al régimen de prima media y de esta forma no se puede seguir permitiendo que personas a último momento se acojan a un criterio jurisprudencial y así mismo afecten el derecho de los demás afiliados al RPM.

Por ultimo ruego que en caso de ratificar la sentencia de primera instancia se autorice a mi representada la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que obtenga por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin los recursos dispuestos para tal fin originados de la presunta omisión en la que incurrieron los fondos, así dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”

En lo que respecta a la prescripción solicita se de aplicación a lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS en el entendido de que la acción que se reclama o que se solicita se declare ineficaz esto es el traslado realizado en 1999, conforme los términos establecidos en la normatividad citada se encuentra prescrita. (Audiencia 29 de junio del 2021, record: 48:40)²

PROTECCIÓN apela la orden de la devolución de los gastos de administración, indicando no existir una prueba por lo menos sumaria mediante la cual se demuestre que existe afectación financiera a Colpensiones con el futuro reconocimiento pensional que pudiese hacerse a la demandante, señalando se debe tener en cuenta que a través del régimen de ahorro individual se están trasladando dineros con rendimientos financieros que al haberse retrotraído todo a su estado natural claramente no habrían sido recibidos por Colpensiones. (Audiencia 29 de junio del 2021, record: 52:22)³

² “Gracias señor juez en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho, solicitando a los Magistrados del tribunal superior revocar la misma en los numerales primero y segundo atendiendo al hecho de que conforme se manifestó inicialmente mi representada si cumplió con el deber de información que le asistía respecto de la afiliación realizada por parte de la demandante, no obstante el despacho ha pasado por alto que los requerimientos que se le están exigiendo a través de este proceso a mi representada o el cumplimiento al deber de información en los términos que fue requerido por el juzgado, claramente implica obligar a esta entidad a cumplir un imposible de haber proporcionado información que no estaba vigente para la época, toda vez que estos requerimientos que fueron mencionados en las consideraciones de la sentencia surgen a partir del decreto 555 del 2010, el decreto 2071 del 2015, la ley 1748 del 2015 y si se quiere la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2008, en ese orden de ideas claramente esta normatividad no tiene el carácter de retroactiva y no le puede ser oponible a mi representada Porvenir para el momento en que la demandante decide realizar el traslado a la administradora de pensiones en 1999 y en ese sentido pues claramente no es posible predicar una falta al deber de información a cargo de Porvenir y por lo tanto no sería procedente conforme lo ordenado en el numeral primero de la sentencia, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante y consecuentemente ordenar a mi representada Porvenir a retornar las sumas hacia Colpensiones y aquí quiero hacer especial énfasis en que conforme lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, no sería procedente que se ordene a mi representada la devolución de los gastos de administración en la medida en que esta entidad ha administrado de buena fe y ha sido diligente en cuanto a los recursos que han sido aportados por parte de la demandante durante todo el tiempo que ha estado vinculada a partir del 01 de diciembre de 1999 y fueron utilizados para generar unos rendimientos financieros a los dineros de esa cuenta de ahorro individual, en ese orden de ideas estos valores claramente pueden ser verificados a partir de los documentos que fueron aportados con la contestación de la demanda, por lo cual retornarlos hacia Colpensiones implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de dicha entidad y a cargo de Porvenir S.A.

Por ultimo en lo que respecta a la prescripción solicito se tenga en cuenta o se de aplicación en lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS en el entendido de que la acción que se reclama o que se solicita se declare ineficaz esto es el traslado incluso de afiliación realizado por parte de Porvenir hacia 1999, conforme los términos establecidos en la normatividad citada anteriormente, claramente se encuentra prescrito, toda vez que entender un término de prescripción diferente o concluir que el acto que se solicita se declare ineficaz no es susceptible de prescripción implica una vulneración al principio de seguridad jurídica y confianza legítima que le asiste a la entidad a la que represento en esta diligencia, por lo anterior dejo sustentado mi recurso de apelación y reitero a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia proferida por el juez de primera instancia en sus numerales primero y segundo y en su lugar absolver a Porvenir de las condenas que fueron impuestas, gracias.”

³ “Gracias su señoría comedidamente me permito presentar recurso de apelación contra la orden dispuesta de primera instancia específicamente en el numeral segundo, mediante el cual se ordena que mi representada pague de su propio patrimonio la disminución del capital en relación con la futura pensión de vejez obtenga la demandante y que se vea Colpensiones afectado por la misma, lo anterior teniendo en cuenta que no existe una prueba por lo menos sumaria mediante la cual se demuestre que no existe afectación financiera a Colpensiones con el futuro reconocimiento pensional que pudiese hacerse a la demandante y adicionalmente debe tenerse en cuenta que por el contrario a través del régimen de ahorro individual se están trasladando dineros con rendimientos financieros que al haberse retrotraído todo a su estado natural claramente no tuviera que haberse recibido Colpensiones con ocasión del tiempo de afiliación por más de 23 años de la demandante en el RAIS, en este orden de ideas y al no acreditar tampoco Colpensiones a través de documento alguno

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 CRISTINA ASQUETA CORBELLINI, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el Archivo 1 del expediente virtual págs. 64 a 66, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en el mismo archivo en las págs. 66 a 68, aspirando se declare la existencia de un vicio del consentimiento del contrato suscrito con la AFP PROTECCIÓN por haberse incurrido en la omisión del deber de información de beneficios y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se declara la nulidad de la afiliación tanto a Protección como a Porvenir y se condene a ésta última a trasladar todos los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES quien debe aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, disponiendo a su vez que tanto PROTECCIÓN y PORVENIR deben devolver los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció en cada uno de los fondos privados, así mismo se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, además de encontrar el perjuicio que se ocasiona a la demandante con su permanencia en el RAIS, particularmente respecto al monto de su mesada pensional.

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.

proyección de equivalencia financiera no existe soporte alguno de dicha orden en tal sentido le solicito al tribunal revocar el numeral segundo en contra de mi representada, gracias.”

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,

En ese orden, conforme la copia de la cédula de extranjería residente obrante en el plenario (*Archivo 1 expediente virtual, pág. 3*), la actora nació el 10 de febrero de 1952, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad -42 años-, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 27 de marzo de 1996 con fecha de efectividad el 1° de mayo de 1996 (*Archivo 1 págs. 130 y 138*) y que para el 1° de abril de 1994 contaba apenas con 32 semanas -equivalentes a 7 meses y 14 días de servicios- (*Archivo 4, pág. 80*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de

para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También

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

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció como ya se mencionó el **27 de marzo de 1996** con fecha de efectividad el 1° de mayo de 1996 (*Archivo 1 págs. 130 y 138*) específicamente, conforme el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) 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

resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

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

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

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

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

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 elemento, se incurriría en un vicio que invalidaría el negocio jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

⁶ 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.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el

valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. (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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

(...).

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 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, ante la inexistencia de prueba testimonial o interrogatorios de parte.

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 (*Archivo 1 expediente virtual, pág. 138*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la promotora del juicio 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 tal demandada hoy 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.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA) omitió en el momento del traslado de régimen (27 de marzo de 1996 con fecha de efectividad el 1° de mayo de 1996 Archivo 1 págs. 130 y 138), el deber de información para con la demandante, en los términos que han

quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por PORVENIR (*Conforme lo certifica en la página 83 del Archivo 4 expediente virtual*), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva 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 a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN y PORVENIR relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que 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 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 convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

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 (...).”

Aquí resulta pertinente acotar, la devolución de los gastos de administración no corresponde a una reparación de perjuicios que pudieran ocasionarse a COLPENSIONES como lo sugiere en la alzada PROTECCIÓN, pues, como quedó visto, resulta ser una consecuencia de la declaratoria de ineficacia que obliga a retrotraer las cosas a su estado inicial, y aunque se precisó en la providencia objeto de reproche que dichos dineros deben ser con cargo al patrimonio de la AFP, ello es en razón a que los gastos de administración ya fueron descontadas del aporte y no están en la cuenta de ahorro individual, de allí que deban ser reintegrados por quien los cobró, esto es, la administradora de pensiones.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁸ (pág. 98 Archivo 1 expediente virtual) y objeto de apelación por PORVENIR, 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, 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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 9 de junio del 2021, Archivo 9 expediente virtual

*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)

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, aunado a que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

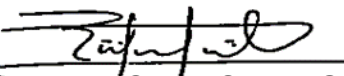
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL ROSARIO SERRANO ACEVEDO CONTRA DAVID CAMILO CADENA HERRERA Y CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S. (RAD. 36 2018 00687 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el apoderado de la demandante (*mediante correo electrónico del 16 de junio del 2021*), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de mayo del 2021 (Audiencia virtual, récord: 1:16:19), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER al señor DAVID CAMILO CADENA HERRERA de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARÍA DEL ROSARIO SERRANO ACEVEDO.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora MARÍA DEL ROSARIO SERRANO y CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S., existió un contrato de trabajo a término fijo del 1° de marzo al 31 de diciembre del año 2017.

TERCERO: CONDENAR a CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S. a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL ROSARIO SERRANO ACEVEDO la suma de \$540.992,32 por indemnización moratoria.

CUARTO: ABSOLVER a CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S. en favor de la demandante. Líquidense con la suma de \$50.000 por concepto de agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante recurre la decisión en lo atinente a la no declaratoria de un solo contrato de trabajo a término indefinido, señalando haber existido una relación continua e ininterrumpida. Expresa no haberse valorado de manera adecuada la certificación expedida por David Camilo Cadena Herrera en su calidad de representante legal de Creaciones Asiel, donde certifica que María del Rosario Serrano Acevedo labora en la empresa desde el 01 de febrero del 2007 hasta el 18 de noviembre de 2016.

Aduce, las certificaciones de Porvenir no fueron valoradas correctamente en tanto allí se nota la falta de aportes, lo que da lugar a entender que si hubo una relación laboral y que no se hicieron los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, precisando se debió tener en cuenta la prueba indiciaria para acreditar los contratos verbales que se suscribieron entre las partes, razón por la cual solicita se acceda a las pretensiones y se declare una única relación laboral desde el 01 de febrero del 2007 al 18 de noviembre del 2016. (Audiencia virtual, récord: 1:18:20)¹

¹ “Si señora juez, muy respetuosamente me permito promover recurso de apelación ante el superior funcional, vale decir el Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, para efectos de sostener mi inconformidad con todos los aspectos desfavorables de su sentencia señora juez, en lo que concierne al no reconocimiento de la relación laboral continua e ininterrumpida, toda vez que considera el suscrito abogado, muy respetuosamente que el despacho no valoro, como bien lo manifiesta la honorable corte suprema de justicia con el debido peso probatorio la certificación expedida por David camilo cadena herrera en su calidad de representante legal de creaciones asiel, donde certifica que María del rosario serrano Acevedo labora en nuestra empresa desde el 01 de febrero del 2007 hasta el 18 de noviembre de 2016, ese documento y esa certificación como bien lo expuso la señora juez es de suficientemente valiosa jurídicamente y pienso que no fue desvirtuada con la misma fuerza jurídica que han considerado nuestras altas cortes.

Seré muy breve en este recurso para adicionar que las certificaciones de Porvenir no fueron, con todo el respeto señora juez, evaluadas correctamente porque allí constan muchas faltas de aporte, que a su vez los contratos y las demás certificaciones cobradas en el expediente dan a entender que si hubo una relación laboral, pero no enviaron los aportes al sistema de seguridad social en pensiones señora juez.

En lo que concierne a la prueba indiciaria que su señoría debió tener en cuenta para efectos de aprobar los contratos verbales que debieron suscitarse entre las partes, tampoco se aplicó en esta situación.

Como base también para mi recurso de apelación, ruego al Honorable tribunal de Bogotá orientar la atención a todos los hechos y apreciaciones contenidas en la demanda, en la respectiva adición de la demanda, en virtud de la subsanación de la misma, los alegatos de conclusión y en el abundante caudal probatorio aportado, para solicitarle al Honorable tribunal en su momento procesal oportuno que revoque el fallo de primera instancia proferido por su señoría y en su remplazo se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, obviamente entendemos que esta apelación va causada a todos los ítems desfavorables que el despacho profirió en contra de mi representada y pues lo único favorable que surgió allí fue la indemnización moratoria, muchas gracias señora juez, por favor concédame el recurso de apelación para que el superior revoque el fallo en los aspectos desfavorables a mi cliente y en su remplazo se provea conforme a las pretensiones de la demanda señora juez, teniendo en cuenta como lo dije la certificación de creaciones asiel proferidas el 18 de noviembre del 2016 que obra en los anexos de la demanda y donde consta que hubo

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, señora MARIA DEL ROSARIO SERRANO ACEVEDO, las pretensiones visibles a folios 13 a 17, 206 y 207 del Archivo 1 expediente digital, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 1 a 12 y 207 a 211 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de una relación laboral de carácter indefinido con el señor DAVID CAMILO CADENA HERRERA a través de sucesivos contratos de trabajo verbales desde el 1° de octubre del 2003 hasta el 30 de diciembre del 2006, igualmente se declare la existencia de un contrato de trabajo con CREACIONES ASIEL CADENA del 1° de enero del 2007 al 2 de marzo del 2018, en consecuencia se condene a la indemnización por despido sin justa causa equivalente a 10 años, 2 meses y 2 días teniendo en cuenta como base salarial el mínimo mensual legal vigente para el año 2018, la diferencia salarial de enero y febrero del 2018, auxilio de cesantías, prima de servicios y vacaciones del 2018, indemnización moratoria, aportes a seguridad social en pensiones, del 1° de octubre al 30 de diciembre del 2003, del 1° de enero al 30 de mayo del 2004, del 1° de enero al 30 de diciembre del 2005, del 1° de enero al 30 de diciembre del 2006, del 1° de enero al 28 de febrero del 2007, del 1° de enero al 30 de abril del 2008, del 1° de enero al 30 de marzo del 2009, del 1° de junio al 30 de agosto del 2009, del 1° de enero al 30 de marzo del 2010, del 1° de julio al 30 de diciembre del 2010, del 1° de julio, del 1° de enero al 30 de agosto del 2011, del 1° de julio al 30 de julio del 2012, del 1° a 29 de febrero del 2014, del 1° de enero al 30 de agosto del 2015, del 1° de enero al 30 de marzo del 2016, del 1° de enero al 29 de febrero del 2017, del 1° de enero al 28 de febrero del 2018, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita*, indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, por cuanto únicamente se declaró la existencia de un contrato de trabajo con CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S. del 1° de marzo al 31 de diciembre del 2007, condenando al pago de la

una relación laboral desde el 01 de febrero del 2007 al 18 de noviembre del 2016, muchas gracias señora juez, muy amable.”

indemnización moratoria por 22 días de retraso en el pago de la liquidación de prestaciones sociales de dicha relación laboral, lo anterior tras considerar no haberse probado la existencia de una sola relación laboral en los términos solicitados en la demanda, ante las constantes interrupciones en la celebración de los diversos contratos de trabajo a término fijo aportados por ambas partes, sin prueba alguna de la prestación de servicio en los periodos en que no hay contratos escritos, por ende al haberse solicitado la declaratoria de una única relación laboral solo declaró la última probada, frente a la cual la Juez *a quo* no encontró justificación alguna en la demora del pago de la liquidación de prestaciones sociales y por ello condenó a la indemnización moratoria por los 22 días de retraso, advirtiendo frente a la indemnización por despido sin justa causa la improcedencia por cuanto la sociedad demandada manifestó su voluntad de no renovar el contrato de trabajo a término fijo desde el 30 de noviembre del 2017, igualmente señaló no haberse pedido el pago de aportes a seguridad social del 1° de marzo al 31 de diciembre del 2017 y en ese orden ninguna consideración se hizo al respecto.

En relación con la existencia del contrato respecto de DAVID CAMILO CADENA HERRERA expresó no aportarse ninguna prueba de la prestación del servicio a su favor.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, 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 pues, la apelación de la parte actora se concreta a la inconformidad relacionada con el hecho de que no se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo del 1° de febrero del 2007 hasta el 18 de noviembre de 2016.

Frente a lo cual, desde ya advierte la Sala la imposibilidad de declarar la existencia de un único contrato como lo pretende el recurrente, pues lo que emana de las pruebas acopiadas en el expediente es que la prestación del servicio fue de manera interrumpida, como pasa a explicarse.

Obran los siguientes contratos de trabajo a término fijo inferior a un año dentro del expediente (Archivo 1 expediente digital):

1. Del 1° de febrero al 31 de diciembre de 2007 PDF págs. 377 y 378
2. Del 21 de enero al 31 de diciembre de 2008. PDF págs. 382 y 383.
3. Del 1° de abril al 30 de junio de 2009 PDF págs. 387 y 388.
4. Del 1° de agosto al 31 de diciembre de 2009 PDF págs. 393 y 394.
5. Del 1° de abril al 30 de junio de 2010 PDF págs.399 y 400.
6. Del 1° de septiembre al 31 de diciembre de 2011 PDF págs. 404 y 405.
7. Del 1° de agosto al 31 de diciembre de 2012 PDF págs. 410 y 411.
8. Del 1° de febrero al 31 de diciembre de 2013 PDF págs.417 y 418.
9. Del 4 de marzo al 31 de diciembre de 2014. PDF págs.424 y 425.
10. Del 1° de septiembre al 31 de diciembre de 2015. PDF págs.431 y 432.
11. Del 1° de abril al 31 de diciembre de 2016 PDF págs. 437 y 438.
12. Del 1° de marzo al 31 de diciembre de 2017 PDF págs. 443 y 444.

Los anteriores contratos a término fijo inferior a 1 año finalizaron por decisión de la empleadora sin que la actora mostrara reparo frente a ello, con las siguientes misivas:

- ✓ Contrato 1 - 20 de noviembre de 2007 PDF pág. 379.
- ✓ Contrato 2 - 30 de noviembre de 2008 PDF pág. 384.
- ✓ Contrato 3 - 31 de mayo de 2009 PDF pág. 389.
- ✓ Contrato 4 - 30 de noviembre de 2009 PDF pág. 395.
- ✓ Contrato 5 - 30 de mayo de 2010 PDF pág.401.
- ✓ Contrato 6 - 22 de noviembre de 2011 PDF pág. 406.
- ✓ Contrato 7 - 21 de noviembre de 2012 PDF pág. 412.
- ✓ Contrato 8 - 21 de noviembre de 2013 PDF pág. 419.
- ✓ Contrato 9 - 21 de noviembre de 2014 PDF pág. 426.
- ✓ Contrato 10 - 30 de noviembre de 2015 PDF pág. 433.
- ✓ Contrato 11 - 17 de noviembre de 2016 PDF pág. 439.
- ✓ Contrato 12 - 30 de noviembre de 2017 PDF pág. 445.

Acuerdos a los que no son dables restarle validez, pues no quedó acreditado vicio alguno que conlleve a la declaratoria de su ineficacia; por el contrario, lo que denota ese legajo, es que la finalización de tales vínculos laborales se produjo

fue en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal C, esto es, *“Por expiración del plazo fijo pactado”* y ante la determinación del empleador de no prorrogar cada uno de los contratos suscritos, aunado a que respecto de los mismos se hicieron las correspondientes liquidaciones de prestaciones sociales como se puede ver en las páginas 381, 386, 392, 396, 403, 407, 414, 421, 428, 435, 441 y 450 del PDF del expediente digital.

Adicional a lo anterior, luce evidente que entre la finalización de un contrato y el inicio del otro hubo interrupciones de 20, 30, 60, 63, 90, 210 y 240 días², tiempo suficiente para interrumpir la continuidad del contrato, sin que tampoco se acreditara la prestación personal del servicio de la accionante a favor de la demandada por tales lapsos para que pueda beneficiarse de la presunción a que se refiere el artículo 24 del C.S.T.

No obstante y con independencia de ello, ha de precisarse no se trató de un solo contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año que fuera objeto de prórroga, en tanto se suscribieron 12 contratos independientes cada uno con fecha de inicio y de terminación liquidados de forma independiente, esto es, se extinguió una relación jurídica y nació a la vida otra, y no como lo hace ver el recurrente en cuanto a que dirige sus argumentos a establecer que fue 1 solo contrato de trabajo.

De esta manera y como quiera que los contratos a término fijo finiquitaron fue por expiración del plazo pactado y ante la decisión de CREACIONES ASIEL

2

Fecha Inicio	Fecha Final	Solución Continuidad
1/02/2007	31/12/2007	
21/01/2002	31/12/2008	20 días
1/04/2009	30/06/2009	90 días
1/08/2009	31/12/2009	30 días
1/04/2010	30/06/2010	90 días
1/09/2011	31/12/2011	60 días
1/08/2012	31/12/2012	210 días
1/02/2013	31/12/2013	30 días
4/03/2014	31/12/2014	63 días
1/09/2015	31/12/2015	240 días
1/04/2016	31/12/2016	90 días
1/03/2017	31/12/2017	60 días

CADENA S.A.S. de no proceder a su prorroga, la Sala no advierte visos de nulidad o ilegalidad, o el ánimo de desfaltar o eludir obligaciones laborales a favor de la trabajadora, o por lo menos ello no luce acreditado en el expediente.

En ese entendido, aunque ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, se debe ser muy cauteloso en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, pues estas prácticas se han adoptado con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, o beneficiarse en la liquidación de la cesantía o la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo³, ello no significa necesariamente que siempre que estemos ante contratos sucesivos existe unidad contractual⁴, pues puede suceder, como de hecho aquí acontece, que existan varias relaciones laborales independientes entre sí, cada una las cuales tuvo su propio modo de terminación y fueron debidamente liquidadas, porque ello puede verificarse real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral y aparece con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro.

En el caso de autos, ninguna circunstancia contraria a los derechos de la trabajadora, como las que acaban de exponerse, se configura, pues se insiste, los contratantes de manera libre y voluntaria pusieron fin a cada uno de los contratos de trabajo que suscribieron para dar paso a condiciones laborales que, aunque guardan similitud frente al objeto, obedecieron igualmente al consenso de los contratantes.

Del mismo modo y en aras de resolver la apelación de la accionante, ha de decirse, tampoco es prueba de la unidad contractual la certificación obrante en la página 33 del PDF (Archivo 1 expediente digital), en donde se indica que la

³ Sentencia SL15986 de 2014, reiterada en SL 1211 de 2019.

⁴ Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que “No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica” (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: “La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas” (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

relación inició el 1° de febrero del 2007 con fecha de suscripción 18 de noviembre del 2016, pues si bien en principio podría reputarse idónea para acreditar que, como se pretende en la demanda, la trabajadora mantuvo una sola relación laboral que lo ató a la sociedad demandada, por ser un documento proveniente del empleador y no haber sido desconocido ni tachados de falso; lo cierto es que, pese a que jurisprudencialmente se ha conceptuado que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse como ciertos, paralelamente también se ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida⁵ y ello fue lo que aquí ocurrió, ya que, con independencia de las razones que motivaron la emisión de tal certificación, armonizado su contenido con los demás medios de convicción, los cuales fueron valorados bajo las reglas de la sana crítica por esta Sala de Decisión, se advierte tal afirmación fue desvirtuada con la suscripción de los contratos atrás referidos, precisándose según el principio de la primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Por lo anterior se lleva al convencimiento de la Sala, que si bien es cierto existió prestación del servicio durante el lapso señalado en el libelo, ésta no fue continua, sino interrumpida, existiendo 12 contratos de trabajo entre las partes a término fijo inferior a un año, no logrando la parte interesada, acorde al artículo 167 del C.G.P., acreditar una sola relación laboral, tal como se solicita en la demanda, toda vez que no existe prueba que sustente su dicho. Conforme lo analizado hasta este punto, habrá de confirmarse la sentencia en este puntual aspecto.

Por otra parte, y en lo que tiene que ver con la historia laboral aportada por la actora (págs. 345 a 348 PDF Archivo 1 expediente digital), en las que aparecen aportes efectuados por el empleador CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S. de manera discontinua para los años 2007 a 2017, a más de acreditar que en efecto hubo solución de continuidad en la prestación de servicios por parte de la promotora del litigio, es importante anotar, tal reporte de semanas no resulta suficientes para acreditar el contrato de trabajo aquí alegado, debido a que tal documento por sí solo no da cuenta certera de esta circunstancia, aunado a que

⁵ SL2600-2018.

como ya se vio dicho vinculó fue desvirtuado por la sociedad accionada. Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

«[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».

En tal sentido y como la demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, como bien lo adujo la Juez de primer grado solo resultaba posible estudiar las pretensiones del libelo de cara a la última relación que unió a las partes (1° de marzo al 31 de diciembre del 2017), conforme se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones labores, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.

En este orden de ideas y una vez dilucidada la existencia de las diversas vinculaciones laborales, resulta clara la improcedencia del estudio de las pretensiones de la demanda, dirigidas a obtener la declaratoria de una sola relación laboral con la empresa CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo* frente a la declaratoria de un solo contrato de trabajo entre MARIA DEL ROSARIO SERRANO ACEVEDO y CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S., 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 la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo de la demandante y a favor de la demandada CREACIONES ASIEL CADENA S.A.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
(En uso de permiso)

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

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

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NERY CECILIA GOMEZ SALGADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES y CESANTÍAS y el FONDO DE PENSIONES y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 37 2019 00340 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (fl 336 337) PORVENIR S.A (fl 339 342), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de junio del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 328, audio 2, récord 36:34, acta a folios 329 y 333), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora NERY CECILIA GOMEZ SALGADO del régimen de prima media con prestación definida en su momento administrado por el Instituto de seguros sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A que tuvo como fecha de su suscripción el día 25 de agosto de 1994, en consecuencia DECLARO valida la afiliación de la demandante del Régimen de Prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional en los términos indicados de la demandante y aceptar los valores que sean remitidos por Protección S.A. en los términos indicados en el numeral segundo de la presente decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Colfondos S.A en COSTAS a reconocer y pagar a favor de la demandante, por secretaria fijo como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

SEXTO: ABSOLVER de las pretensiones invocadas a Porvenir S.A.

SEPTIMO: ORDENO remitir el presente proceso para que se surta el estudio del grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones, conforme se estableció en la parte motiva de la decisión.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES, asegura, la actora si tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS con base en las asesorías brindadas por las AFP cuando declaró conocer que sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro individual, que ello le iba a generar unos rendimientos y podía hacer aportes voluntarios, así como el carácter heredable de la pensión.

Precisa, dada las condiciones académicas, ser servidora pública y abogada, no es posible que no tuviera conocimiento de su calidad de beneficiaria del régimen de transición, por lo que afirma la suscripción del formulario de afiliación se realizó bajo el principio de la buena fe en la capacidad cognitiva de la demandante de contratarse, señalando su falta de diligencia pues era su obligación verificar la información que se le hubiese suministrado.

Por otro lado, asegura debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera que impacta en la reserva del sistema pensional, pues el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media, solicitando se confirme la absolución en costas, la devolución de los aportes y se acceda a retornar los gastos de administración ya que fue la AFP protección S.A. quien asumió las obligaciones y de no reintegrarse estos dineros se afectaría económicamente a su representada en los términos exigidos. (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento,

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 328, audio 2, récord 39:45)¹.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante NERY CECILIA GOMEZ SALGADO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda visibles a folios 1 y 2, las cuales encuentran fundamento en los

¹ “Muchas gracias señor juez respetuosamente me permito interponer recurso de apelación dentro la oportunidad legal contra la sentencia proferida por su honorable despacho en el sentido de que decidió declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante señora Nery Cecilia Gómez Salgado al RAIS y obligo el traslado de los aportes a Colpensiones, lo anterior con fundamento en las siguientes apreciaciones: En primer lugar de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso judicial y en especial con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante es posible concluir a juicio de la suscrita que la actora si tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS con base en las asesorías brindadas por las AFP Codemandadas cuando declaro conocer que sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro individual, que esos generarían unos rendimientos, que podía realizar aportes voluntarios, sin embargo no lo hizo porque no la convencieron de hacer dichos aportes, así como el carácter heredable de la pensión en el evento de fallecer, así como que el monto de la pensión dependería de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, características inherentes a este régimen de capitalización. Así también expreso que el asesor le expreso los requisitos para pensionarse en el RPM.

Vale resaltar que el despacho tomo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo por la calidad de que se le hizo una comparativa entre los requisitos para pensionarse en el RPM y dada las condiciones académicas de la demandante, más aun siendo servidora pública y que siendo abogada y de conocimiento público, no es posible que no tuviese conocimiento de su calidad de beneficiaria en ese momento, más aun cuando después con el acto legislativo 01 del 2005 no contaba con las semanas para extender dicho régimen de transición.

Por otro lado se muestra que la suscripción del formulario de afiliación se realizó bajo el principio de la buena fe en la capacidad cognitiva de la demandante de contratarse, en todo caso es necesario tener en cuenta que con el presente proceso judicial pretende la actora beneficiarse también de su falta de diligencia pues era su obligación aún más en su calidad verificar la información que se le hubiese suministrado, adunado a que el desconocimiento de la ley no es excusa y que si tenía una inconformidad tuvo el tiempo necesario para manifestarlo y nunca lo hizo sino después de más de 20 años de encontrarse afiliada al RAIS y cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado establecida en el literal e de la ley 13 de la ley 100 de 1993.

De igual forma debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la constitución de 1991, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005 que impacta en la reserva del sistema pensional, conforme lo anterior es evidente que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales la falta de contribución al demandante al fondo común que financia las pensiones al régimen de prima media y la carga que generaría los demás afiliados soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante quien no ha construido un derecho pensional en el RPM, derivando un menoscabo patrimonial a la entidad de esta forma señores honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral solicito revocar el fallo en lo pertinente.

De manera subsidiaria en el caso de que se confirme el fallo solicito se confirme la absolución en Costas y que se confirme la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y se acceda a retornar los gastos de administración ya que si bien realizó la afiliación fue la AFP Ing lo cierto es que la AFP protección S.A asumió las obligaciones de dicha AFP, máxime que de no reintegrarse estos dineros afectaría económicamente a mi representada en los términos exigidos anteriormente, muchas gracias señor juez.”

supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 9, aspirando se declare es beneficiaria del régimen de transición, la nulidad del traslado y afiliación a COLFONDOS por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría, en consecuencia se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES quien deberá aceptarlos y recibirlos, activando su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, derechos *ultra y extra petita*, costas del presente proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado efectuado a COLFONDOS, ordenando a PROTECCIÓN como actual administradora de la demandante, a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con los rendimientos. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado y más cuando era beneficiaria del régimen de transición, precisando si bien se pudo haberle brindado información a la actora sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado.

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

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

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 20), la actora nació el 16 de octubre de 1955, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad -38 años-, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 25 de agosto de 1994 con fecha de efectividad 1° de septiembre de 1994 (folio 201 y 315) y que se desconoce para esa data el tiempo de servicio prestado pues ninguna prueba se aportó al respecto, sin que se acreditara el cumplimiento del requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002³, por lo que resulta

³ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

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

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

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

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

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

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

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, ha de precisarse como quiera que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante, en tanto conforme al reporte de semanas expedido por PROTECCIÓN (fls. 203 a 217) sus aportes a diciembre del 2019 fueron efectuados por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia.

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de agosto de 1994** con fecha de efectividad 1° de septiembre de 1994 (*folios 201 y 315*) específicamente, conforme el formulario de afiliación a COLFONDOS 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

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

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

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

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 elemento, se incurriría en un vicio que invalidaría el negocio jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia* las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado que se le hubiera informado en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, destacando que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del juicio⁶, no se puede demostrar la información suministrada al momento del traslado, pues la actora si bien señaló que le indicaron que en el RAIS tendría mayor rentabilidad, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de unos rendimientos, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión y las consecuencias del traslado atendiendo su calidad de beneficiaria del régimen de transición.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para la Sala, emana evidente que la accionante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues se olvidó la AFP 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 su decisión. 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.

⁶ Cd. fl. 328, record: 30:16

De igual forma debe precisarse, el hecho, que la accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo hace ver en la apelación COLPENSIONES.

En la misma dirección no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a COLFONDOS (fl. 315), ello no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, en cuanto, conforme se examinó en autos, a la señora GOMEZ SALGADO, desde luego, le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁷.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, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (25 de agosto de 1994, folio 201), el deber de información para con la demandante, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco, incide el hecho que el demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (*ver historial de vinculaciones SIAFF folio 201*) en tanto ello no conlleva

⁷ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

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 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 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).”

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

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, 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 (...).”

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por PROTECCIÓN, junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

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 fl. 150 contestación demanda*)⁸, 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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de marzo del 2021 (fl. 316).

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.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

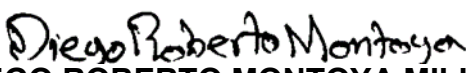
R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordena a la AFP PROTECCIÓN 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

(En uso de permiso)

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR MARIA FANNY MONSALVE MARIN CONTRA COSMITET LTDA, trámite al que se vinculó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (RAD. 00 2021 01100 01).

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021) estando la Sala de Decisión reunida se procede a dictar de plano la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada COSMITET LTDA contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Salud, el pasado 26 de junio de 2020 (folios 157 a 173), en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA a las abogadas, Oriana María Pinzón Hurtado, identificada con cédula de ciudadanía No. 66.660.733, portadora de tarjeta profesional número 244.000 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de COSMITET LTDA - CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA, y Laura Susana Rodríguez Maza, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.026.260.465, portadora de la tarjeta profesional No. 210.232 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de las entidades FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

SEGUNDO: ACCEDER a la pretensión formulada por la señora María Fanny Monsalve Marín, identificada con cédula de ciudadanía No 42.002.751 de Dosquebradas, en contra de COSMITET LTDA, conforme a las consideraciones anotadas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR a COSMITET LTDA - CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA, reconocer y pagar a favor de la masa sucesoral del señor Hugo Fernández Barreto, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.099.920 (Q.E.P.D.), la suma de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$13.400.000.00), dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR al representante legal de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – LA FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, en caso que COSMITET LTDA, no realice el pago a favor de la masa sucesoral del señor Hugo Fernández Barreto, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.099.920 (Q.E.P.D) en el término señalado en el artículo anterior, procesa a descontar dicha suma del contrato suscrito con COSMITET LTDA, efectuando el reconocimiento y pago de la suma de trece millones cuatrocientos mil pesos (\$13.400.000,00), a la masa sucesoral del señor Hugo Fernández Barreto, quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 10.099.920, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: TRASLADAR COPIAS de la demanda con sus anexos, a de la demanda con sus anexos (sic), a la Superintendencia Delegada de Procesos, para que adelanten las investigaciones pertinentes, si a ello hubiere lugar, contra COSMITET LTDA, conforme a las consideraciones antes anotadas.

SEXTO: ADVERTIR que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL - CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 30, numeral 1, del Decreto 2462 de 2013.

SÉPTIMO: NOTIFICAR la presente sentencia a la DEMANDANTE, al email: mmomsama@hotmail.com, a la DEMANDADA doctora Oriana María Pinzón Hurtado, apoderada de COSMITET LTDA., al email: notificacionesjudiciales@cosmitet.net, o a la Calle 64G NO, 92-72 de Bogotá, y a los VINCULADOS, doctora Laura Susana Rodríguez Maza, apoderada de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, al email: notjudicial@fiduprevisora.com.co; lrodriguez@fiduprevisora.com.co o a las direcciones registradas en esta Superintendencia Delegada.

PARÁGRAFO 1: Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega de la providencia que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado, Cuando la notificación se haga por correo electrónico, se considerará surtida en la fecha en que el sistema emita reporte de entrega.

PARÁGRAFO 2: Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables al Despacho, la providencia Publicará en la página web de la entidad.”

Inconforme con la decisión COSMITET la apeló, solicitando su revocatoria y en su lugar se resuelva:

“PRIMERO: Declarar que COSMITET LTDA le suministró al señor HUGO FERNANDEZ BARRETO todos los exámenes, procedimientos médicos, valoración con especialistas, servicios de urgencias con la red de servicios de salud de COSMITET LTDA, para tratar su patología de cáncer de riñón, sin que existiera la negación de ningún servicio.

SEGUNDO: Declarar que el procedimiento practicado al señor HUGO FERNANDEZ BARRETO con el DR PARDO EN CLINICA PINARES MEDICA fue acorde a los protocolos médicos y que la compra del medicamento, fue particular y la consulta se realizó a la par o al mismo tiempo que lo trataban los médicos de la red de servicios de COSMITET LTDA, aplicando los 4 esquemas de quimioterapias conforme a la literatura médica para tratar un cáncer de riñón y en forma oportuna.

TERCERO: Declarar que la solicitud de reembolso de la señora MARIA FANNY MONSALVE MARÍN no cumple con los términos, requisitos y condiciones establecidas en el manual del usuario por la FIDUPREVISORA.

CUARTO: Declarar que la solicitud de reembolso de la señora MARIA FANNY MOLSALVE MARIN, se encuentra prescrita por los términos establecidos en el manual del usuario de la Fiduprevisora o la Resolución No. 5261 de 1994.

QUINTO: Declarar que la señora MARIA FANNY MONSALVE MARIN, carece de legitimación en la causa para ser demandante en el proceso que cursa en la Superintendencia de Salud.

SEXTO: Declarar que existió un defecto fáctico en la valoración de la prueba al momento de emitir la sentencia 2020-001146 del 26 de junio de 2020.

SÉPTIMA: Se condene en costas y agencias en derecho a la demandante.”

En sustento de lo anterior, indica, efectivamente existió la orden a la clínica CMS COLOMBIA LTDA CLINICA PINARES MÉDICA, para la aplicación de los medicamentos, exámenes y valoración con especialistas, siendo la responsable de ello la mentada institución, razón por la cual incorporó la historia clínica como documento idóneo para el caso.

En esa misma línea, advierte, brindó todas las autorizaciones que el paciente requirió en la IPS CMS CLÍNICA PINARES MÉDICA de Pereira, conforme al criterio médico del oncólogo DR. PARTO, para la aplicación de todos los tratamientos ordenados a HUGO FERNANDEZ BARRETO, los cuales detalló, y con los que, asegura, se cumplió la continuidad, eficiencia, calidad y oportunidad del procedimiento para su cáncer renal.

Igualmente, precisa, si bien es cierto existió una acción de tutela y un incidente de desacato, no lo es menos que la misma se fundamentó en la entrega del soporte nutricional, el cual para la época de los hechos se había establecido taxativamente como una exclusión dentro de los términos de referencia establecidos por la FIDUPREVISORA. Además, dice, nunca le fue impuesta sanción por el

incumplimiento de un ciclo de quimioterapia y menos por la falta de entrega del medicamento NIVOLUMAB.

Explica, al señor HUGO FERNANDO BARRETO se le aplicaron cuatro esquemas o ciclos de quimioterapia, el primero denominado SINITINIB hasta el 10 de febrero de 2016, el segundo EVEROLIMUS del 16 de marzo de 2016 y hasta el 13 de octubre de 2016, el tercero AXITINIB del 11 de noviembre de 2016 al 7 de junio de 2017 y el cuarto llamado NIVOLUMAB, el cual se inició el 12 de junio de 2017, fecha para la cual no habían transcurrido las dos semanas de descanso del medicamento anterior. Todas estas líneas de quimioterapias, asegura, fueron autorizadas por COSMITET LTDA, anotando, aunque al usuario y al núcleo familiar se les advirtió que el medicamento ordenado hacía dos días estaba en trámite de autorización por ser formulado por primera vez, estos por su voluntad decidieron no esperar la entrega del mismo y tomaron la determinación de adquirirlo de manera particular. Bajo tal circunstancia, considera, no existió negativa por parte de la IPS, pero ello no fue valorado en el fallo de primer grado.

Asevera, la Superintendencia no podía concluir que COSMITET no garantizó la oportunidad, continuidad e integralidad en la atención de la patología que presentó el paciente por no suministrar el cuarto esquema de quimioterapia a los dos días de formulado y porque este iba a ser entregado a la IPS.

De otro lado, sostiene, no se efectuó un análisis de la historia clínica, frente al criterio médico en los esquemas de quimioterapia y el tiempo de espera para iniciar cada uno de ellos.

Indica, además, la solicitud de pago de reembolso no encaja en ninguno de los casos establecidos en el manual del usuario del FOMAG, porque no existió negativa de su parte y más bien, la familia se abstuvo de hacer uso de los servicios que se pusieron a su disposición, lo que constituye una culpa exclusiva de la parte actora.

En otro giro, alega, atendiendo que el paciente pertenecía a un régimen excepcional o especial, debe tenerse en cuenta que el término máximo para presentar la solicitud de reembolso, previsto en la *“guía del usuario servicio de salud”* dispuesto por la FIDUPREVISORA es de 15 días hábiles siguientes al

egreso de la atención, por lo que si se tiene en cuenta que trascurrieron más de 3 meses entre la adquisición del medicamento y la solicitud de pago, se superó el plazo señalado en las disposiciones aplicables.

Adicionalmente, refiere, considerando que fue HUGO FERNANDEZ BARRETO a quien se le facturó el medicamento el 14 de mayo de 2017 por parte de la clínica, la demandante MARIA FANNY MONSALVE MARIN no podía ubicarse dentro de la relación jurídico-procesal como parte, toda vez que no existió ningún vínculo entre esta y COSMITET LTDA respecto de las pretensiones elevadas, así como tampoco *“ninguna escritura pública o sentencia en la cual se asigne la deuda a pagar a favor de la conyugue (sic) supérstite o alguno de los herederos del señor HUGO FERNANDEZ BARRETO”*, de allí que, a su juicio, la actora carezca de legitimación en la causa por pasiva.

Por último, alega, la sentencia apelada incurrió en un defecto fáctico por omisión de valoración probatoria, específicamente por cuanto se dejaron de apreciar algunas pruebas que reposaban en el plenario y que califica de *“determinantes”*, sin que se explicaran las razones de dicha omisión, trasgrediendo con ello, dice, sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, *“al no sacar conclusiones de tipo científico en la aplicación de los 4 esquemas de quimioterapia aplicados al señor HUGO HERNANDEZ BARRETO y el avance de su enfermedad, la historia clínica y la pertinencia y momento en que se debía aplicar cada tratamiento, respaldados y sustentados en la contestación de la demanda y material probatorio allegado y solicitado por COSMITET LTDA”*. Puntualmente, señala, se dejó de estimar la historia clínica que fuera incorporada al plenario, desde la fecha de cambio de medicamento NIVOLUMAB y la advertencia de la enfermera de oncología de la Clínica Pinares Médica, las fechas de cambio de los esquemas de quimioterapia, los tiempos de descanso que debe tener cada paciente para iniciar un nuevo esquema, por lo que solo hasta el 22 de junio de 2017 podría hablarse de un retraso en el suministro del medicamento. Además, anota, no se practicó el interrogatorio de parte que fuera solicitado con el escrito contestatorio (folios 182 a 190).

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, la Sala Laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, en virtud de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política¹.

Ahora bien, pretende a la demandante a través del presente trámite se ordene a COSMITET reconocer y pagar a su favor la suma de \$13.400.0000, por concepto de gastos en los que incurrió por concepto de “*atención de urgencias*” de su esposo (folio 5).

Como sustento de su petición, invocó los siguientes supuestos fácticos (folios 1 a 4):

- Relata, el señor HUGO FERNANDEZ BARRETO, quien fuera su esposo, falleció a causa de un cáncer renal metastásico, el cual fue diagnosticado en noviembre de 2013 por el área de hospitalización de la Clínica Pinares Médica, tras la realización de un TAC simple abdominal en el que se le halló una masa anómala y maligna.
- Comenta, tras el hallazgo efectuado por los galenos de la institución, se le ordenó el procedimiento “*Nefrectomía*”, para extirpar la totalidad del riñón izquierdo en el cual se encontraba el tumor maligno, mismo que fue realizado con éxito el 9 de enero de 2014 en las inmediaciones de la liga contra el cáncer de la ciudad de Pereira.
- Indica, después de la extracción del riñón junto con el tumor maligno, se inicia una etapa diagnóstica y de controles acompañado de hemato oncólogo y el urólogo-oncólogo, especialistas que se encargaron de los mismos hasta el mes de agosto con normalidad. Sin embargo, aduce, en ese mes se encontró un desarrollo metastásico de la enfermedad, esta vez

¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

a nivel pulmonar, siendo necesario el inicio de un nuevo tratamiento de quimioterapia PAZOPANIB TAB X 400 mg, recetada por los especialistas.

- Señala, remitió la orden del especialista a la entidad COSMITET LTDA para la autorización y entrega del medicamento tendiente a salvaguardar la vida de su esposo, moción ante la cual la entidad mostró su negativa a su entrega.
- Refiere, en octubre de 2014 fue necesario impetrar acción de tutela solicitando la protección del derecho fundamental a la vida y, en consecuencia, se entregara e iniciara el tratamiento ordenado por los especialistas.
- Indica, el 28 de noviembre de 2014, tras la impugnación, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira confirmó la decisión de tutelar el fundamental a la salud y a la vida de HUGO FERNANDEZ ARRETO, y ordenó la efectiva y pronta entrega e iniciación del tratamiento.
- Cuenta, aunque se le entregó por primera vez el medicamento, el tratamiento fue discontinuo dada la dilación en el suministro del mismo, por lo que fue necesario acudir a la presentación de incidentes de desacato en contra de la accionada.
- Arguye, en 2015 se efectuó un cambio de médico especialista tratante y, tras otra etapa diagnóstica, se detectó metástasis en la zona encefálica que afectaba el tejido cerebral, por lo que inició tratamiento con radioterapias en la clínica Oncólogos de Occidente, la cual fue financiada por sus propios medios porque el convenio con la entidad había sido suspendido por falta de pago.
- Explica, debido al avance de la patología, se dispuso un nuevo tratamiento de quimioterapias llamado EVEROLIMUS de NOVARTIS el cual se tramitó con COSIMITET LTDA, a través de la IPS Clínica Pinares Médica, haciéndose entrega efectiva del mismo.
- Narra, en octubre de 2016 se le diagnosticó una nueva lesión a su esposo, a causa de metástasis en el glúteo medio y músculo iliaco, y tras el nuevo hallazgo, otra vez se realizó radioterapia en la región afectada. No obstante,

sostiene, no fue posible tramitar el mismo en Pereira dado el rompimiento contractual de la accionada con Oncólogos de Occidente, razón por la cual fue remitido a la ciudad de Cali donde fue atendido en la Clínica Imbanaco.

- Describe, para las vísperas decembrinas de 2016, el Dr. MIGUEL ADOLFO PARDO, ordena el cambio de quimioterapia para continuar el tratamiento mediante el medicamento AXITINIB y se prescribe, por parte de la nutricionista, el suministro de un suplemento alimenticio llamado OSMOLITE el cual era requerido debido a la pérdida constante de peso de su cónyuge, empero, ante la dilación de la entrega de este último y la necesidad de seguir rigurosamente las recomendaciones médicas, fue necesario presentar incidentes de desacato.
- Detalla, la quimioterapia AXITINIB, se caracterizó por ser un tratamiento que a lo largo de cinco meses, hasta aproximadamente mayo de 2017, fue una constante lucha con COSMITET LTDA por la oportunidad en la entrega, aun cuando el médico aludió a la imposibilidad de suspender el tratamiento porque el paciente podría adquirir resistencia al medicamento y hacer más gravosa su situación de salud.
- Cuenta, tras una crisis presentada por el señor HUGO FERNANDEZ BARRETO, este fue sometido a nuevos exámenes que diagnostican que la enfermedad se extendió a lo largo de todo el tejido pulmonar con compromiso pleural y el bazo, además le apareció una masa en la zona abdominal. En razón a ello, se cambia el esquema de tratamiento por el medicamento NIVOLUMAB 3MG OPDIVO, como última alternativa para frenar la enfermedad.
- Asevera, como consecuencia de la orden y negativa de COSMITET en entender la celeridad que requería el tratamiento y el riesgo inminente que corría su esposo de perder su vida, cuya salud se deterioraba con el paso de los días, el 14 de junio de 2017 decidieron aunar esfuerzos familiares para conseguir la quimioterapia ordenada por el médico tratante de manera particular, pues de no haberse realizado lo antes posible, las posibilidades de salvaguardar la vida del señor HUGO FERNANDEZ, hubieran sido nulas.

- Pese a tales esfuerzos, dice, la enfermedad creció a un punto en el que mantenía resistencia a las quimioterapias más agresivas, por lo que el 21 de junio de 2017 es ingresado a la Clínica Pinares Medica, debido a que presentaba una grave recaída en su estado de salud, donde se le suministró por primera vez desde la solicitud a COSMITET la quimioterapia ordenada y en julio, tras un largo proceso de hospitalización, una pleurodesis por videotoracosopia, rehabilitación y suministro de medicamentos.
- Anota, el 2 de agosto de 2017, tras estar unos días en casa con atención 24/7, fue ingresado nuevamente por presentar “*edema cerebral asociado a delirium hipoactivo*” suministrándosele el medicamento requerido para combatir la crisis durante los próximos once días; sin embargo, finalmente su esposo fallece a causa de la enfermedad el 13 de agosto de ese año.

La demanda se inadmitió en auto del 4 de febrero de 2019, tras advertirse por la juez *a quo* que, si bien no existen mayores formalidades para la presentación de la demanda ante la función jurisdiccional, uno de los presupuestos es que sea interpuesta directamente por la parte interesada o por quien acredite la legitimación en la causa por activa, y en el caso, al haber acaecido el fallecimiento del señor Fernández Barreto, la actora debía “*aportar declaración bajo juramento en donde conste que es la única heredera del señor Fernández Barreto, o, en su caso de existir más herederos, aportar declaración bajo juramento en la que conste quienes son los herederos del fallecido y el haber debidamente otorgado para actuar en nombre de ellos*” (folio 128).

En cumplimiento de lo anterior, la demandante allegó declaración juramentada y copia de los registros civiles de nacimiento de sus hijos y de los poderes que le fueran otorgados por estos (folios 131 a 145).

Mediante proveído del 9 de julio de 2019, la Superintendencia de Salud admitió la demanda únicamente a favor de la actora (folio 146) oportunidad en la que, además, dispuso correr traslado a la demandada y vinculó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A. En esa misma providencia, requirió a COSMITET con el fin de que incorporara las autorizaciones expedidas al señor HUGO FERNANDO BARRETO para el

tratamiento de la patología de tumor maligno de riñón, especialmente con el suministro del medicamento oncológico NIVOLUMAB 100 MG SOLUCIÓN 10ML, formulado por el médico tratante para la realización de la quimioterapia en junio de 2017.

Surtido el trámite procesal correspondiente, tanto demandadas como vinculadas contestaron.

Así, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa, por cuanto, desde su perspectiva, no tiene competencia para la prestación de servicios de salud, debido a que dicha función no se encuentra determinada dentro del Decreto 5012 de 2009 y está reservada, dice, para las empresas promotoras de servicios de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, que cuenten con la habilitación expedida por la Secretaría de Salud del departamento.

Resalta la existencia del contrato de fiducia mercantil suscrito entre esa cartera ministerial y FIDUPREVISORA S.A. para la administración del fondo de prestaciones sociales del magisterio, siendo esta última la encargada del cumplimiento de los objetivos planteados en el artículo 5° y en ese sentido, de realizar los trámites de contratación con las entidades prestadoras del servicio de salud en las diferentes regiones del país.

En esos términos, asegura, no es la llamada a reconocer el monto aducido por la actora por los gastos médicos en los que incurrió (CD folio 201).

A su turno, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-, adujo no constarle ninguno de los hechos descritos en la demanda. Frente al caso de marras, anotó, dentro del giro ordinario de sus negocios y como administradora del FOMAG no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud o administrar planes de beneficios, ni siquiera tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicio de

salud y/o como entidad promotora de servicios de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaría de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

Adicionalmente, apuntó, en desarrollo de sus obligaciones contractuales y en virtud de la existencia del Patrimonio Autónomo FOMAG, por instrucciones del Consejo Directivo del Fondo, suscribe la contratación de la prestación de los servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país, precisando, en la región 9 conformada por los departamentos de Caldas, Quindío y Risaralda es COSMITET LTDA, quien de acuerdo con los pliegos de condiciones y la invitación pública, está obligada a garantizar la prestación de los servicios de salud tanto en la región en la cual el docente se encuentra afiliado, como a nivel nacional.

De otro lado, estableció, consultado el aplicativo HOSVITAL dispuesto por el FOMAG, HUGO FERNANDEZ BARRETO se encontraba activo como cotizante en el régimen de excepción de asistencia en salud con “UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO REGIÓN 4” (sic) y por tanto la encargada de garantizar y prestar la atención médica al mentado ciudadano.

Frente al procedimiento de reembolso recordó el Manual de Usuario del régimen especial, se previó el procedimiento para realizar el mismo y recordó que la solicitud demandante no cumplió con los requisitos establecidos en el mismo.

En su defensa propuso como excepción únicamente la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

COSMITET LTDA por su parte, expuso, brindó todas las autorizaciones que el paciente requirió en la autorización en la IPS CMS CLINICA PINARES MEDICA DE PEREIRA, conforme al criterio médico del oncólogo, para la aplicación de todos los tratamientos ordenados por el médico tratante al paciente, y procedió a detallarlas.

Aseguró, el señor HUGO FERNANDEZ BARRETO, recibió de forma ininterrumpida atenciones para sus diferentes dolencias sin ninguna barrera de acceso y ha consultado a todos los especialistas según se evidencia de la historia clínica, lo que, a su juicio, pone en evidencia la diligencia y oportunidad de su actuación.

Como excepciones de mérito formuló las que denominó *“cumplimiento de las obligaciones de COSMITET LTDA de tener una red de servicios de urgencias nacional”*, *“mala fe del demandante”* porque a pesar de conocer el manual del usuario y conocer el término previsto para realizar la solicitud de reembolso dejó vencer el mismo; *“la solicitud de pago de reembolso no encaja en los tres casos establecidos por el FOMAG en el manual del usuario”* en tanto no logró demostrar la urgencia vital y la negativa de COSMITET LTDA para emitir las autorizaciones para ser atendido; *“culpa exclusiva del demandante”* fundada en la negación del paciente a utilizar la red de prestadores y servicios contratados por esa entidad; *“prescripción de términos para reclamación de reembolso”* y *“falta de legitimación en la causa por activa”* (CD folio 201).

De tal manera, conforme los supuestos facticos señalados, y el acervo probatorio recaudado, la Juzgadora inicial mediante providencia del 26 de junio de 2020 (folios 157 a 173) accedió a las pretensiones formuladas en la demanda, reconociendo los valores reembolsados a favor de la masa sucesoral del señor HUGO FERNANDEZ BARRETO (Q.E.P.D). Ello, tras considerar que, de conformidad con las probanzas documentales aportadas al plenario, se lograba evidenciar que COSMITET LTDA no garantizó accesibilidad, oportunidad, continuidad, ni integralidad en la atención requerida por el paciente al no garantizar el suministro del medicamento NIVOLUMAB 100MG SOLUCIÓN 10 MK (OPDIVO) ordenado por el médico tratante oncólogo de la red de prestadores de la demandada el 12 de junio de 2017, quien consideró cambio del esquema de quimioterapia debido a que desarrolló dificultad para respirar y empeoró su aspecto general, sin resolución inmediata por COSMITET considerando que el señor FERNANDEZ BARRETO se encontraba en un estado bastante avanzado de su enfermedad, por lo que no se debían descuidar los objetivos terapéuticos.

El recurso de apelación interpuesto por COSMITET fue concedido mediante auto del 4 de febrero de 2021 (folio 194).

En este orden, en virtud del principio de consonancia, procede la Sala a resolver el objeto de la impugnación, en los puntos concretos objeto de censura, 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, en primer lugar, es del caso señalar, no fue motivo de controversia en el trámite del proceso, ni lo es ahora, que HUGO FERNANDEZ BARRETO (Q.E.P.D.) estuvo afiliado al régimen de excepción del Magisterio a través de la UT MAGISALUD 2 – COSMITET LTDA, situación que fue así determinada por la juez de primera instancia, no discutida en esta instancia.

Tampoco se discute que FERNANDEZ BARRETO fue diagnosticado con “*cáncer renal metastásico*” y que asumió directamente el pago del medicamento denominado “*NIVOLUMAB 100 MK*” en cuantía de \$13.400.000, aspecto que por demás se corrobora a folio 53.

Así pues, para dirimir la controversia traída a los estrados, bueno resulta recordar la norma reguladora en materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, esto es, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la cual consagra:

“Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.
Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

(...)

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

- 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
- 2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*

3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.”

Por su parte, el literal ñ) de la Guía del Usuario Fomag (CD folio 201), frente a los reembolsos prevé:

“Ñ. Reembolso

Se define como la devolución al afiliado o beneficiario de una suma de dinero por gastos médicos incurridos como causa o consecuencia de las siguientes situaciones:

Urgencias vitales

Cuando el usuario haga uso de una red de servicios distinta a la que el prestador de salud haya establecido para el manejo de estos casos, por razones claramente documentadas y justificadas por la entidad tratante o en caso de una urgencia vital, le serán reembolsados los costos de dichas atenciones, siempre y cuando estén dentro de las coberturas previstas. Se debe cumplir con lo definido en el Decreto 4747 de 2007, en relación con el sistema de autorizaciones, referencia y contrareferencia y disponibilidad 24 horas de Call Center entre otras cosas. Los costos de la atención de la urgencia justificada alternativamente, puede ser recobrada por la IPS al Prestador de salud de la Región del Usuario, máximo a tarifas SOAT.

Cuando se presenten urgencias vitales, las tarifas para el pago de reembolsos serán las tarifas SOAT vigentes, ajustadas acorde con las modificaciones que a esta disposición se hicieran, sin que medie contratación con el prestador. Si existe contratación para la prestación de estos servicios, las tarifas serán las que se hayan pactado en el acuerdo de voluntades sin que estas sean superiores a las SOAT.

Para efectos del reembolso, el usuario o familiares deberán informar por cualquier medio conducente al prestador de salud, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la ocurrencia de los hechos, la urgencia presentada. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario. Se exceptúan de esta obligación los pacientes que por su alteración patológica no se encuentren en condiciones de informar lo sucedido, así como aquellos que por su estado clínico o por su estado de soledad y en general, por todo impedimento demostrable que haya acaecido y que constituya fuerza mayor o el caso fortuito, que le haya impedido dar aviso dentro de los plazos indicados.

Casos de deficiencias o no prestación oportuna de servicios

En los casos comprobados por la Auditoría Médica o la Gerencia de Servicios en Salud de FIDUPREVISORA S.A, de deficiencias en las atenciones o la no prestación oportuna de los servicios que haya conllevado a que el usuario utilice una red alterna a la ofertada, el pago del reembolso se hará de acuerdo con el monto que el usuario haya incurrido.

El usuario deberá informar en forma directa o a través de terceras personas, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la atención. Así mismo, deberá radicar la

solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario a la atención originada en la no prestación oportuna del servicio requerido.

Casos de medicamentos pendientes para rembolsar a los afiliados al FNPSM y sus beneficiarios

En caso de no entregar los medicamentos dentro de las 24 horas, el afiliado o sus beneficiarios, lo podrán comprar y el valor del mismo deberá ser reembolsado por el prestador de salud.

Para el pago del reembolso por parte del Prestador de salud, el afiliado al FNPSM o el beneficiario, deberá presentarse recobro soportado con copia de la fórmula médica expedida por cualquier IPS o médico que pertenece a la red del prestador, con el pendiente de la farmacia y la factura original.

El usuario deberá informar en forma directa o a través de terceras personas, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la no entrega del medicamento. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes a la no entrega oportuna del medicamento.

Este valor del reembolso a los afiliados y beneficiarios deberá ser cancelado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la cuenta. En caso que el prestador de salud no realice el pago respectivo será descontado en el mes siguiente de la capitación al prestador de salud.

Requisitos para la solicitud de reembolsos

- *Carta de solicitud*
- *Original de la factura*
- *Copia de la historia clínica del caso*
- *Demás soportes que considere pertinentes*

Para efectos de pago, el prestador de salud se obliga a cancelar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la factura, los valores correspondientes a la atención. Queda entendido, y así lo autoriza el Prestador de salud con la suscripción del contrato, que FIDUPREVISORA S.A. descontará la suma facturada cuando se supere el plazo establecido.”

En primer lugar, con relación a la ausencia de reclamación dentro del término previsto en la norma previamente citada, el cual alude el recurrente imperativo para la viabilidad del pago que aquí se persigue, advierte la Sala, el plazo al que hace referencia dicha disposición corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite de su solicitud ante la entidad, razón por la cual, el incumplimiento del mismo no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le competen. Así lo ha adoctrinado la Corte

Constitucional, entre otras en las sentencias T-594 de 2007², reiterada en la sentencia T-650 de 2011³.

En ese mismo sentido, debe anotarse, tal lapso no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación que tiene la EPS de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda asumir por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud o, en este particular caso, en virtud del contrato suscrito con el FOMAG.

De otro lado, resulta oportuno memorar en sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional reconoció el derecho a la salud como un derecho autónomo fundamental que debe ser garantizado como una obligación a cargo del Estado consistente en suministrar el acceso y la prestación universal del servicio público de salud para todos los colombianos, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política.

Bajo tales precisiones, atendiendo al principio de universalidad que reviste el derecho a la salud, independiente del régimen de salud al que se encuentre inscrita una persona, las entidades tienen la obligación de cubrir las contingencias de manera integral en aras de garantizar el derecho a la salud, mediante la prestación de los servicios desde la inclusión y ejecución de programas de promoción y prevención de las enfermedades, hasta la rehabilitación o recuperación total de los padecimientos de salud, para lo cual deben proporcionar

² “Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten.”

³ “Adicionalmente, la vulneración de los derechos de la accionante se torna más gravosa por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento de dicha prestación con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, como es la extemporaneidad de la reclamación, esto es, vencido el término establecido en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994, según la cual “... la solicitud de reembolso deberá hacerse dentro de los quince (15) días siguientes al alta del paciente...”.

De este modo, se resolverá de acuerdo a lo establecido en la sentencia T-594 de 2007, en donde se manifiesta que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación que tiene Coomeva de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.”

todos los tratamientos, medicamentos, apoyo diagnóstico y demás servicios que permitan llegar al fin último que, como se indicó, corresponde a la garantía del mejor estado de salud físico y mental posible para todas las personas.

En igual sentido, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos expuestos por la accionante desde el libelo introductor, para resolver sobre la procedencia o no de las peticiones del presente asunto, conviene memorar, el criterio que frente al tratamiento médico de enfermedades catastróficas como la padecida por el cónyuge de la demandante, ha expuesto la Honorable Corte Constitucional, entre otras en la sentencia T-081 de 2016 donde señaló:

“(…)

A quienes padecen enfermedades catastróficas, como el cáncer, se les debe garantizar siempre un tratamiento integral.

El tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”. (Negrilla fuera del texto)

Particularmente, este tratamiento debe garantizarse siempre a quienes sean diagnosticados con cáncer, debido a que esta es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta. Este tratamiento debe ser prestado por el personal médico y administrativo, teniendo en cuenta los riesgos latentes de que se cause un perjuicio irremediable sobre la salud y la vida del paciente. (Negrilla fuera del texto)

El tratamiento integral también implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica. (Negrilla fuera del texto)

Debe tenerse en cuenta que estos pacientes, por sus padecimientos, no están en la misma capacidad que los demás para gestionar la defensa de sus derechos, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente desde el inicio hasta el fin de la enfermedad, de tal forma que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.”

En la misma dirección, conviene memorar que el suministro de servicios médicos, incluyendo la entrega de medicamentos ha sido objeto de pronunciamiento por

parte de la Corte Constitucional, en las que entre otras cosas se exige “*Que el servicio haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, o aun no siendo así, la entidad no haya desvirtuado con razones científicas la necesidad de un tratamiento ordenado por un facultativo de carácter particular*”⁴

Igualmente, en sentencia T -098 de 2016, la Corte advirtió la configuración de la vulneración de los derechos de un paciente, al omitir la entrega de medicamentos oportunamente, en la medida a que ello equivale a la interrupción del tratamiento médico, lo cual expuso en los siguientes términos:

“La Corte reconoce que la dilación injustificada en el suministro de medicamentos, por lo general implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por ello, la entrega tardía o inoportuna de los medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud. Bajo esta perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos.

(...)

*Tanto la jurisprudencia constitucional como la normativa que regula la materia, reconocen **que una de las obligaciones correlativas al derecho fundamental a la salud, es el suministro de los medicamentos de manera oportuna, eficiente, integral y continua**, con el fin de eliminar barreras que impidan su acceso.”*

Del mismo modo, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por la falladora de primer grado para soportar su decisión, es menester traer a colación, el criterio sentado por la Corte Constitucional en cuanto al acceso a los servicios de salud los cuales deben ser oportunos, eficientes y de calidad, como así se consignó en aparte pertinente de la Sentencia T-163 de 2013, que a continuación se cita:

“Las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran. Por esta razón, ha dicho que una entidad viola el derecho a la salud en cualquiera de los regímenes previstos en la Ley 100 de 1993, si se constata que ha negado la autorización de un servicio incluido en el plan obligatorio, o un servicio excluido de él. En este último caso, ello se justifica en las ocasiones en

⁴ Sentencia T - 070 de 2012.

que el servicio ha sido ordenado por el médico tratante, su realización implica la vida y la integridad de quien lo requiere, y no puede ser sustituido por otro que haga parte del plan obligatorio. La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad.

*Estos componentes del derecho a la salud se desconocen principalmente cuando el servicio ha sido autorizado por la entidad prestadora de salud pero la persona no tiene acceso material a él, en el momento y las condiciones necesarias para que contribuyan efectivamente a la recuperación o control de la enfermedad. La Corte ha dicho que **el servicio debe prestarse en un tiempo y modo conveniente. De lo contrario se amenaza gravemente la salud de la persona que deberá someterse, por ejemplo, a un intenso dolor o al deterioro de su patología.** ”*
(Negrilla de la Sala)

En la misma línea se pronunció en sentencia T-195 de 2010:

“4. Derecho a que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud que se requieran, con calidad, eficacia y oportunidad

Todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios que requieran, es decir, aquellos indispensables para conservar la salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o la dignidad. En ese sentido, las empresas prestadoras de salud (del régimen contributivo y subsidiado), están en el deber de garantizar dicha prerrogativa sin importar si los servicios requeridos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido.

Por consiguiente, “si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.”

Ahora bien, este derecho que tienen los usuarios del sistema de seguridad social en salud, implica que el acceso al servicio se realice de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Así, en los eventos en los que un servicio médico que se requiera - incluido en el POS – haya sido reconocido por la entidad en cuestión pero su prestación no se garantizó oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, se presenta una violación del derecho a la salud y el mismo debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional. En ese sentido, cuando “el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.”

De forma similar, esta Corporación ha enfatizado en que los servicios de salud que se presten a los usuarios deben ser de calidad.

(...)

El principio de integralidad, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido asociado con la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante. Al respecto ha dicho esta Corporación que “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”

(...)

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas. (Negrilla de la Sala).”

Así pues, advierte la Corporación según las pruebas acopiadas al expediente, el 12 de junio de 2017, luego de una consulta ambulatoria, le fue ordenado a HUGO FERNANDEZ BARRETO, entre otras, el medicamento NIVOLUMAB 100 MG SOLUCIÓN (folio 32) por el médico MIGUEL ADOLFO PARDO quien está adscrito a la red de prestadores de COSMITET LTDA (folios 29 a 32), consignándose dentro de la “*enfermedad actual*” de la historia clínica, lo siguiente:

“Paciente tomo medicamento hasta el 25 de mayo del 2017, pero alcanzó en ese corto tiempo desarrollo dificultad para respirar y empeoro su aspecto general. Además fue evaluado por radioterapia (Dr. Restrepo) y que lo encontró lógicamente que había aumentado la enfermedad y la posibilidad de cambio de esquema de quimioterapia”

El medicamento prescrito, según se advierte a folios 53 a 55, fue adquirido de manera particular por el paciente en la FUNDACIÓN COLOMBIANA DE CANCEROLOGÍA CLÍNICA VIDA el 14 de junio de 2017 (dos días después de la orden), cancelando la suma de \$13.400.000.

Ahora, aunque en el expediente no se evidencia de manera palmaria la razón por la que el medicamento anterior no fue suministrado por COSMITET, pese a ser ordenado por un médico adscrito a su red, así como tampoco son claras las razones de una eventual negativa por parte de la demandada, lo cierto es que a lo largo de los tratamientos de quimioterapia recibidos por el esposo de la demandante, fue necesario presentar múltiples incidentes de desacato para obtener la entrega de los mismos (folios 49 a 51, 61 a 63), dada la tardanza presentada por la pasiva en la entrega de los medicamentos, precisándose sobre tal aseveración, que si bien la tutela se presentó de manera inicial para obtener la entrega de un suplemento alimenticio (folios 6 a 10), el juez constitucional consideró viable no solo disponer el suministro del mismo, sino también amparar el tratamiento integral del paciente frente a su patología de cáncer renal, de allí que la negativa o falta de oportunidad en la entrega de un insumo, medicamento, procedimiento, intervención, entre otros, relacionado directamente con esa enfermedad, se encontrara cubierto con la sentencia de tutela. De hecho, en el plenario se observa escrito radicado el 20 de junio de 2017 –posterior a la compra de la primera dosis de NIVOLUMAB adquirida el 14 de junio de ese año- ante el Juzgado 7 Civil Municipal de Pereira (juez constitucional de primer grado) en el que solicita se de trámite a un nuevo incidente de desacato para la entrega del medicamento “NIVOLUMAB 100 mg solución 10ml (OPDIVO), el cual requería cada 15 días exactamente, en la cual indica (folios 24 a 27):

“(…) aplicar LAS SANCIONES que corresponda para que COSMITET me haga entrega del “medicamento NIVOLUMAB 100 mg solución 10 ml (OPDIVO) 3MG X Kg, cada 15 días exactamente, quimioterapia que debe ser suministrada vía intravenosa, pues debido al incumplimiento de la entidad a la entrega de la quimioterapia anterior como fue advertida ésta en el desacato anterior, desarrollé resistencia al medicamento lo cual agravó mi situación de salud y la empeoró al punto que me es formulada esta nueva, para evitar el mismo incidente y que se acorte el periodo de respuestas clínicas descritas en la literatura mundial para estos casos”.

Allí también consignó que “al ir a COSMITET a solicitar lo que necesitaba me manifestaron verbalmente y luego por escrito que “ NO SE AUTORIZA LA ENTREGA DE ESTE MEDICAMENTO, DEBIDO A QUE NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIO “ y seguidamente que “ EL MEDICAMENTO NO ESTA DISPONIBLE, QUE HACE OCHO (8) DÍAS O SOLICITARON A CALI”.

Además de lo anterior, no puede perderse de vista, de acuerdo con la historia clínica el señor HUGO FERNANDEZ este desarrolló múltiples metástasis en diferentes zonas de su cuerpo, razón por la cual su estado de salud cada día se disminuía o deterioraba, lo cual necesariamente implicaba actuar con mayor diligencia frente a los tratamientos y cuidados que recibía con el fin de extender el mayor tiempo posible su vida.

Por otro lado, aunque la demandada asegura, tanto en su contestación como en la impugnación, que atendiendo los criterios médicos no se tuvo en cuenta el periodo de descanso que debe existir entre uno y otro esquema de quimioterapia, lo cierto es que tales argumentaciones no se encuentran probadas de manera idónea en autos, pues no existe en el expediente ningún concepto médico que soporte lo dicho por la encartada, a partir de lo cual se pueda determinar que los familiares del paciente se apresuraron en adquirir un medicamento que en todo caso pensaba ser suministrado, y que el señor HUGO FERNANDEZ estaba en condiciones de esperar a que COSMITET entregara el mismo, anotándose, tal circunstancia no quedó registrada en la historia clínica diligenciada por el profesional de la salud que emitió la orden.

Y es que, según las notas de enfermería del 15 de junio de 2017 -día siguiente a la adquisición del medicamento-, registrada en la historia clínica de la Corporación Médica, que se allegara con el escrito contestatorio por parte de COSMITET (CD folio 201), en esa calenda fue aplicada la quimioterapia, dejándose constancia que se encontraba en trámite la autorización por COSMITET, pero en manera alguna la imposibilidad de proceder a suministrar el mismo por no transcurrir el tiempo mínimo entre uno y otro esquema de quimioterapias.

Con todo, para la Sala, aunque los medicamentos adquiridos por el señor HUGO FERNANDEZ BARRETO fueron a través de un servicio particular, ello obedeció a las dificultades para acceder de manera oportuna a través de la entidad a la que se encuentra afiliado y la necesidad de no perder la continuidad de su tratamiento, el cual resultaba indispensable para paliar sus alteraciones y prolongar su vida.

En esa dirección, debe señalarse a juicio de esta Corporación, resulta más que comprensible que ante la tardanza de la entidad para la prestación efectiva de los servicios médicos ordenados al paciente, este accediera a los mismos como

usuario particular, y en ese orden, dado que tal circunstancia derivó de la falta de oportunidad y eficiencia en el servicio prestado por la demandada, no es de recibo que pretenda ahora, evadir las consecuencias de su omisión, pues para esta Sala, la decisión del demandante y su cónyuge, resulta más que justificada, en consideración al criterio médico expuesto por el galeno que lo atendió.

De otra parte, pese a que COSMITET LTDA alega que lo pretendido no se enmarca dentro de ninguna de las situaciones establecidas en el manual del usuario del FOMAG para proceder al reembolso, lo cierto es que, tal como se citó en apartes anteriores, en dicho instrumento esta previsto que *“En caso de no entregar los medicamentos **dentro de las 24 horas**, el afiliado o sus beneficiarios, lo podrán comprar y el valor del mismo deberá ser reembolsado por el prestador de salud”*. De allí que si este prevista la posibilidad para el paciente o sus familiares de recobrar los dineros que hayan debido emplear en la adquisición de medicamentos no suministrados oportunamente por esa entidad.

Corolario de todo lo anterior, resulta apropiada la decisión de primer grado, en cuanto dispuso el reembolso de los gastos médicos en que debió incurrir el señor HUGO FERNANDEZ BARRETO motivo por la cual, no hay lugar a acoger de manera propicia los argumentos esgrimidos por el apoderado de la encartada en su escrito de impugnación.

Por otra parte, en lo que toca a la legitimación en la causa por activa, valga señalar, contrario a lo referido por la demandada, sí se encuentra satisfecho dicho presupuesto pues la señora MARIA FANNY MONSALVE MARIN en su calidad de cónyuge del causante (folio 142), podía accionar el aparato jurisdiccional para procurar el reembolso de los gastos en nombre de este, cosa distinta es que sea ella la directa beneficiaria de tales dineros, pues como bien lo determinó la Superintendencia, estos deberán integrar la masa sucesoral del señor FERNANDEZ BARRETO.

De lo que viene de analizarse, habrá de confirmarse la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

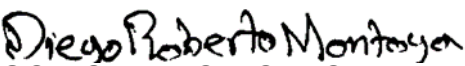
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

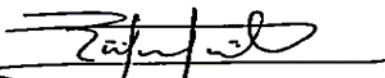
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

En uso de permiso

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR SERVIOLA S.A. CONTRA CRUZ
BLANCA E.P.S. (RAD. 00 2021 01142 01).**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021) estando la Sala de Decisión reunida se procede a dictar de plano la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de la apelación presentada por la apoderada judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, el pasado 4 de mayo de 2020 (folios 80 a 85), en la que se resolvió

“PRIMERO: RECONOCER Personería Jurídica a la Doctora ALEXANDRA ACOSTA PEÑA identificada con cédula de ciudadanía No. 52.964.441, con tarjeta Profesional No. 338.420 del Consejo Superior de la Judicatura, para obrar dentro del presente proceso, conforme al poder conferido, como apoderada especial de la EPS CRUZ BLANCA hoy en LIQUIDACIÓN.

SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad SERVIOLA S.A.S a través de su apoderada especial, en contra de CRUZ BLANCA EPS hoy en LIQUIDACIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a CRUZ BLANCA EPS pagar la suma de DOS MILLONES DOCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$2.012.667.00) con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor del DEMANDANTE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: NO ACCEDER a la pretensión de intereses moratorios solicitada por la parte DEMANDANTE.

QUINTO: ORDENAR a CRUZ BLANCA EPS en LIQUIDACIÓN pagar la suma CIEN MIL SEISCIENTOS TRECE MIL PESOS MCTE (sic) (100.613,00) en favor de la sociedad SERVIOLA SAS por concepto de agencias en derecho, correspondiente al 5% de la pretensión reconocida, pago que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia.

SEXTO: ADVERTIR que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL – CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

SEPTIMO: NOTIFICAR la presente sentencia enviando copia de esta al DEMANDANTE al correo electrónico jbravo@bu.com.co, cmutisj@bu.com.co, jsierra@bu.com.co, al AGENTE LIQUIDADOR de CRUZ BLANCA E.P.S., en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación y a la apoderada del DEMANDADO en la dirección abogadoprocesos@cruzblanca.com.co.

PARAGRAFO 1: Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega del presente auto, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado. Cuando la notificación se haga a un correo electrónico, esta se considerará surtida en la fecha en que el sistema emita reporte de entrega.

PARAGRAFO 2: Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia judicial se publicará en la página web de la entidad.”

Inconformes con la decisión los apoderados judiciales de ambas partes la apelaron, sin embargo, el recurso le fue negado a la E.P.S. demandada toda vez que se omitió incorporar el poder de quien actuaba en nombre de esa sociedad.

Por su parte la demandante, sostiene, la Superintendencia de Salud al efectuar el análisis del reconocimiento de las incapacidades pretendidas incurrió en varios errores, a saber: de una parte, se accedió a la excepción de prescripción que formulara la encartada con fundamento en que no existía documento idóneo que certificara que SERVIOLA solicitó el respectivo cobro a la EPS y que esta se negó a su pago, por ende que haya interrumpido el término prescriptivo frente a las incapacidades número 2151190 de 21 de noviembre de 2013 y 4395970 del 14 de diciembre de 2013.

En ese sentido, indicó, la primera fue reclamada ante la EPS CRUZ BLANCA el 19 de diciembre de 2013 con radicado consecutivo 52415919_1 al término de la incapacidad total por 98 días, y la segunda, el 8 de marzo de 2017 con radicación 1030570567_1, las que sumadas ascienden a \$5.641.762, que deberán ser adicionadas en la sentencia.

En ese sentido, reitera, en su calidad de empleador solicitó el pago de las incapacidades, con lo cual interrumpió la prescripción, sin que tenga por qué soportar el retraso del reembolso *“ni mucho menos probar la negativa de las solicitudes de cobro”*.

Por otra parte, señala, con relación a la absolución del pago de intereses moratorios, los documentos allegados con la demanda reflejan claramente la solicitud de cobro efectuada a la EPS, incluso, dice, en el cuerpo petitorio de la demanda y en el Excel adjunto, dejó relacionados cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso, advirtiendo, como las solicitudes se hicieron por medio electrónico, no fue posible obtener la totalidad del cruce de la información con las bases del portal de la demandada.

Igualmente pide se tenga en cuenta que CRUZ BLANCA en su contestación no hizo referencia alguna frente a la reclamación *“lo cual significa la aceptación de su existencia de acuerdo con la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.”*

Sostiene, la decisión viola de manera directa lo previsto en los artículos 206 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 2° del artículo 2.1.1.13 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 del Sector Salud, especialmente en cuanto al pago de prestaciones económicas y que refieren a los plazos, perentorios y de obligatorio cumplimiento, para que las EPS efectúen el pago de las incapacidades médicas y licencias de maternidad, sin que se hayan contemplado excepciones ni requisitos adicionales.

Con todo, asevera, es jurídicamente procedente el reconocimiento de los intereses de mora hasta la fecha efectiva en que se efectuó el pago de las incapacidades por parte de la entidad demandada, lo cual desde la presentación de las cuentas de cobro solo vino a ocurrir para las 5 incapacidades pagadas, identificadas con No. 10005758784, 5656432, 25122, 6242848 y 6231595, después de radicada y notificada la presente demanda (folios 103 a 105).

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, la Sala Laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, en virtud de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política¹.

Así pues, constituyeron los anhelos de la sociedad SERVIOLA S.A.S se ordene a CRUZ BLANCA EPS, reconocer y pagar a su favor las siguientes licencias de maternidad:

INC RADICACIÓN	FECHA INGRESO	ID. EMPLEADO	No. INCAP	F. INICIO INCAP	DIAS	VALOR TOTAL INCAP	IBC LIQUIDACIÓN	Consecutivo
366908	5/10/2012	52415919	2151190	21/11/2013	98	3686662	1128583	52415919_1
420339	8/07/2013	53061930	2398313	26/09/2014	98	2012234	616000	53061930_1
530775	9/07/2015	1022397028	10005758784	31/03/2016	98	2252138	689455	1022397028_1
523112	9/06/2015	1022403967	5656432	8/02/2016	98	2252138	689455	1022403967_1
354044	23/11/2012	1026271235	25122	21/08/2013	112	2337664	626189	1026271235_1
364898	14/01/2013	1030570567	4395970	14/12/2013	98	1955100	598500	1030570567_1
600860	6/12/2016	1032487189	6242848	29/05/2017	14	404292	866354	1032487189_1
597279	21/05/2016	1109491473	6231595	16/05/2017	126	3380958	804990	1109491473_2

Además, pide se reconozcan a su favor los intereses moratorios de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 y las costas (folios 2 y 3).

Como sustento de sus peticiones, se invocan los siguientes supuestos fácticos (folios 1 y 2):

- Sostiene, “ACTIVOS S.A.” (sic) suscribió contrato de trabajo con las siguientes personas:

No.	Trabajador	I.D.	Fecha de inicio contrato
1	ELSA GUERRERO GUERRERO	54415919	5/10/2012
2	LEIDY PAOLA URUEÑA BOCANEGRA	53061930	8/07/2013
3	LUISA FERNANDA LEGUIZAMON CALDERON	1022397028	9/07/2015
4	AURA CRISTINA TRIANA AYA	1022403967	9/06/2015

¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

5	YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO	1026271235	23/11/2012
6	JESSICA PAOLA GALLEGUO JIMENEZ	1030570567	14/01/2013
7	TANIA LORENA ALDANA PRIETO	1032487189	6/12/2016
8	YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA	1109491473	21/05/2016

- Asegura, tales trabajadoras se encuentran afiliadas en calidad de cotizantes dependientes del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.
- Refiere, en vigencia de las respectivas relaciones laborales con la Compañía, las trabajadoras presentaron licencias de maternidad, las cuales fueron expedidas por profesionales de la salud adscritos a la EPS demandada o debidamente transcritas, así:

FECHA INGRESO	ID. EMPLEADO	No. INCAP	F. INICIO INCAP	DIA S	OBSERVACIÓN DETALLADA	VALOR TOTAL INCAP	IBC LIQUIDACIÓN	Consecutivo
5/10/2012	52415919	2151190	21/11/2013	98	RADICADO 18-DIC-2013	\$ 3.686.662,00	\$ 1.128.583,00	52415919_1
8/07/2013	53061930	2398313	26/09/2014	98	RADICADA 09-10-2014	\$ 2.012.234,00	\$ 616.000,00	53061930_1
9/07/2015	1022397028	10005758784	31/03/2016	98	RADICADA EN CUENTA DE COBRO 03-MAY-2017	\$ 2.252.138,00	\$ 689.455,00	1022397028_1
9/06/2015	1022403967	5656432	8/02/2016	98	RADICADA EN CUENTA DE COBRO 03-MAY-2017	\$ 2.252.138,00	\$ 689.455,00	1022403967_1
23/11/2012	1026271235	25122	21/08/2013	112	EPS LIQUIDA CON 580,013 mientras SERVIOLA sobre 626,189	\$ 2.337.664,00	\$ 626.189,00	1026271235_1
14/01/2013	1030570567	4395970	14/12/2013	98	RADICADA EN CUENTA DE COBORO 08-MAR-2017	\$ 1.955.100,00	\$ 598.500,00	1030570567_1
6/12/2016	1032487189	6242848	29/05/2017	14	RADICADA EN CUENTA DE COBRO 18-JUL-2017	\$ 404.292,00	\$ 866.354,00	1032487189_1
21/05/2016	1109491473	6231595	16/05/2017	126	RADICADA EN CUENTA DE COBRO 18-JUL-2017	\$ 3.380.958,00	\$ 804.990,00	1109491473_2

- Menciona, respecto de cada una de las licencias de maternidad presentó solicitud de pago ante la E.P.S.
- Alude, a la fecha de presentación de la demanda, la llamada a juicio se ha negado a pagar las incapacidades en los montos correspondientes pese a hacer requerido su pago de acuerdo con los consecutivos relacionados.
- Comenta, durante la vigencia de la relación laboral, pagó de manera completa y oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales y nunca ha estado en mora.

La demanda se admitió mediante proveído del 29 de diciembre de 2017 (folio 21) oportunidad en la que, además, se requirió a la accionante para que allegara copia de las licencias de maternidad reclamadas, así como las historias clínicas faltantes de las trabajadoras relacionadas en la demanda, los recibos de pago o comprobantes de nómina en los que se verifique el pago total de las licencias de maternidad y copia de los registros civiles donde conste el nacimiento del menor.

Surtido el trámite procesal correspondiente, CRUZ BLANCA E.P.S, mediante escrito radicado el 16 de febrero de 2018 (folios 28 a 33) dio contestación al libelo. En ese sentido, indicó es cierto que las afiliadas referidas en la demanda presentaron incapacidad, mismas que fueron otorgadas por profesionales médicos adscritos a la IPS que prestan servicios de salud para esa entidad.

Acepta que la sociedad convocante reclamó ante esa EPS el pago de las licencias de maternidad que conforman el petitum, pero aduce no ser cierto que se haya negado a pagar, pues procedió a cancelar aquellas que fueron radicadas dentro del término oportuno y conforme a la Ley 1438 de 2011.

Propuso en su defensa las excepciones que denominó “*pago total de la obligación*”, hecho superado y prescripción.

Frente a la primera indicó, CRUZ BLANCA EPS canceló a la sociedad demandante SERVIOLA S.A.S la suma de \$9.452.839 por las incapacidades expedidas a favor de LUISA FERNANDA LEGUIZAMON CALDERON, AURA CRISTINA TRIANA AYA, YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO, TANIA LORENA ALDANA PRIETO y YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA.

En lo que toca a la prescripción, señaló las incapacidades No. 2151190 de 21 de noviembre de 2013, 2398313 del 26 de septiembre de 2014 y 4395970 del 14 de diciembre de 2013, se encuentran afectadas por dicho fenómeno toda vez que ha transcurrido el término de 3 años concedido por la norma, sin que se solicitara su pago a esa EPS.

Por último, advierte, las pretensiones carecen de fundamento jurídico dado que el hecho que las generó se encuentra superado de manera favorable para ambas partes.

Mediante correo del 27 de febrero de 2020, en respuesta al requerimiento efectuado por la Superintendencia en esa misma fecha, la sociedad demandante informó que de las 16 licencias de maternidad reclamadas (sic), únicamente ha recibido el reconocimiento económico de 10 (folio 79).

De tal manera, conforme los supuestos fácticos señalados, y el acervo probatorio recaudado, la Juzgadora inicial mediante providencia del 4 de mayo de 2020 (folios 80 a 85) accedió parcialmente a las pretensiones elevadas por la demandante. Para arribar a tal conclusión, consideró, se encontraba debidamente probada la relación laboral de las trabajadoras relacionadas en la demanda con la sociedad demandante, así como que estas se encontraban afiliadas al sistema de seguridad social en salud a través de CRUZ BLANCA EPS, siendo beneficiarias de las prestaciones económicas del régimen contributivo. Además, tuvo por probada la emisión de las respectivas licencias de maternidad.

Respecto al pago de la obligación alegado por la convocada a juicio, halló debidamente canceladas las siguientes licencias de maternidad:

NOMBRE TRABAJADORA	CEDULA	No. LICENCIA/INCAPACIDAD	F. INICIO	F. FINAL
LUISA FERNANDA LEGUIZAMOS (sic) CALDERON	1022397028	10005758784	31/03/2016	7/07/2016
AURA CRSTINA TRIANA AYA	1022403967	5656432	8/02/2016	15/05/2016
YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO	1026271235	25122	21/08/2013	11/12/2013
TANIA LORENA ALDANA PRIETO	1032487189	6242848	29/05/2017	12/06/2017
YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA	1109491473	6231595	16/05/2017	19/09/2017

En relación a la prescripción, indicó, en el expediente no había ninguna misiva clara dirigida a la demandada en la cual reclamara el reembolso de lo pagado por cuenta de la prestación económica a favor de la trabajadora, por lo que, al no presentarse la misma, no se interrumpió el término de prescripción, y al haber sido incoada la demanda el 15 de noviembre de 2017, operó la prescripción respecto de las licencias de maternidad No. 2151190 y 4395970.

Con todo, solo estimó viable el pago de la licencia pagada a favor de la señora LEYDI PAOLA UREÑA BOCANEGRA, la cual liquidó en cuantía de \$2.012.266,67.

En lo que toca a los intereses moratorios, no encontró evidencia dentro del plenario que diera cuenta clara del requerimiento realizado ante la EPS, ni de la negativa de la entidad en el reconocimiento y pago de la prestación, razón por la cual negó los mismos, concediendo en subsidio la indexación.

En este orden, en virtud del principio de consonancia, procede la Sala a resolver el objeto de la apelación, en los puntos concretos objeto de censura, pues recuérdese que son los recurrentes quienes delimitan el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Así las cosas en primer lugar, es del caso señalar, no es objeto de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos determinados por el *a quo*, frente a los cuales no se formuló reparo alguno en la alzada:

- i) Que ELSA GUERRERO GUERRERO, LEYDI PAOLA URUEÑA BOCANEGRA, LUISA FERNANDA LEGUIZAMON CALDERON, AURA CRISTINA TRIANA AYA, YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO, JESSICA PAOLA GALLEGRO JIMENEZ, TANIA LORENA ALDANA PRIETO, y YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA, están vinculados mediante contrato de trabajo a la sociedad SERVIOLA S.A.S, demandante dentro del presente trámite, y se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo.
- ii) Que CRUZ BLANCA E.P.S expidió a favor de las mentadas trabajadoras las siguientes licencias de maternidad, las cuales fueron reconocidas y pagadas a estos por SERVIOLA S.A.:

NO.	NOMBRE TRABAJADORA	CEDULA	No. LICENCIA/INCAP	F. INICIO	F. FINAL	TOTAL DIAS
1	ELSA GUERRERO GUERRERO	52.415.919,00	2151190	21/11/2013	27/02/2014	98
2	LEIDY PAOLA UREÑA BOCANEGRA	53.061.930,00	2398313	26/09/2014	2/01/2015	98
3	LUISA FERNANDA LEGUIZAMOS CALDERON	1.022.397.028,00	10005758784	31/03/2016	7/07/2016	98
4	AURA CRSTINA TRIANA AYA	1.022.403.967,00	5656432	8/02/2016	15/05/2016	98
5	YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO	1.026.271.235,00	25122	21/08/2013	11/12/2013	112
6	JESSICA PAOLA GALLEGRO JIMENEZ	1.030.570.567,00	4395970	14/12/2013	22/03/2014	98
7	TANIA LORENA ALDANA PRIETO	1.032.487.189,00	6242848	29/05/2017	12/06/2017	14
8	YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA	1.109.491.473,00	6231595	16/05/2017	19/09/2017	126

- iii) Que la sociedad demandante cumplió con los presupuestos exigidos por la legislación vigente para hacerse beneficiaria del reembolso de la licencia pagada a favor de LEIDY PAOLA UREÑA BOCANEGRA, a cargo del sistema general de seguridad social en salud y por ende tiene derecho a que CRUZ BLANCA E.P.S le reembolse la misma en cuantía de \$2.012.266,67, situación determinada por la juez de primer grado respecto de la cual no se formuló reparo alguno en el alzada.
- iv) Que de las licencias de maternidad cobradas a través del presente proceso, CRUZ BLANCA E.P.S. pagó totalmente las siguientes:

NOMBRE TRABAJADORA	CEDULA	No. LICENCIA/INCAPACIDAD	F. INICIO	F. FINAL
LUISA FERNANDA LEGUIZAMOS CALDERON	1022397028	10005758784	31/03/2016	7/07/2016
AURA CRSTINA TRIANA AYA	1022403967	5656432	8/02/2016	15/05/2016
YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO	1026271235	25122	21/08/2013	11/12/2013
TANIA LORENA ALDANA PRIETO	1032487189	6242848	29/05/2017	12/06/2017
YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA	1109491473	6231595	16/05/2017	19/09/2017

Bajo tal entendido, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala se circunscriben en determinar por una parte, si las incapacidades No. 2151190 de 21 de noviembre de 2013 y 4395970 del 14 de diciembre de 2013 están afectadas por el fenómeno prescriptivo y, de otra, establecer si hay lugar a imponer el pago de intereses moratorios.

Así pues, para resolver de fondo el primer interrogante propuesto, parte la Sala por indicar, en materia laboral, los derechos no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado, así lo dispuso el artículo 488 del C.S.T al preceptuar:

“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”

En iguales términos se refiere el artículo 151 del C.P.T y la S.S., el que en su tenor literal dispone:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se

haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Ahora bien, según el artículo 489 del C.S.T, la prescripción se interrumpe como consecuencia del reclamo que por escrito se realice, la que se puede dar por una sola vez, restableciendo los términos para que opere dicho fenómeno, es decir, empiezan a contar de nuevo los tres años. En este punto es importante anotar que para prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas incapacidades que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno prescriptivo una vez superado tanto el lapso de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos.

Así mismo, debe tenerse en cuenta, al tenor del artículo 28 del Ley 1438 de 2011², el término trienal de prescripción para solicitar el reembolso del valor de las prestaciones económicas, se cuenta a partir de la fecha en que este hizo el pago al trabajador.

En el caso de marras, frente a las incapacidades sobre las que versa la alzada, se tiene que la actora pagó a sus trabajadoras las licencias de maternidad respectivas, en las siguientes calendas:

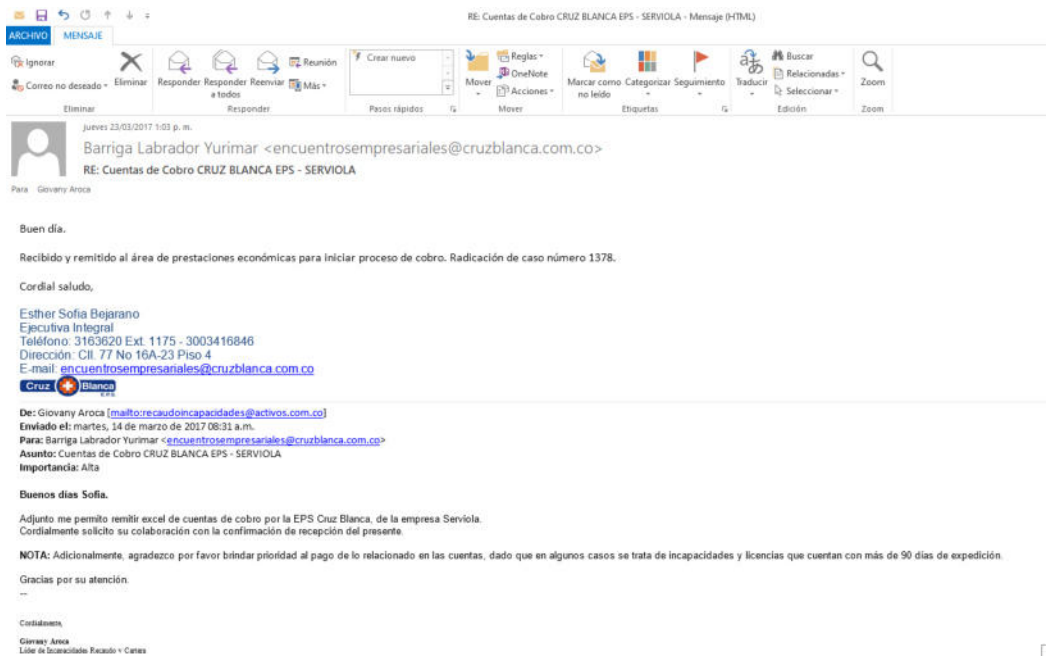
NO.	NOMBRE TRABAJADORA	No. LICENCIA/IN CAPACIDAD	F. INICIO	F. FINAL	TOTAL DIAS	FECHA PAGO EMPLEADOR	FOLIO
1	ELSA GUERRERO GUERRERO	2151190	21/11/2013	27/02/2014	98	ene-14	CD FOLIO20
2	JESSICA PAOLA GALLEG0 JIMENEZ	4395970	14/12/2013	22/03/2014	98	mar-14	CD FOLIO20

Ahora, revisado el elenco probatorio no se halló reclamación alguna efectuada por la demandante respecto de la licencia de maternidad otorgada y pagada a favor de ELSA GUERRERO GUERRERO, por lo que, atendiendo que la demanda fue radicada el 15 de noviembre de 2017 (folio 1), claro resulta que operó el fenómeno prescriptivo respecto de esta prestación dada su falta de reclamación oportuna, esto es, dentro de los 3 años siguientes a su pago por parte del empleador.

² ARTÍCULO 28°. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOUCITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. a derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

Al respecto es importante anotar, aunque desde la contestación de la demanda la EPS convocada a juicio admitió haber recibido las reclamaciones respectivas por parte de la sociedad demandante (ver respuesta hecho cuarto, folio 30), lo cierto es que en el mentado supuesto fáctico no se especificó la fecha en que la misma se realizó, desconociéndose por tanto la calenda real en la que pudo operar la interrupción de la prescripción alegada frente a esta incapacidad.

De otro lado, con relación a la licencia emitida a favor de JESSICA PAOLA GALLEGO JIMENEZ, se advierte de la documental incorporada por la actora en medio magnético, que la reclamación ante la EPS se presentó el 14 de marzo de 2017 a través de correo electrónico, en cuyo listado anexo se relacionó la prestación cancelada a esta trabajadora, frente a la cual la demandada acusó recibido el 23 de marzo de 2017 y asignó radicado No. 1378, como se ve a continuación:



Atendiendo tales circunstancias, en este puntual caso –licencia No. 4395970–, contrario a lo concluido por la juzgadora de primer grado, no operó el fenómeno prescriptivo pues este se interrumpió con la reclamación que se hiciera ante la EPS y no transcurrió el término trienal entre esta fecha –14 de marzo de 2017- y la presentación de la acción -15 de noviembre de 2017, folio 1-.

En ese orden, satisfechos como se encuentran los presupuestos para que proceda el reconocimiento del reembolso, se procede a liquidar la prestación en los siguientes términos:

PERIODO DE LICENCIA DE MATERNIDAD:

Del 14 de diciembre de 2013 al 22 de marzo de 2014

INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (CD folio 20)

\$589.500 (Salario fijo)

FÓRMULA (SALARIO X DÍAS DE LICENCIA/30)

$$\frac{\$589.500 \times 98}{30}$$

30

VALOR LICENCIA DE MATERNIDAD: \$ 1.925.700,00

Así las cosas, se adicionará la sentencia de primer grado en su numeral segundo, para disponer también el pago del valor antes indicado a favor de la sociedad convocante del juicio.

- De los intereses moratorios

En lo que atañe a la procedencia de los intereses moratorios, se debe tener en cuenta el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, compilado en el artículo 2.2.3.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, el cual dispone:

“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.”

Verificados los medios de prueba adosados, se encontró reclamación efectuada por la demandante ante la EPS, así:

No.	NOMBRE TRABAJADORA	CÉDULA	No. LICENCIA/INCA PACIDAD	FECHA RECLAMACIÓN EPS	FOLIO
1	ELSA GUERRERO GUERRERO	52.415.919	2151190	NO PROBÓ	N/A
2	LEIDY PAOLA UREÑA BOCANEGRA	53.061.930	2398313	NO PROBÓ	N/A
3	LUISA FERNANDA LEGUIZAMOS CALDERON	1.022.397.028	10005758784	3/05/2017	CD FOLIO 20
4	AURA CRISTINA TRIANA AYA	1.022.403.967	5656432	3/05/2017	CD FOLIO 20
5	YISETH LILIANA GARCIA AGUDELO	1.026.271.235	25122	NO PROBÓ	N/A
6	JESSICA PAOLA GALLEGO JIMENEZ	1.030.570.567	4395970	14/03/2017	CD FOLIO 20
7	TANIA LORENA ALDANA PRIETO	1.032.487.189	6242848	18/07/2017	CD FOLIO 20
8	YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA	1.109.491.473	6231595	18/07/2017	CD FOLIO 20

Ahora, lo que no se advierte en el dossier es la negativa de la EPS a efectuar el pago, y aunque algunas de ellas fueron canceladas, según se advirtió en la sentencia de primer grado, ello fue por fuera del plazo de 15 días al que se refiere la norma.

De acuerdo a lo anterior, resulta procedente la condena por intereses moratorios frente aquellas licencias de maternidad cuya reclamación se halló acreditada, pues no se encuentra justificación alguna para que la EPS convocada a la litis se abstuviera de efectuar el pago dentro de los plazos previstos en la ley, y en esa medida se ha de ordenar su pago, el cual se deberá contabilizar a partir de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud respectiva efectuada por el aportante –SERVIOLA S.A.S-, atendiendo las calendas anotadas en el recuadro anterior, precisándose que los mismos se causarán hasta la fecha en que se produjo o se produzca el pago de la obligación para aquellas que no han sido objeto de cancelación.

Por tales razones se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en este punto, en tanto absolvió a la encartada del pago de intereses moratorios, para en su lugar disponer el pago de los mismos frente a las licencias reclamadas que se detallaron en el cuadro.

Frente a la licencia concedida a LEIDY PAOLA UREÑA cuyo pago se ordenó en el fallo de la *a quo* a favor de la sociedad actora, como quiera que no obra prueba alguna que dé cuenta de su reclamación ante CRUZ BLANCA y por ende no es posible dispensar intereses moratorios por esta prestación, esta

deberá cancelarse debidamente indexada, tal como fue dispuesto por la Superintendencia.

Agotada la competencia de esta Sala por el estudio de los motivos de impugnación, lo que se sigue la adición del numeral tercero para incluir en la condena el pago de la licencia de maternidad otorgada a la señora JESSICA PAOLA GALLEGO JIMENEZ. Además, se revocará el numeral 4 para en su lugar ordenar el pago de intereses moratorios frente a las licencias de maternidad de LUISA FERNANDA LEGUIZAMOS CALDERON, AURA CRISTINA TRIANA AYA, JESSICA PAOLA GALLEGO JIMENEZ, TANIA LORENA ALDANA PRIETO y YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA, confirmando en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en el sentido de condenar a CRUZ BLANCA EPS S.A., a reembolsar a la sociedad demandante, además de la suma allí indicada, **\$ 1.925.700,00** por concepto de la licencia de maternidad otorgada a la afiliada JESSICA PAOLA GALLEGO JIMENEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

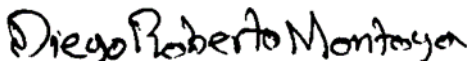
SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia de primer grado y, en su lugar **CONDENAR** a CRUZ BLANCA EPS S.A. a pagar los intereses moratorios sobre las licencias de maternidad otorgadas a las trabajadoras LUISA FERNANDA LEGUIZAMOS CALDERON, AURA CRISTINA TRIANA AYA, JESSICA PAOLA GALLEGO JIMENEZ, TANIA LORENA ALDANA PRIETO y YENNY PATRICIA LOZANO LUCUARA, los cuales deberán contabilizarse a partir de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud respectiva efectuada por SERVIOLA S.A.S y se causarán hasta la fecha en que se produjo o se produzca el pago de la obligación para aquellas que no han sido

objeto de cancelación, en los términos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

En uso de permiso

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- CONTRA CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS (RAD. 00 2021 001091 01).

En Bogotá D.C., Treinta y un (31) días del mes de Agosto de dos mil veintiuno (2021), estando la Sala de Decisión reunida se procede a dictar de plano la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Salud, el pasado 03 de noviembre de 2020 (fls. 59-63), en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER personería para actuar dentro del presente proceso al abogado ***GUILLERMO ALFONSO HERREÑO PEREZ***, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.099.204.431, con tarjeta profesional No. 209.258 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado general de la DEMANDADA, CAFESALUD EPS S.A.

SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda presentada por el apoderado especial de la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACION pagar a favor de la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$157.459) M/CTE, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACION efectuar el pago de intereses moratorios a favor de la UAE DIRECCION

DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN liquidados desde el 05 de marzo de 2018, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de la prestación económica los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

QUINTO. ADVERTIR que la presente providencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL- CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia, enviando copia de la misma al apoderado especial de la entidad DEMANDANTE al correo electrónico (sic) al correo electrónico notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co y al apoderado general de la EPS DEMANDADA en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

PARÁGRAFO 1: Para efectos procesales la notificación se considera surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega del presente auto, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado. Cuando la notificación se haga a un correo electrónico, ésta se considerará surtida en la fecha en que el sistema emita reporte de entrega.

PARAGRAFO 2: Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este despacho, la providencia judicial se publicará en la página web de la entidad.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante –DIAN-, interpuso recurso de apelación (fls.55-56), solicitando se modifique el numeral 3º de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a CAFESALUD EPS pagar una diferencia en favor de la DIAN en el monto de \$1.100.584 y no por el valor determinado en la providencia y que corresponde a la suma de \$157.459, ello teniendo en cuenta que las prestaciones económicas se liquidan con el salario y no con el IBC.

Por su parte, CAFESALUD EPS presentó recurso de apelación (fls.59-61) solicitando que se ordene a la DIAN hacerse parte del proceso liquidatorio, radicando la acreencia para proceder a su pago de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010 y solicita se revoque la condena impuesta por intereses moratorios.

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

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala Laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, en virtud de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política¹.

Constituyeron los anhelos de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- se ordene a CAFESALUD EPS, el pago de la diferencia a su favor por la incapacidad por licencia por enfermedad reconocida al señor JHON JAIME MUNEVAR MUÑOZ en cuantía de \$1.230.518 más los intereses moratorios generados desde la fecha de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el art. 4 del Decreto 1281 de 2002, (fl. 2).

Como sustentó fáctico a las pretensiones, el extremo actor invocó los hechos que se resumen así (fls. 1 y 1vto):

- El servidor público JHON JAIME MUNEVAR MUÑOZ presta sus servicios en la UAE DIAN desde el 18 de febrero de 2009, desempeñando el cargo de GESTOR II Código 2 Grado 02 ubicada en la División de Gestión de Asistencia al cliente – Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira-Nivel Local.
- El mencionado Servidor Público se encuentra afiliado a la Empresa Promotora de Salud CAFESALUD EPS para el mes de marzo de 2016.

¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

- El funcionario público utilizó los servicios médicos prestados por CAFESALUD EPS, generándose una incapacidad de treinta (30) días, desde el 05 de marzo de 2016 al 03 de abril de 2016.
- Mediante Resolución 0722 del 23 de Junio de 2016, la entidad reconoció la licencia por enfermedad al funcionario JHON JAIME MUNEVAR MUÑOZ razón por la cual el pago se efectuó el 31 de Julio de 2016, según consta en el comprobante de nómina (fl. 30).
- A la fecha CAFESALUD EPS ha cancelado las incapacidades reconocidas por la UAE – DIAN y que se encontraban a su cargo de forma parcial y en la suma de \$2.537.549 quedando un saldo de \$1.230.518.
- Aduce haber solicitado y radicado las incapacidades antes referidas para que fueran canceladas por CAFESALUD EPS mediante oficio No. 100214375-262-2018 del 30 de enero de 2018.

Admitida la demanda (fol. 35) se corrió traslado a la accionada y a MEDIMAS para que se pronunciara frente a los hechos de la demanda.

Dentro del término concedido, la encartada CAFESALUD EPS emitió respuesta (fls. 40 medio magnético) manifestando su oposición a lo pretendido argumentando que esa EPS reconoció, liquidó y canceló el 23 de noviembre de 2016 la incapacidad objeto de reclamación.

Por su parte MEDIMAS (fl. 40 medio magnético) se pronunció al respecto indicando que dicha entidad no es la legalmente obligada a reconocer y pagar la incapacidad objeto de reclamo, por cuanto para la fecha de causación de las incapacidades no había entrado en operación siendo la única responsable CAFESALUD EPS.

De tal manera, conforme los supuestos facticos señalados, y el acervo probatorio recaudado, la Juzgadora inicial resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la DIAN, mediante providencia del 18 de septiembre de 2020 (fls. 44-48), condenando a CAFESALUD EPS a reconocer y pagar a favor de la UEA-DIAN la suma de (\$157.459) por concepto de diferencia de la incapacidad objeto de reclamo; tras considerar que durante los periodos de incapacidad derivada de una

enfermedad general el auxilio monetario que reciben por parte del SGSSS se liquida con base en el salario devengado por el afiliado cotizante al momento de dar inicio a la incapacidad, advirtiéndose que resulta inapropiado tomar como Ingreso Base de Liquidación de una prestación económica el IBC porque este puede incluir factores que no son salariales y que pueden llevar a aumentar o disminuir la Base de Cotización generando liquidaciones incorrectas.

Teniendo en cuenta los antecedentes relacionados se observa que no fue motivo de controversia en el trámite del proceso, ni lo es ahora, que al señor JHON JAIME MUNEVAR MUÑOZ se le expidió por parte de CAFESALUD EPS una incapacidad médica del 05 de marzo de 2016 al 03 de abril de 2016 esto es, por un total de 30 días (fl. 17).

En este orden de ideas, el problema jurídico se circunscribe en determinar si se debe ordenar el reajuste de la diferencia que debe pagar CAFESALUD más los correspondientes intereses, para lo cual basta con recordar en materia de salud el Decreto 780 de 2016² establece que para los servidores públicos las cotizaciones se calcularán con base en lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, norma que fue modificada por el Decreto 1158 de 1994 el cual se encuentra compilado en el Decreto 1833 del 2016 y que en su numeral 2.2.3.1.3 establece:

² Sección 2. Ingreso Base de Cotización

Artículo 2.2.1.1.2.1 Base de cotización de los trabajadores con vinculación contractual, legal y reglamentaria y los pensionados. Las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud para los trabajadores afiliados al Régimen Contributivo en ningún caso podrán ser inferiores al equivalente al 12,5% de un salario mínimo legal mensual vigente.

Para los trabajadores del sector privado vinculados mediante contrato de trabajo, la cotización se calculará con base en el salario mensual que aquellos devenguen. Para estos efectos, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte y aquellos pagos respecto de los cuales empleadores y trabajadores hayan convenido expresamente que constituyen salario, de conformidad con lo establecido en los artículos 127, 129 y 130 del Código Sustantivo de Trabajo. No se incluye en esta base de cotización lo correspondiente a subsidio de transporte.

Para los servidores públicos las cotizaciones se calcularán con base en lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral se liquidarán sobre el 70% de dicho salario. Para los pensionados las cotizaciones se calcularán con base en la mesada pensional.

Parágrafo. Cuando el afiliado perciba salario o pensión de dos o más empleadores u ostente simultáneamente la calidad de asalariado e independiente, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, ingreso o pensión devengado de cada uno de ellos.

“ARTÍCULO 2.2.3.1.3. BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados 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.”*

En el mismo sentido el ya mencionado Decreto 780 de 2016, respecto al tema aquí debatido señaló:

“ARTÍCULO 3.2.1.3. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS APORTES EN SALUD. En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se tiene entonces que la base para el cálculo y pago de la incapacidad aquí reclamada, contrario a lo señalado por la Superintendencia de Salud no es el salario devengado por el trabajador sino el salario sobre el cual se cotizó, que si bien en algunos oportunidades deberían ser los mismos, en algunos casos pudo el trabajador haber devengado demás emolumentos en el mes anterior al del acaecimiento de la enfermedad general que incrementó la base con la cual se efectuó la cotización en salud por parte de la DIAN, por ende a juicio de ésta Sala de decisión la base para calcular la incapacidad aquí reclamada debió ser la correspondiente al ingreso base de cotización que la empleadora reportó en la planilla de pago de aportes, y sobre el que se hacen las respectivas cotizaciones conforme a las normas anteriormente descritas.

Sobre este punto, el MINISTERIO DE TRABAJO en concepto No. 100198 del 16 de junio del 2014 señaló:

“La base para calcular el valor del auxilio por incapacidad en enfermedad general es el 66.67% del salario sobre el cual se cotizó en el último mes, para los primeros noventa (90) días de duración de la cesación de labores y del 50% para los siguientes noventa (90) días, excepto, cuando al aplicar las citadas proporciones, el resultado sea inferior al mínimo vigente, caso en el cual la compensación tiene que ser igual al 100% del salario mínimo. Los primeros dos días de incapacidad del trabajador deben ser asumidos por la empresa, conforme a lo establecido por el Decreto 2943 del 17 de Diciembre de 2013, por medio del cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En el caso de autos, se tiene que al expediente se allego la incapacidad No. 3818620, expedida por CAFESALUD EPS al señor JHON JAIME MUNEVAR MUÑOZ por enfermedad general, por el periodo comprendido entre el 05 de marzo de 2016 al 03 de abril de 2016 (fl.17) –valor aquí reclamado- y se anexó copia de la Resolución No. 722 de fecha 23 de Junio de 2016 por treinta (30) días de licencia por enfermedad (fl. 32).

Por ende, y a fin de definir el valor del subsidio por incapacidad se tiene que el IBC reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad fue de **\$5.847.000**, como consta a folio 28 con la planilla de pago de aportes aportada por la entidad demandante; por ende se procederá a efectuar la correspondiente operación aritmética a efectos de determinar si existe o no una diferencia a favor de la accionada así:

$$\underline{\$5.847.000 \times 66.67\% (2/3 \text{ del salario}) \times 28 \text{ días de incapacidad} = \$3.638.315}$$

30

De este modo, como quiera que conforme lo señala la demandante por la incapacidad aquí reclamada le fue cancelada la suma de \$2.537.549 como consta a folio 23 vto y como lo acepta en el hecho No. 6 del escrito demandatorio; se tiene que lo adeudado corresponde a la suma de **\$1.100.766**, no obstante como lo

solicitado por el impugnante es la suma de **\$1.100.584** (ver fl. 56) será esta la suma sobre la cual se ordenará su pago.

Finalmente, en lo que atañe a los fundamentos de apelación, propuestos por CAFESALUD EPS, dirigidos a que se declare la improcedencia de los intereses moratorios por la existencia de una fuerza mayor por el proceso de liquidación forzosa administrativa en que se encuentra la demandada y a que se acceda a la solicitud que se dirige a: ***“ORDENAR al demandante hacerse parte del proceso liquidatorio, radicando la acreencia para proceder a su pago de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010”***

Se advierte que dichas peticiones, no guardan correspondencia alguna con lo debatido en el proceso, ni mucho menos con la condena impartida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, pues, de la lectura de los motivos de inconformidad no se observa argumentación alguna dirigida a controvertir las razones por las cuales la a quo dispuso el reconocimiento y pago de la diferencia por la incapacidad No. 3818624 para el periodo del 05 de marzo al 03 de abril de 2016 y la consecuente condena por intereses moratorios.

Por lo advertido, esta Sala de decisión considera que la alzada interpuesta por CAFESALUD no se encuentra debidamente sustentada y por ende, no cumple con la exigencia establecida en el artículo 57 de la ley 2ª de 1984³, que al tenor literal reza:

“Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición, lo declarara desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho...” (Resaltados de la Sala).

³ Es de anotarse que esa exigencia no fue abolida por el decreto 2289 de 1989, como tampoco por la Ley 794 de 2004, ni por la Ley 712 de 2001, por cuanto la reforma de 1989 se dirigió al procedimiento civil y la Ley 712 de 2001 guardó silencio estimándose que el punto de la sustentación esto es, el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, relativa al procedimiento laboral, no fue tocado por ninguna de las normatividades citadas, además, ahora con mayor razón, en virtud de la exigencia contenida con el principio de consonancia artículo 35 Ley 712 de 2001, cobra importancia el tema de la sustentación en oportunidad legal.

En los términos de la preceptiva transcrita, debe recordarse que quien apela debe exponer las materias que son objeto de inconformidad, sin que se encuentre sometida la alzada a fórmulas sacramentales en su argumentación, resultando suficiente el planteamiento de los temas o materias resueltos por la instancia o que omitió el juzgador resolver, que sean objeto de controversia con la decisión, para habilitar la competencia funcional del Tribunal, provocando así un pronunciamiento sobre ello, así como sobre lo que necesariamente conlleve⁴.

Sobre este tópico además, esto es, el deber de sustentar el recurso de apelación, vale la pena memorar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 26936 del 29 junio de 2006, reiterada en la STL 2964 de 2017, que en lo pertinente enseñó:

“La exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que por regla general se acciona por iniciativa de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez A quo. Tiene carácter excepcional la actuación oficiosa del Ad quem de la jurisdicción laboral, la que la ley confina a los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta. Ciertamente la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior sobre el inferior.

La sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.

No puede reclamar un apelante que el Ad quem resuelva por añadidura a lo que es objeto de disconformidad manifiesta con relación a uno de los aspectos de la

⁴ Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia entre otras, en las sentencias SL 13260 de 2015, SL2764 de 2017, SL 2010 de 2019 y SL 3011 de 2019. En esta última, precisó “De cara al principio de consonancia establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. y a la regla de sustentación del recurso establecida en el artículo 57 de la Ley 2 de 1984, esta Corporación ha reiterado que las cargas nacidas de estas disposiciones comportan para la parte apelante la obligación de exponer las materias que son objeto de inconformidad, sin que sea dable exigirle una presentación exhaustiva de cada uno de los tópicos y argumentos posibles, reprochables a la decisión adoptada en primera instancia.

En este sentido, la Sala también ha sostenido que el recurso de apelación, en materia laboral, no se encuentra sometido a fórmulas sacramentales en su presentación o en su argumentación, sino que es suficiente el planteamiento de las temáticas o materias objeto de censura para abrir la competencia funcional del juez de segundo grado y provocar su pronunciamiento sobre las mismas (ver sentencias CSJ SL13260-2015 y SL2764-2017)”

decisión judicial sobre una de las pretensiones, porque no puede sobreentenderse que la protesta también comprende la resolución sobre otras que debieron ser formuladas de manera expresa en la demanda, o que fueron objeto de consideraciones específicas o de tratamiento separado en la sentencia, o de las que pueden seguir o no a una principal, aunque dependan de éstas para su existencia.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Conforme tales enseñanzas normativas y jurisprudenciales, el recurso de apelación debe ser adecuadamente sustentado. Es decir, sobre el recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de “sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración”⁵, lo cual, para esta Corporación, en autos no ocurrió.

Esa carga de sustentación, en criterio de la Corte, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la providencia que se impugna, es decir, a pesar de que el recurso de apelación no es un medio de impugnación técnico, que deba seguir formas rigurosas, al hacer uso del mismo el recurrente tiene que ser fiel con la finalidad de la litis y de la determinación a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello⁶.

En el examine, como ya se indicó el escrito mediante el cual se apeló no contiene una verdadera sustentación, porque lo expresado en el memorial más bien se trata de una solicitud para conminar al demandante a que se haga parte del proceso liquidatorio, sumado a que no fueron objeto de reparo las razones fácticas y jurídicas en que se fundó el juez del conocimiento para condenar al reconocimiento y pago de la incapacidad reclamada por el actor, ni frente a los motivos por los que se profirió condena por concepto de intereses moratorios.

Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, de conformidad a las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar ordenar a la demandada el pago de la diferencia entre la incapacidad cancelada por la DIAN a su trabajador y la reconocida por CAFESALUD en el monto de **\$1.100.584**, junto con los

⁵ Sentencia SL7220-2016 reiterada en sentencia SL3786 de 2020.

⁶ Sentencia SL3786 de 2020.

intereses moratorios en los términos fijados en primera instancia conforme a lo expuesto.

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

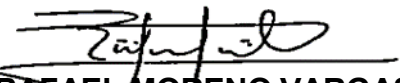
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ordenar a CAFESALUD EPS S.A. en liquidación pagar a favor de la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN, la suma de UN MILLON CIENTO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$1.100.584).

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

En uso de permiso

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-
CONTRA NUEVA EPS (RAD. 2021-01120-01).**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), estando la Sala de Decisión reunida se procede a dictar de plano la siguiente.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN-, contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Salud, el pasado 30 de septiembre del 2020 (fls. 68-70), en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER personería para actuar dentro del presente proceso al abogado ***PAOLO ANDREI AWAZACKO MARTÍNEZ***, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.417.753, con tarjeta profesional No. 265.396 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura como apoderado judicial de la NUEVA EPS S.A.

SEGUNDO: NO ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por el apoderado especial de la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, en contra de la NUEVA EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ADVERTIR que la presente providencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL- CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia, enviando copia de la misma al apoderado especial de la entidad DEMANDANTE al correo electrónico (sic) al correo electrónico notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co y al apoderado general de la EPS DEMANDADA en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

PARÁGRAFO 1: Para efectos procesales la notificación se considera surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega del presente auto, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado. Cuando la notificación se haga a un correo electrónico, ésta se considerará surtida en la fecha en que el sistema emita reporte de entrega.

PARAGRAFO 2: Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este despacho, la providencia judicial se publicará en la página web de la entidad.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante –DIAN-, interpuso recurso de apelación (fl. 76-80), solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se ordene a la NUEVA EPS reconocer y pagar a favor de la UAE-DIAN la suma de \$294.093, por concepto de diferencia de la incapacidad reclamada por la demandante y se acceda al reconocimiento y pago de intereses moratorios consagrados en el art. 24 del Decreto 4023 de 2011.

Lo anterior aduciendo en síntesis que para la liquidación de la incapacidad debió tomarse el IBC del periodo de cotización anterior al del inicio de la incapacidad, sin que pueda ser tomado otro el valor, pues no se puede exigir a las EPS un valor superior al cotizado, pero tampoco un valor menor.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala Laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, en virtud de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo

41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política¹.

Constituyeron los anhelos de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- se ordene a la NUEVA EPS, el pago de la diferencia de incapacidad general por la suma de \$294.093 correspondiente al valor de la diferencia por ella cancelada y la pagada por la EPS, más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 del 2002 (fl. 2).

Como sustentó fáctico a las pretensiones, el extremo actor invocó los hechos que se resumen así (fls. 1 y 1 vto):

- La servidora pública ROSA AMALIA DELGADO SERNA presta sus servicios en la UAE DIAN desde el 15 de Julio de 1996, desempeñando el cargo de GESTOR I Código 301 Grado 01, ubicada en el GTI Gestión Integral y Control de Carga y Transito, División de Gestión de la Operación Aduanera- Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura Nivel Local.
- La mencionada servidora pública se encontraba afiliada a la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS para el mes de octubre del año 2014.
- La NUEVA EPS, le generó a la Servidora una incapacidad de treinta (30) días, desde el 17 de octubre de 2014 hasta el 15 de noviembre de 2014.
- Mediante Resolución 001734 del 31 de octubre de 2014, la entidad reconoció la licencia por enfermedad a la funcionaria ROSA AMALIA DELGADO SERNA.
- Las incapacidades fueron reconocidas a la señora ROSA AMALIA DELGADO SERNA en la nómina de julio de 2015, como consta en el comprobante de pago.

¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

- A la fecha la NUEVA EPS ha cancelado las incapacidades reconocidas por la UAE – DIAN y que se encontraban a su cargo de forma parcial y en la suma de \$1.255.707 quedando un saldo de \$294.093.
- Aduce haber solicitado y radicado las incapacidades antes referidas para que fueran canceladas por la NUEVA EPS mediante oficio No. 100214309-815-216 del 08 de Junio del 2016.

Admitida la demanda (fol. 31 y vuelto) se corrió traslado a la accionada para que se pronunciara frente a los hechos de la demanda.

Dentro del término concedido, la encartada emitió respuesta (fls. 36 a 43) solicitando se nieguen las pretensiones incoadas por la actora, por cuanto la incapacidad reclamada fue liquidada y cancelada el 06 de noviembre de 2014, teniendo en cuenta el IBC reportado en los 12 meses inmediatamente anteriores a la ocurrencia de la misma y que para el caso ascendía a la suma de \$2.009.000.

Propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido, prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas y la genérica.

De tal manera, conforme los supuestos facticos señalados, y el acervo probatorio recaudado, la Juzgadora inicial resolvió NO acceder a la pretensión de la DIAN, mediante providencia del 30 de septiembre del 2020 (fls. 68-70), tras considerar que durante los periodos de incapacidad derivada de una enfermedad general el auxilio monetario que reciben por parte del SGSSS se liquida con base en el salario devengado por el afiliado cotizante al momento de dar inicio a la incapacidad, advirtiendo que resulta inapropiado tomar como Ingreso Base de Liquidación de una prestación económica el IBC porque este puede incluir factores que no son salariales y que pueden llevar a aumentar o disminuir la Base de Cotización generando liquidaciones incorrectas, considerando que la reliquidación pretendida por la actora resultaba improcedente, en vista de que una vez realizada la liquidación teniendo como base salarial la suma de \$1.913.156, arrojaba un auxilio por incapacidad equivalente a \$1.190.467, resultando incluso superior el valor pagado por la NUEVA EPS, concluyendo por ello que no había lugar al pago del excedente solicitado.

Teniendo en cuenta los antecedentes relacionados, resulta que no fue motivo de controversia en el trámite del proceso, ni lo es ahora, que a la señora ROSA AMALIA DELGADO SERNA se le expidió por parte de la NUEVA EPS una incapacidad médica del 17 de octubre de 2014 al 15 de noviembre de 2014, esto es, por un total de 30 días (fl. 17).

En este orden de ideas, el problema jurídico se circunscribe en determinar el salario con el cual se debe liquidar la incapacidad otorgada por la NUEVA EPS a la trabajadora de la DIAN, para lo cual baste con recordar en materia de salud el Decreto 780 de 2016² establece que para los servidores públicos las cotizaciones se calcularán con base en lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, norma que fue modificada por el Decreto 1158 de 1994 el cual se encuentra compilado en el Decreto 1833 del 2016 y que en su numeral 2.2.3.1.3 establece:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.3. BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados 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.*

² Sección 2. Ingreso Base de Cotización

Artículo 2.2.1.1.2.1 Base de cotización de los trabajadores con vinculación contractual, legal y reglamentaria y los pensionados. Las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud para los trabajadores afiliados al Régimen Contributivo en ningún caso podrán ser inferiores al equivalente al 12,5% de un salario mínimo legal mensual vigente.

Para los trabajadores del sector privado vinculados mediante contrato de trabajo, la cotización se calculará con base en el salario mensual que aquellos devenguen. Para estos efectos, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte y aquellos pagos respecto de los cuales empleadores y trabajadores hayan convenido expresamente que constituyen salario, de conformidad con lo establecido en los artículos 127, 129 y 130 del Código Sustantivo de Trabajo. No se incluye en esta base de cotización lo correspondiente a subsidio de transporte.

Para los servidores públicos las cotizaciones se calcularán con base en lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral se liquidarán sobre el 70% de dicho salario. Para los pensionados las cotizaciones se calcularán con base en la mesada pensional.

Parágrafo. Cuando el afiliado perciba salario o pensión de dos o más empleadores u ostente simultáneamente la calidad de asalariado e independiente, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, ingreso o pensión devengado de cada uno de ellos.

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.”

En el mismo sentido el ya mencionado Decreto 780 de 2016, respecto al tema aquí debatido señaló:

“ARTÍCULO 3.2.1.3. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS APORTES EN SALUD. En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se tiene entonces que la base para el cálculo y pago de la incapacidad aquí reclamada, contrario a lo señalado por la Superintendencia de Salud no es el salario devengado por el trabajador, ni el señalado por la NUEVA EPS equivalente al promedio de los últimos 12 meses anteriores a la fecha de la incapacidad, sino el salario sobre el cual se cotizó, que si bien en algunos oportunidades deberían ser los mismos, en algunos casos pudo el trabajador haber devengado demás emolumentos en el mes anterior al del acaecimiento de la enfermedad general que incrementó la base con la cual se efectuó la cotización en salud por parte de la DIAN, por ende a juicio de ésta Sala de decisión la base para calcular la incapacidad aquí reclamada debió ser la correspondiente al ingreso base de cotización que la empleadora reportó en la planilla de pago de aportes, y sobre el que se hacen las respectivas cotizaciones conforme a las normas anteriormente descritas.

Sobre este punto, el MINISTERIO DE TRABAJO en concepto No. 100198 del 16 de junio del 2014 señaló:

“La base para calcular el valor del auxilio por incapacidad en enfermedad general es el 66.67% del salario sobre el cual se cotizó en el último mes, para los primeros noventa (90) días de duración de la cesación de labores y del 50% para los siguientes noventa (90) días, excepto, cuando al aplicar las citadas proporciones, el resultado sea inferior al mínimo vigente, caso en el cual la compensación tiene que ser igual al 100% del salario mínimo. Los

primeros dos días de incapacidad del trabajador deben ser asumidos por la empresa, conforme a lo establecido por el Decreto 2943 del 17 de Diciembre de 2013, por medio del cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En el caso de autos, se tiene que al expediente se allegó la incapacidad No. 0001824411 expedida por la NUEVA EPS (fl.17) a la trabajadora ROSA AMALIA DELGADO SERNA –valor aquí reclamado-, anexándose copia de la Resolución No. 1734 del 31 de octubre de 2014 por medio de la cual la DIAN concede a la servidora cinco (30) días de licencia por enfermedad, conforme a las incapacidades autorizadas por la EPS demandada.

Por ende, y a fin de definir el valor del subsidio por incapacidad se tiene que el IBC reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad fue de **\$2.583.000**, como consta a folio 29 con la planilla de pago de aportes aportada por la entidad demandante; por ende se procederá a efectuar la correspondiente operación aritmética a efectos de determinar si existe o no una diferencia a favor de la accionada así:

$$\underline{\$2.583.000 \times 66.67\% (2/3 \text{ del salario}) \times 28 \text{ días de incapacidad} = \$1.607.280,36}$$

30

De este modo, como quiera que conforme lo señala la demandada por la incapacidad aquí reclamada le fue cancelada a la actora la suma de \$1.250.107 como consta a folio 61; se tiene que lo adeudado a la DIAN como diferencia corresponde a la suma de **\$357.173**, no obstante como lo solicitado por el impugnante es la suma de **294.093** (ver fl. 56) será esta la suma sobre la cual se ordenará su pago.

Finalmente, en lo que atañe a la procedencia de los intereses moratorios, motivo de apelación de la parte demandada se debe tener en cuenta el artículo 4 del Decreto 4023 de 2011, compilado por el art. 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016 donde se dispone:

“Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.”

Pues bien, de acuerdo a lo anterior, resulta procedente la condena por intereses moratorios, por cuanto dicha sanción deriva de la condena de la diferencia en el reconocimiento y pago de la incapacidad, destacando que la negativa de la EPS demandada no se encontró justificada en fundamentos legales, pues, únicamente su defensa giró en establecer que ya había pagado y que para la liquidación de dicho subsidio tuvo en cuenta el salario de los últimos 12 meses anteriores a la fecha de la incapacidad, sin que se advierta un fundamento jurídico válido para la determinación de dicho calculo.

En esa medida se ha de ordenar su pago, el cual se deberá contabilizar a partir de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante –DIAN- que conforme al hecho 5 de la presente acción fue el 09 de junio de 2016 como se acredita a folio 24, con la reclamación presentada por la demandante; por ende procederían a partir del 01 de julio de 2016³.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

³ Los 15 días vencieron el 30 de junio de 2016.

RESUELVE

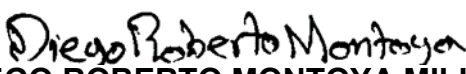
PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, y en su lugar: **ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS S.A. EN LIQUIDACION** pagar a favor de la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y TRES PESOS (\$294.093) M/CTE.

TERCERO: ORDENAR a la **NUEVA EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN** efectuar el pago de intereses moratorios a favor de la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN, liquidados desde el 01 de julio de 2016, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de la prestación económica los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS

En uso de permiso

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR EL BANCO DE LA REPÚBLICA
CONTRA LA NUEVA E.P.S (RAD. 00 2021 01167 01).**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021) estando la Sala de Decisión reunida se procede a dictar de plano la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandante contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Salud, el pasado 31 de agosto de 2020 (folios 49 a 54), en la que se resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a la doctora SANDRA PAOLA QUIÑONEZ LÓPEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.823.643, portadora de la tarjeta profesional No. 125.499 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada judicial de NUEVA EPS S.A, para actuar dentro del presente proceso.

SEGUNDO: NO ACCEDER a las pretensiones de la demanda instaurada por el apoderado del BANCO DE LA REPÚBLICA en contra de NUEVA EPS S.A. de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: ADVERTIR que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL - CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

QUINTO: (SIC) NOTIFICAR la presente sentencia enviando copia de la misma al DEMANDANTE al correo electrónico DJ-NotificacionesJudiciales@banrep.gov.co y a la DEMANDADA en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

PARÁGRAFO 1: Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega del presente auto, que emita la

empresa de correos cuando esta sea enviada por correo certificado, Cuando la notificación se haga a un correo electrónico, ésta se considerará sufrida en la fecha en que el sistema emita reporte de entrega.

PARÁGRAFO 2: *Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia judicial se publicará en la página web de la entidad.”*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial del BANCO DE LA REPÚBLICA, la apeló, solicitando se revoque la misma y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda con las cuales procura el reintegro del valor de las incapacidades correspondientes al señor José Ramiro García Forero, por el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017.

En sustento de ello, inicialmente precisa, comparte la postura de la *a quo* respecto a que la obligación de cubrir las incapacidades superiores a 540 días se encuentra en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud – EPS; no obstante, no está de acuerdo con la negativa fundamentada en la ausencia de prueba del pago que esa entidad hiciera a su trabajador, por cuanto, en su sentir, al encontrarse el empleador obligado a cancelar el auxilio durante el periodo de incapacidad *"no consideró necesario aportar con el escrito inicial, los soportes de nómina en los que se registran los pagos realizados por el Banco de la República al señor García, por el periodo durante el cual permaneció incapacitado, comprendido entre el 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017"*, los cuales en todo caso aporta con la apelación, peticionando sean tenidos en cuenta en razón a que *"su falta de presentación se encuentra debidamente justificada y sería completamente improcedente relevar a la Nueva EPS de su obligación legal de cubrir las incapacidades"*, máxime si se considera que los recursos con los que la entidad cubrió el pago de la prestación, son públicos, por lo que de mantenerse la decisión se le ocasionaría un detrimento patrimonial injustificado.

En síntesis, refiere, está acreditado que durante el periodo objeto de reclamación el señor García como trabajadora del Banco de la República sí estuvo imposibilitado para trabajar y no se presentó mora ni falta de pago de las cotizaciones al sistema de salud. Así mismo, que la EPS no ha hecho el pago de las incapacidades reclamadas en este trámite al trabajador ni al empleador y que existe obligación a cargo de la demandada de reconocer y pagar la prestación solicitada.

Igualmente, señala, de no habersele cancelado al empleado los subsidios por incapacidad este se hubiera visto conminado a promover acciones en contra de la EPS pero ello no ocurrió precisamente porque el Banco cubrió dichos pagos, garantizándole su mínimo vital.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, la Sala Laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, en virtud de las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política¹.

Ahora bien, constituyeron los anhelos del BANCO DE LA REPÚBLICA, los siguientes (folio 2 y vto.):

“1. Se declare que el señor JOSÉ RAMIRO GARCÍA FORERO estuvo incapacitado por enfermedad común, entre el 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017.

2. Se declare que el Banco de la República pagó, con cargo a sus recursos, la suma de \$53.185.200, correspondiente a las incapacidades del señor JOSÉ RAMIRO GARCÍA FORERO por el periodo comprendido entre el entre el (sic) 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017.

3. Se declare que el Banco de la República radicó oportunamente ante la Nueva EPS el pago de las incapacidades correspondientes al señor JOSÉ RAMIRO GARCÍA FORERO por el periodo comprendido entre el entre el (sic) 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017.

4. Se condena a la NUEVA EPS al reconocimiento y pago de las incapacidades correspondientes al señor JOSÉ RAMIRO GARCÍA FORERO por el periodo

¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, concluyó que “...las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia”.

comprendido entre el entre el (sic) 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017, las cuales ascienden a la suma de \$53.185.200.

5. Se condene a la Nueva EPS al pago de las incapacidades que se llegaren a causar desde el 23 de agosto de 2017 a nombre del señor José Ramiro García.

6. Se condene a la Nueva EPS al pago de los intereses moratorios derivados del no pago oportuno de las sumas adeudadas.

7. Se condena a la demandada a pagar las costas dentro del proceso.”

Como sustento de sus peticiones, invocó los siguientes supuestos fácticos (2 vto. y 3):

- Aduce, JOSÉ RAMIRO GARCÍA FORERO ingresó a trabajar al Banco de la República a partir del 3 de octubre de 1983 mediante contrato de trabajo a término indefinido, y siempre ha estado afiliado al Seguro Social EPS hoy NUEVA EPS y a COLPENSIONES.
- Señala, el señor GARCÍA FORERO fue diagnosticado con espondilitis anquilosante y hernia discal, con fecha de estructuración 13 de noviembre de 2003, en razón de lo cual desde el 20 de enero de 2004 le han sido concedidas sendas incapacidades por la EPS.
- Sostiene, la EPS asumió el pago de los primeros 180 días de incapacidad.
- Asegura, tramitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas entre el 16 de mayo de 2012 y el 3 de marzo de 2016, pero esa entidad mediante comunicación BGZ2016_2375966 le informó que esos periodos le serán cancelados por ser posteriores a los primeros 540 días de incapacidad.
- Indica, mediante correos electrónicos calendados 21 de octubre y 4 de diciembre de 2015 y 15 de enero de 2016, la Nueva EPS le indicó que no era la responsable del pago de las prestaciones económicas causadas con posterioridad a los primeros 180 días de incapacidad.

- Refiere, ha venido pagando oportunamente a su trabajador el valor correspondiente a su salario mensual, a pesar de la negativa de la accionada de pagar las incapacidades labores,
- Comenta, el señor GARCIA FORERO no cuenta con un porcentaje de discapacidad que lo haga acreedor de una pensión de invalidez, por lo que corresponde a la NUEVA EPS asumir el pago de las incapacidades laborales aún con posterioridad a los primeros 540 días.

La demanda se admitió mediante proveído del 6 de marzo de 2018 (folio 7) oportunidad en la que, además, se dispuso correr traslado a la demandada.

Surtido el trámite procesal correspondiente, la convocada contestó el libelo, indicando, revisado el sistema de afiliaciones fue posible constatar que JOSÉ RAMIRO GARCIA FORERO está afiliado en calidad de cotizante dependiente del Banco de la República desde el 1 de agosto de 2008, a la fecha.

Igualmente, informa, al señor GARCÍA FORERO se le han expedido incapacidades por enfermedad de origen común desde agosto de 2015 (sic=, las cuales se han venido prorrogando hasta la actualidad. Del mismo modo, señala, esa entidad elaboró concepto favorable de rehabilitación el 18 de marzo de 2013 el que fue remitido a COLPENSIONES quien lo recibió el 15 de noviembre de ese año, emitiendo dictamen de pérdida de capacidad laboral solo hasta el 1 de diciembre de 2016.

Asegura, pagó las incapacidades que por ley le correspondían y que fueron generadas hasta el 11 de mayo de 2009, fecha en la cual se completaron 180 días de incapacidad, conforme lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1406 de 199, vigente para la época.

Por otra parte, dice no constarle los pagos efectuados por la demandante a su trabajador ni la oportunidad de los mismos.

En su defensa, formuló las excepciones que denominó “*inexistencia de la obligación en Cabeza de NUEVA EPS*”, “*falta de legitimación en la causa por*

pasiva”, “los recursos de la salud tienen un carácter limitado y una destinación específica” y la genérica.

De tal manera, conforme los supuestos facticos señalados, y el acervo probatorio recaudado, la Juzgadora inicial mediante providencia del 31 de agosto de 2020 (*folios 49 a 54*) no accedió a las pretensiones presentadas por la entidad demandante tras considerar que, si bien es cierto las incapacidades superiores al día 540 están a cargo de la EPS y la demandante estaba legitimada para obtener el reembolso perseguido esta no había arrimado elementos de prueba en los que soportara sus afirmaciones, incumpliendo con ello la carga probatoria que le correspondía.

El recurso de apelación interpuesto por el BANCO DE LA REPÚBLICA fue concedido mediante auto del 25 de marzo de 2021 (*folio 62*).

En este orden, en virtud del principio de consonancia, procede la Sala a resolver el objeto de la impugnación, en los puntos concretos objeto de censura, 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, en primer lugar, es del caso señalar, no es objeto de controversia en esta instancia que JOSE RAMIRO GARCÍA FORERO fue vinculado mediante contrato de trabajo al BANCO DE LA REPÚBLICA el 3 de octubre de 1983; que está vinculado al sistema de seguridad social en salud en calidad de trabajador dependiente a la NUEVA E.P.S. y que se le han expedido incapacidades por parte de la E.P.S llamada a juicio entre el 16 de mayo de 2012 y el 10 de agosto de 2016, de manera continua e ininterrumpida, las cuales son posteriores al día 540, situaciones que además de ser establecidas por la juez de primer grado en estos términos, se constatan de la documental que fuera incorporada a las diligencias (*folios 35 a 40, CD folio 63*).

Del mismo modo, tampoco es objeto de debate la responsabilidad de la NUEVA EPS en el pago de los mentados subsidios por incapacidad, porque así lo determinó la juez de primer grado, sin que frente a ese particular aspecto se presentara alguna inconformidad en la alzada.

Bajo tal entendido, el problema jurídico que debe resolver la Sala se circunscribe en determinar si la entidad demandante tiene derecho a obtener por parte del sistema general de seguridad social en salud, el reembolso de las incapacidades que reclama y que asegura haber cancelado a su trabajador.

Así, en orden a resolver, considera la Sala oportuno señalar, si bien el presente proceso es de carácter sumario, cuya competencia ha sido otorgada a la Superintendencia de Salud por disposición de la Ley 1122 de 2007, esta condición especial no es óbice para desconocer el debido proceso que les asiste a las partes en todas las actuaciones administrativas y judiciales (art. 29 de la Constitución Política) y con ello, las oportunidades probatorias previstas en la norma.

Lo anterior, en punto a no pasar por alto que la demandante pretende incorporar a través del recurso de apelación, documentos que debieron ser aportados con el libelo introductor por encontrarse en su poder con antelación a la presentación de la demanda, la cual fue radicada el 16 de febrero de 2018 -según se advierte de la carátula del expediente generado por la Superintendencia-, los cuales corresponden a los comprobantes de nómina del trabajador JOSE RAMIRO GARCIA FORERO entre mayo de 2012 y agosto de 2017, legajos con los que procura acreditar una circunstancia que fue echada de menos por la juzgadora de primer grado, esto es, el pago de las incapacidades efectuado a su empleado (ver CD folio 63).

Frente a tal situación, no puede perderse de vista la máxima del derecho "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" empleada para significar que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, negligencia o torpeza para sacar provecho o derivar de ella algún beneficio, siendo aquí precisamente lo que en últimas aspira la parte actora al querer subsanar al epílogo del proceso la falencia probatoria que le fuera advertida en la sentencia apelada.

Y es que, la doctrina que sobre tal principio se ha formado, deja claro que la desobediencia a la prohibición de invocar la propia culpa buscando modificar, aclarar o corregir una providencia judicial se entiende como un abuso del derecho propio de quien busca acceder a ventajas indebidas e incluso innecesarias dentro del ordenamiento jurídico.

En ese entendido, para esta Corporación es claro dichos medios de prueba se acopiaron por fuera de los términos procesales y, por ende, tal documental no puede ser tenida en cuenta en aras de tener por satisfecha la cancelación de los dineros a favor del señor JOSE RAMIRO GARCÍA FORERO de las incapacidades que le fueron emitidas por la EPS accionada entre el 16 de mayo de 2012 y el 22 de agosto de 2017, que la habiliten para reclamar a su favor el reembolso pretendido.

Tal carencia demostrativa en el caso de marras, impide acceder a lo pretendido en los términos solicitados por la actora.

Así las cosas, se trata pues del tema de las cargas, respecto del cual conviene recordar que no se trata de obligaciones que se deban exigir, sino que son actividades procesales que deben llevar a cabo las partes para no verse perjudicadas a lo largo del proceso. La carga de la prueba es una de ellas, es decir, si no se cumple la actividad probatoria sobrevienen consecuencias desfavorables.

De este modo, conforme a los artículos 1757² del C.C. y 167³ del C. G del P. por regla general sobre cada parte pesa la carga de probar sus afirmaciones; ya sea que en ellas se funde su acción o su defensa, pues quien invoca la aplicación de una norma que lo favorece, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto persigue.

Correspondía entonces a la demandante, en primer término aportar pruebas de sus afirmaciones, máxime si se trata del requisito esencial para la procedencia de sus anhelos ya que es la parte actora y no su contraparte quien tiene interés jurídico en que resultaren probados los hechos de la demanda, quedando expuesto a lo que Carnelutti llama "*el riesgo de falta de la prueba*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

² "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*"

³ "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

Así las cosas, iterando que en el caso de marras no se encuentran acreditados la totalidad de los requisitos legales para la procedencia del reembolso de las incapacidades peticionadas, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

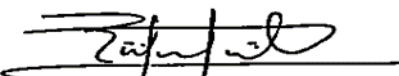
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del BANCO DE LA REPÚBLICA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

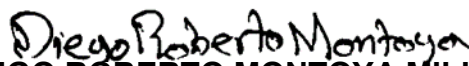

RAFAEL MORENO VARGAS

(En licencia por luto)

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN