

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN CARLOS DAZA CUELLAR
MIGUEL ANTONIO AGUILLON CORTES y JEISON MAURICIO MOJICA
VARGAS CONTRA TRANSMILENIO S.A. y EGOBUS S.A.S. (RAD. 01 2016
00339 02).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte por el apoderado de la parte demandante (fl753-754), EGOBUS S.A.S (fl 751) y Transmilenio S.A. (fl 748-750), 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 segundo del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas EGOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO S.A., contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.¹, el 30 de junio de 2021 (Cd. fl. 743, record 51:06 acta a fl. 741-742), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre EGOBUS S.A.S en liquidación y JUAN CARLOS DAZA CUELLAR desde el 23 de enero del 2013 al 06 de mayo de 2014. Con MIGUEL ANTONIO AGUILLON CORTES entre el 29 de mayo del 2013 al 22 de mayo del 2014. Con JEISON MAURICIO MOJICA VARGAS desde el 29 de mayo del 2013 y el 06 de mayo del 2014, en el que desempeñaron los demandantes el cargo de operador de vehículo con un salario mensual de \$800 000 pesos, conforme la parte motiva de la providencia.*

¹ Es pertinente tener en cuenta que el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá asumió el conocimiento de estas diligencias a partir del 17 de marzo de 2021 en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EGOBUS S.A.S en liquidación a reconocer y pagar a JUAN CARLOS DAZA CUELLAR los siguientes conceptos:

- a) La suma de \$960 000 pesos por conceptos de salarios adeudados
- b) La suma de \$1 035 555 pesos por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado
- c) La suma de \$160 856 pesos por concepto de intereses a las cesantías de todo el tiempo laborado
- d) La suma de \$1 035 555 pesos por concepto de primas de servicios de todo el tiempo laborado
- e) La suma de \$517 777 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones
- f) A la suma definitiva de \$2 186 666 por concepto de indemnización consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990
- g) A la suma de \$26 666 pesos diarios a partir del 07 de mayo del 2014 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concebidas al demandante, por concepto de salarios y prestaciones sociales hasta por 24 meses y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST

TERCERO: CONDENAR a la demandada EGOBUS S.A.S en liquidación a reconocer y pagar a MIGUEL ANTONIO AGUILLON CORTES los siguientes conceptos:

- a) La suma de \$1 386 666 pesos por concepto de salarios adeudados
- b) La suma de \$786 666 pesos por concepto de auxilio a cesantías de todo el tiempo laborado
- c) La suma de \$122 195 pesos por concepto de intereses a las cesantías de todo el tiempo laborado
- d) La suma de \$786 666 por concepto de primas de servicios de todo el tiempo laborado
- e) La suma de \$393.333 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones
- f) A la suma definitiva de \$2 613 333 pesos por concepto de indemnización consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990
- h) A la suma de \$26 666 pesos diarios a partir del 23 de mayo del 2014 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concebidas al demandante, por concepto de salarios y prestaciones sociales hasta por 24 meses y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST

CUARTO: CONDENAR a la demandada EGOBUS S.A.S en liquidación a reconocer y pagar a JEISON MAURICIO MOJICA VARGAS los siguientes conceptos:

- a.) La suma de \$960 000 pesos por concepto de salarios adeudados
- b.) La suma de \$751 111 pesos por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado
- c.) La suma de \$116 172 por concepto de intereses a las cesantías de todo el tiempo laborado
- d.) La sum de \$751 111 pesos por concepto de primas de servicios de todo el tiempo laborado
- e.) La suma de \$375 555 pesos por concepto de compensación en dinero de las vacaciones

- f.) *La suma definitiva de \$2 186 666 pesos por concepto de indemnización consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990*
- g.) *La suma de \$26 666 pesos diarios a partir del 07 de mayo del 2014 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concebidas al actor por concepto de salarios y prestaciones sociales hasta por 24 meses y a partir del mes 25 a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST*

QUINTO: ABSOLVER a la demandada EGOBUS S.A.S en liquidación y TRANSMILENIO S.A de las demás pretensiones invocadas por la parte demandante por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR en COSTAS incluidas las agencias en derecho a la sociedad demandada EGOBUS S.A.S en liquidación en la suma de \$5 000 000 y a favor de cada uno de los demandantes.”

Inconformes con la sentencia, los apoderados de la parte demandante, de EGOBUS S.A.S. y de TRANSMILENIO S.A. interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos.

El Apoderado de la parte actora, solicita se revoque la absolución de TRANSMILENIO y se declare la solidaridad de dicha entidad con base en lo dispuesto por el artículo 34 del CST; en el numeral seis del artículo tres del acuerdo 04 de 1999; en el mismo contrato suscrito entre Transmilenio y Egobus donde una de sus cláusulas, la cláusula 140 establecía las condiciones para que Transmilenio operara directamente el contrato del operador incumplido ².

² Apoderado parte demandante (56:40): Interpongo recurso de apelación que paso a sustentar, esto es de los fallos que uno sabe si reír o llorar porque como decimos en el argot popular de los litigante son fallos o sentencias que lo único que sirven es para enmarcarlas en la medida que el demandado Egobus S.A.S es una empresa que desde un principio no cumplió con los requisitos financieros de eso era consciente Transmilenio S.A y esta insolventada y no tiene ni un solo peso entonces si es una sentencia en apariencia muy buena para mis mandantes pero uno es consciente que el cumplimiento de esta decisión está bien alejada de la realidad y en lo cual lamento en la medida de que el derecho laboral no está inspirado en ese principio protector de ese carácter tuitivo que trata que este tipo de situaciones de burla de las acreencias laborales suceda con los trabajadores y de alguna manera esa inspiración del artículo 34 que el beneficiario último de la obra se lave las manos de las actuaciones que no eran ajenas a su giro ordinario y que si bien pasaron por su decisión y tuvieron como fundamento u origen las decisiones que este beneficiario haya adoptado en algún momento determinado y eso es lo que sucede en este caso, ahora en sentido estricto yo no acuso la decisión de su despacho su señoría pues con todo respeto de cometer un error de derecho a la hora de interpretar el artículo tercero numeral seis del acuerdo 04 de 1999 que es el que aclara el objeto de Transmilenio S.A y por supuesto un error de hecho a la hora de interpretar indebidamente o ni siquiera valorar de manera completa el contrato que usted mismo referencio de Transmilenio, suscrito por Transmilenio y Egobus donde Transmilenio le da la concesión a Egobus y paso a explicar lo siguiente: El numeral seis ya usted lo leyó, pero voy a hacer el énfasis porque ahí es donde se desvía la interpretación, indicado del artículo tercero del acuerdo 04 de 1999 establece una regla y una excepción, como es el derecho, el derecho siempre es regla-excepción y entonces dice la regla general Transmilenio S.A no podrá

ser operador ni socio del Transporte masivo transporte urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona ya que la operación del sistema será contrata por empresas privadas, hasta ahí bien esa es la regla general y ahora viene la excepción a esa regla dice “Transmilenio S.A será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspenda o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o en los contratos” y su señoría fíjese ahí establece esa excepción es supuesto de hecho del que se subsume o el cual nosotros consideramos que se dio en este caso que es que Transmilenio evidentemente pidió por concesión a Egobus y luego del incumplimiento del contrato que puso en riesgo la operación y después de mucho tiempo se terminó anticipadamente el contrato de Egobus, se caducó el contrato y entonces luego aquí tendríamos fielmente lo que usted no observo o dejo de observar u observo mal y es que si el objeto social de Transmilenio si incluía entre otras ser prestador de servicio, prestador de servicio de transporte u operador llámelo como lo llamen, lo mismo, que en el primero decía que Transmilenio era operador , pero que es lo que hace el operador o un operador de transporte prestar el servicio de transporte y en la excepción que si se dio y que de los hechos usted mismo incluso llego a la misma conclusión y no entiendo cuál es el motivo por la cual Transmilenio era ajeno o el objeto social era ajeno a la prestación del servicio de transporte, aquí se dice que si se hará responsable, incluso usted dijo que hay que analizar las pruebas profundamente si se le quiere decir para determinar si es objeto tiene que ver con el giro ordinario al giro de negocios de alguna manera se haya beneficiado de eso para condenar a la solidaridad y en el contrato de Transmilenio que es una prueba que esta y reposa en el expediente, usted solo analizo la cláusula referente al objeto ¿sí? Pero desestimo no observo el artículo 140 que yo le réferi que dice clarito con todas las letras su señoría, artículo 140 Toma de posesión Transmilenio tomara la posesión cuando se ponga en riesgo la prestación del servicio como en efecto sucedió o cuando se termine también de alguna manera anticipadamente el contrato con el operador, es decir esa cláusula de toma de operación ¿sí? Es el desarrollo de la excepción del numeral seis del acuerdo 04 de 1999, luego su señoría si el artículo 140 dice que Transmilenio S.A podrá tomar posesión y ejecutar el contrato, entonces yo no entiendo como puede ser ejecutado el contrato sino es mandando la operación del servicio público de transporte, que no lo hizo, claro para lavarse las manos, que actuó tardíamente Por supuesto y eso es lo más detestable de este caso , porque en el momento en que Egobus ya estaba declarado en quiebra que ya se sabía que no tenía como funcionar Transmilenio hubiera tomado la posesión, ninguno de los trabajadores que aquí demandaron, ni siquiera los ciento y cientos de trabajadores que se les adeuda las acreencias laborales como lo acredita el auto de la Superintendencia en este proceso tan odioso con los trabajadores, ninguno de esos hubiera sufrido si Transmilenio hubiera asumido la operación y no puede decir Transmilenio que no tenía la facultad legal porque si la tenía, porque es el garante del sistema, entonces cuando uno analiza esa prueba en conjunto su señoría, cuando uno interpreta esta norma y como deben interpretar estas normas en beneficio del trabajador y como indica el principio protector, el principio de favorabilidad uno no tiene o no puede entender cómo es que se llega a una conclusión contraria.

Lo mismo sucedió de alguna manera con los Nule y el acueducto de Bogotá que concesionaron o delegaron en un privado, la concesión o la operación de la facturación de una zona de Bogotá y entonces lo Nule se robaron la plata y chao pescado trabajadores, pues no para eso está el acueducto de Bogotá y así fueron varios fallos condenando al acueducto de Bogotá y entonces aquí Transmilenio nos arma el zaperoco contrata, le da el contrato de concesión al menos indicado y se lava las manos, esto raya con lo injusto y raya con lo injusto y da más ira de la mala cuando uno sabe que en apariencia es muy bueno nunca lo vamos a poder hacer realidad, porque Egobus en este momento no tiene absolutamente nada con que responder y eso lo prueba que lleva más de seis años sin pagar y lo que uno medianamente podía reclamar es un cementerio de buses apiñados en la primera de mayo con av. Villavicencio, entonces de verdad esto es un fallo en contra de los derechos de los trabajadores, su señoría con todo el respeto porque el máximo responsable de todo este zaperoco de que se le adeudar de que se le burlará los derechos de mis mandantes y de todos los que están detrás de él es Transmilenio, luego no entiende uno como se llega a absolver a esta entidad cuando si tenía la responsabilidad por ley, por el artículo 34 del CST, por el mismo acuerdo de creación de Transmilenio acuerdo 04 de 1999 numeral seis del artículo tres, el segundo párrafo que es donde yo quiero concentrarme donde establece la excepción y del mismo contrato suscrito entre Transmilenio y Egobus donde una de sus cláusulas, la cláusula 140 establecía las condiciones para que Transmilenio operar directamente el contrato del operador incumplido que acredita que no era ajeno, en estos términos su señoría doy por concluido mis alegatos de conclusión y perdóneme si en mi tono expreso indignación pero de verdad son cientos de trabajadores que han sido burlados por estos operadores que son asignados a dedo a los mismos de los mismos y que luego se insolventan y luego burlan los derechos de los trabajadores y no hay nadie que responda porque eso es así nadie responde y por mas fallo que sea favorable a los trabajadores no tengo como ejecutar a Egobus porque no tiene absolutamente nada y eso es lo lamentable de esta decisión, en estos términos doy por concluido los alegatos de conclusión

Por su parte el CURADOR AD-LITEM de EGOBUS S.A.S. solicita se estudie lo correspondiente a la prescripción bajo el argumento de que la parte demandante no cumplió con la carga de notificar de manera oportuna a EGOBUS y no se adelantaron todas las gestiones para que la demandada fuera notificada a través de Curador Ad litem, hecho que sólo se surtió hasta el año 2020 a raíz de que el mismo tribunal impone esa obligación y nombra al curador en la lista de auxiliares omisión que incluso fue objeto de nulidad a partir de la providencia que dio por no contestada la demanda que data del 20 de septiembre del 2018, en ese entendido considera que operó la prescripción de las acciones instauradas.³

Por otro lado, la apoderada de TRANSMILENIO S.A. sustentó su apelación respecto a la condena por sanción contenida en el artículo 65 del CST, pues afirma que para la época en que se radicó la demanda ya se habían superado los 24 meses que exige el art. 65 del CST y de la S.S. y que en este sentido solo procedería la condena por intereses moratorios liquidados a la tasa máxima que certifique la superintendencia financiera⁴.

³ Curador ad litem Egobus S.A.S (1:08:52): Su señoría con el debido respeto me permito presentar recurso de apelación, solamente en lo referente a la prescripción que en los alegatos también se había indicado, habida consideración de que como se señaló la carga a efecto de la notificación que tenía la parte demandante, sin embargo encontramos que esta carga no se cumplió de manera oportuna y no se adelantaron todas las gestiones para que la demanda fuera notificada a través en este caso de Curador Ad litem ya que estamos viendo desde su radicación de demanda y solamente hasta el año 2020 a raíz de que el mismo tribunal impone esa obligación y nombra al curador en la lista de auxiliares la cual me dio el cargo de defender a Egobus, sin embargo vemos que desde un principio y que el procedimiento establecido a efectos de que la parte demandante debe adelantar todas las gestiones y tiene esa carga procesal, por lo tanto aquí no opero la carga procesal no se cumplió en debida forma y la consecuencia fue que se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia que dio por no contestada la demanda que data del 20 de septiembre del 2018, en ese entendido operaría que se entienda notificada a partir del momento en el que el curador ad litem se posesiona y por ende contesta y aquí haciendo sumas de los tiempos transcurridos, aquí por ende ha operado la prescripción por tanto con esta argumentación solicito al Honorable Tribunal que se declare la prescripción de las acciones instauradas en este proceso ordinario laboral, con base en esta fundamentación jurídica y con base en la misma decisión que el Tribunal Tomó oportunamente, muchas gracias.

⁴ Apoderada Transmilenio (1:12:54): Frente a este pronunciamiento ninguno, frente a la sentencia respetuosamente interpongo recurso de apelación en lo que tiene que ver con la liquidación que se hizo de la sanción contenida en el artículo 65 del CST, pues si bien allí se reconoció esa sanción moratoria en razón de Egobus S.A.S en liquidación, se indica que se debe reconocer un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, sin embargo ha de tenerse en cuenta que dicha liquidación opera si la acción judicial se presentó dentro de los 24 meses posteriores a la terminación del contrato, como se pudo indicar, como se evidencio en el expediente el proceso se el 30 de mayo o 31 de mayo de 2016, los contratos terminaron para el señor Daza Cuellar el 06 mayo del 2014, para el señor Aguillón Cortes el 22 de mayo del 2014 y para el señor Jeison Mauricio Mojica el 06 de mayo del 2014, en este orden de ideas para el momento en que se radico la demanda ya se habían superado los 24 meses que exige la norma y en ese sentido respetuosamente solicito que la liquidación no atienda a esa operación sino más bien a los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima que certifique la Superintendencia Financiera, en ese sentido doy por sentado los argumentos de la apelación a fin de que el superior revise este particular.

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 en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 4 a 5, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 5 a 9, aspirando se declare que entre la empresa EGOBUS S.A.S. y cada uno de los demandantes existió un contrato de trabajo a término indefinido; que cada uno de los contratos de trabajo se terminó por despido indirecto y, como consecuencia de dichas declaraciones se condene a las demandadas a pagar de forma solidaria conforme lo dispuesto en el art. 34 del CPT y de la SS salarios insolutos causados en abril y mayo de 2014; cesantías, sanción moratoria por la no consignación de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS; indemnización por despido sin justa causa de que trata el art. 64 del CST e indexación; **obteniendo el accionante sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, pues se declaró la existencia de contrato de trabajo entre la empresa EGOBUS y cada uno de los demandantes, se condenó a la demandada EGOBUS S.A.S al pago de las prestaciones reclamadas; se absolvió de la indemnización por despido sin justa causa y se absolvió a TRANSMILENIO S.A. de las condenas impuestas.

Así las cosas, el estudio de esta instancia se enfocará en determinar si: i) es procedente declarar la solidaridad de que trata el art. 34 del CPT y de la SS entre las empresas EGOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO; ii) si es procedente declarar la prescripción de la acción por mora en el trámite de notificación de EGOBUS S.A.S. iii) si es procedente el estudio de fondo de la apelación interpuesta por la apoderada de TRANSMILENIO en lo que tiene que ver con la condena por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST proferida a cargo de EGOBUS S.A.S.

De esta manera, inicialmente se estudiará el recurso de apelación de la parte demandante y que persigue la declaratoria de solidaridad entre EGOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO, para lo cual resulta oportuno memorar dicha figura jurídica

está prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34⁵, frente a la cual la posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación N° 28438 de 20 de febrero de 2007⁶, es que el dueño de la obra, debe responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o

⁵“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero **el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.**

2o) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.** (Negrillas de la Sala)

⁶ “...En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2° del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

“(...)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes”.

“(...)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada” (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).

“No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado”(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, situación que ha sido reiterada, entre otras en sentencias con radicación N° 35864 de 1° de marzo de 2010; SL11655 del 2 de septiembre de 2015 y SL-3774 de 2021⁷.

⁷ Si el objeto social del contratante no está relacionado con el giro o la actividad del contratista independiente, ni hay afinidad entre ellas, no se configura la solidaridad, pues no basta con que se cubra cualquier necesidad del beneficiario, sino que se requiere que se trate de una función que corresponda al giro ordinario de sus negocios

Tesis:

«[...] la Sala ha reiterado que las actividades contratadas deben ser afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante; y que no cualquier actividad desarrollada por el contratista o el trabajador puede generar el pago solidario de las obligaciones laborales. Así se recordó en la sentencia CSJ SL7789-2016:

"[...]

No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.

En sentencia del 5 de febrero de 2014 radicación 38651, se dijo sobre el particular:

En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico".

La Corte debe memorar que a través del artículo 34 del CST el legislador simplemente previó un mecanismo para proteger los derechos laborales de los trabajadores y con este objetivo extendió al obligado solidario las deudas que por estos conceptos se generen a cargo del empleador (contratista).

No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales, que es precisamente lo que acertadamente aduce la recurrente.

Cierto es que para aplicar esta garantía tuitiva del trabajador, no resulta relevante la naturaleza jurídica oficial del beneficiario del servicio o dueño de la obra, pues lo cierto es que los derechos laborales que se reclaman se fundan en la existencia del vínculo laboral con la contratista, en este caso, con Eduvilia Fuentes, quien obró como empleadora de la demandante.

De ahí que la calidad de entidad pública de la beneficiaria del servicio no incida en la aplicación de la responsabilidad fijada en el artículo 34 del CST, sino que resulta relevante, en este caso particular, que bajo ninguna circunstancia podría la Nación - Ministerio de Educación Nacional, hoy recurrente, prestar directamente el servicio educativo, o vincular o contratar docentes para que lo presten, con lo cual resulta más que evidente que no hay afinidad entre las funciones y competencias del ente público y la actividad desarrollada por el colegio para el cual prestó sus servicios la demandante en instancias, pues aunque ambos se ubican y desenvuelven en el sector educativo, sus roles resultan sustancialmente diferentes, por lo cual es un desatino endilgarle una responsabilidad solidaria que, a todas luces, no existe.

Dado lo anterior, es necesario traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio, inicialmente el de la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., el cual se encuentra dirigido a ⁸:

“La sociedad tendrá como objeto social único, con objeto social exclusivo para la prestación de servicios de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP así como la ejecución del contrato de concesión por virtud del cual se operará en una o más zonas en la ciudad de Bogotá del sistema integrado de transporte público”.

De otra parte, el objeto social de la demandada en solidaridad TRANSMILENIO S.A., está plasmado a folio 13 vto, en el cual se lee algunos apartes:

“Corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo las modalidades de transporte terrestre automotor, (...) En desarrollo de este objeto la sociedad podrá ejecutar todos los actos o contratos y solicitar las autorizaciones legales que fuesen necesarias y/o convenientes para el cabal cumplimiento de este”

Así mismo en el CONTRATO No. 012 de 2010 suscrito por TRANSMILENIO S.A. y EGOBUS S.A., se indicó que el objeto de tal acuerdo sería (CD fl.90):

“(...) Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá –SITP- al CONCESIONARIO, en la zona 6) SUBA CENTRO (...)”.

Siendo los propósitos de éste contrato los siguientes (fl. 129):

“3.1 Garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad (...).

3.2. Implementar un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para la ciudad de Bogotá e incentivar la optimización y actualización tecnológica para garantizar su continuo mejoramiento.”

Y en cuanto a las labores desempeñadas por los demandantes, en virtud de los contratos de trabajo suscritos con EGOBUS S.A.S., se tiene que fue el de OPERADOR DE VEHICULO (folios 42-44), cuyo objeto básicamente fue desarrollar las actividades que dispusiera EGOBUS.

Viene de lo dicho que el cargo prospera y, en consecuencia, queda la Corte relevada de estudiar la segunda acusación».

⁸ Folios 17-19.

En ese orden de ideas, a juicio de esta Sala de decisión, en el caso de marras no se dan los presupuestos para la procedencia de la declaración de la responsabilidad solidaria, por cuanto las actividades desarrolladas por los actores en virtud del contrato con EGOBUS no son propias del objeto de Transmilenio, contrario a ello, sobre Transmilenio existe la prohibición de operar el transporte y de hacer parte o asociado de empresas que se encarguen de dicho objeto social, conforme se consagra en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999, cuya copia se aportó por la demandada Transmilenio en medio magnético (fol. 603) y que en lo pertinente reza:

“TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas.

TRANSMILENIO S.A. será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos”.

Así las cosas, iterando que la actividad ejecutada por el actor no es del giro normal de TRANSMILENIO S.A., en la operación del transporte y teniendo en cuenta que el hecho de haberse beneficiado de la labor de los demandantes, por sí solo no tiene el alcance de generar la procedencia de la responsabilidad solidaria en los términos previstos en el artículo 34 del C.S.T., no queda otro camino que confirmar la decisión del *a quo*.

Ahora y, en lo que tiene que ver con el punto de apelación del curador de EGO BUS S.A.S. dirigido a que se declare la prescripción de la acción ordinaria laboral advierte esta instancia que, por regla general el término prescriptivo, a la luz del artículo 151 del CPT y de la SS, es de tres (3) años contados a partir de la fecha en que los derechos se han hecho exigibles; a su vez, el artículo 488 del CST consagra que: *“las acciones correspondientes a los derechos regulados en dicho 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 citado Código.*

Adicionalmente el artículo 489 establece que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a

contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

En este orden de ideas, se tiene que en el sub judice los contratos se terminaron el 06 de mayo de 2014 y el 22 de mayo de 2014 ⁹ y la demanda fue presentada el 31 de mayo de 2016 es decir, dentro del término trienal.

Ahora al esbozar los argumentos del curador recurrente se observa que hace referencia a la existencia de mora en el proceso de notificación a EGOBUS S.A.S.

En este aspecto esta sala se remite a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, que dispone como regla general que, el término de prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda, siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación de dicha providencia al demandante. Pasado ese lapso, los efectos sólo se producirán con la data de notificación al accionado.

Sin embargo, frente a ese tópico ha de recordarse lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514, en la cual se señaló:

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

(…)

Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como

⁹ Folios 40 y 41.

lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

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

Entonces acorde a lo dicho en el caso en estudio se tiene que la demanda fue admitida el 10 de noviembre de 2016, auto que fue notificado al demandante por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 11 de noviembre de 2016¹⁰, donde además se ordenó notificar a los demandados trámite que fue realizado en debida forma por el apoderado demandante como consta a folios 61-63, con los que se acredita que la demandada EGOBUS recibió el citatorio el 04 de enero de 2017, pese a ello no compareció.

Luego el abogado de la parte actora tramitó el aviso de que trata el art. 292 del CGP, comunicación que también fue recepcionada por EGOBUS el 06 de junio de 2017 como consta en el certificado de entrega obrante a folio 104-105 y teniendo en cuenta que no fue posible lograr su comparecencia solicitó el emplazamiento, petición que el Juez primero Laboral paso por alto en auto de fecha 20 de septiembre de 2018 (fl.107) donde simplemente tuvo por no contestada la demanda por EGOBUS y continuó con las etapas procesales hasta proferir fallo de primera instancia el 08 de marzo de 2019 (fl.640-641) decisión que fue remitida a esta instancia a fin de resolver la apelación que en esa oportunidad interpuso TRANSMILENIO S.A.

Asumido el conocimiento de las diligencias esta colegiatura con auto de fecha 21 de octubre de 2019 (fls.646-650) se percató de la omisión del emplazamiento a EGOBUS S.A.S. y ordenó que por secretaría se pusiera en conocimiento de la encartada la causal de nulidad contemplada en el numeral 8 del art. 133 del CGP, ello siguiendo el trámite ordenado por el art. 137 del CGP; diligencia que se realizó en debida forma por la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior

¹⁰ Folio 58 y vto.

de Bogotá D.C. el 24 de octubre de 2019 y 06 de noviembre de 2019, respectivamente, como consta a folios 651 a 652.

Como EGOBUS persistió en su conducta renuente se ordenó el emplazamiento y se le designó curador en auto del 05 de diciembre de 2019, quien se notificó el 20 de febrero de 2020, como consta a folios 677-678¹¹ y 682¹².

Una vez se notificó al curador del auto que advirtió la nulidad por indebida notificación, éste presentó solicitud de nulidad (fl.685) la cual fue declarada por esta instancia en auto de fecha 13 de mayo de 2020 (fl.697 y vto) a partir del auto que dio por no contestada la demanda, calendado 20 de septiembre de 2020¹³ y se ordenó devolver el proceso al Juzgado de origen a fin de que subsanara las deficiencias en el procedimiento y continuara con el trámite pertinente.

El Juzgado Primero Laboral profirió el 16 de diciembre de 2020 auto de obedéscase y cúmplase (fl.699) donde tuvo por notificado por conducta concluyente al curador de EGOBUS S.A.S. quien dentro de la oportunidad legal contestó la demanda como se dejó constancia en auto proferido por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá¹⁴

Entonces del recuento procesal relacionado en detalle, esta instancia considera que no son admisibles los argumentos invocados por el curador para solicitar la declaratoria de prescripción de la acción, pues siguiendo la posición jurisprudencial antes mencionada, es evidente que el apoderado de la parte demandante realizó los trámites de notificación de forma oportuna en el término de un año establecido en el art. 94 del CGP, como esta sala de decisión dejó constancia en el auto de fecha 21 de octubre de 2019 que advirtiera la existencia de la nulidad por indebida notificación, circunstancia que de ninguna manera puede ser achacada a una negligencia del demandante, quien tramitó en debida forma y oportunamente las notificaciones establecidas en los art. 291 y 292¹⁵,

¹¹ Emplazamiento publicado en el diario el nuevo siglo el 02 de febrero de 2020.

¹² Acta de notificación del curador HERMINO GUTIERREZ de fecha 20 de febrero de 2020.

¹³ Auto proferido por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que tuvo por no contestada la demanda por EGOBUS S.A.S. folio 107.

¹⁴ El Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá asumió el conocimiento del litigio el 17 de marzo de 2021 en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, folio 710.

¹⁵ Folio

solicitando incluso el emplazamiento de la encartada¹⁶ dentro del término establecido en el art. 94, petición de la que se omitió resolución.

Por lo motivado válido es concluir que no sería procedente que los demandantes se vieran afectados por el fenómeno prescriptivo cuando han asumido sus cargas procesales de forma oportuna y con diligencia, ante la conducta renuente y evasiva de EGOBUS.

Por último y, en lo que atañe con el punto de apelación de la apoderada de TRANSMILENIO empieza esta colegiatura por advertir que la recurrente no es la legitimada para controvertir la condena que se impuso por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST a cargo de EGOBUS S.A.S., más aún cuando las resultas del proceso no han perjudicado a la entidad que representa, pues recordemos que TRANSMILENIO salió absuelta en primera y segunda instancia de todas las condenas incoadas en su contra.

En consecuencia, resulta evidente que, ante la falta de recurso de apelación por parte de la demandada EGOBUS contra la sentencia de primer grado, en lo que atañe a la condena por sanción moratoria, la legitimación para recurrir este punto por parte de Transmilenio no resulta viable por cuanto sus intereses no fueron menoscabados con la decisión.

Agotada como se encuentra esta instancia conforme las conclusiones expuestas se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en ésta instancia.

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

¹⁶ Folios 61-63 y 104 a 105.

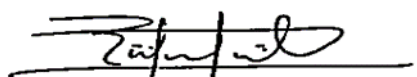
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el **JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, conforme a las motivaciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YANETH BONILLA OVALLE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., trámite al que se vinculó a PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 04 2019 00002 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR S.A (fl 4-8), COLPENSIONES (fl 10-12) 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 PROTECCIÓN, PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de julio de 2021 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:29:17, archivo “2019-00002-20210730_145249-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la AFP de la afiliación de la demandante (sic) Yaneth Bonilla Ovalle a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A realizada en abril del año 2000 por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada 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: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

TERCERO: CONDENAR a las ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dichas administradoras.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES que una vez se efectúen el anterior tramite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al Régimen de Prima media con Prestación Definida, junto con sus correspondientes aportes.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandas PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS. Fíjense como agencias en derecho por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de PROTECCIÓN y de 300.000 mil pesos a cargo tanto de PORVENIR como de COLFONDOS.

SEPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas la apelaron.

Así, en primer lugar COLPENSIONES arguye, se le está imponiendo a las administradoras de fondos de pensiones una carga que no estaba prevista al momento de suscribirse el formulario de afiliación, enfatizando, a la demandante sí se le brindo asesoría, no solo por el asesor del traslado primigenio a PROTECCIÓN sino también por los fondos COLFONDOS y PORVENIR con los que efectuó tránsitos posteriores dentro del RAIS y por ello, considera, no solo que la AFP cumplió con las obligaciones que les imponía la ley del momento, específicamente el Decreto 663 de 1993, sino que además ratificó su voluntad de afiliación, siendo ello suficiente para aseverar que la afiliación fue válida y libre y que no se configuró ningún vicio del consentimiento que dé lugar a su nulidad o ineficacia.

Resalta, la demandante no tachó el formulario de afiliación que fuera aportado por el fondo de pensiones, con lo cual entiende se aceptaron tácitamente las afiliaciones.

Destaca, en este caso la convocante ni siquiera tiene claro cuál es el monto pensional que va a recibir en el RPM, y en esa medida, dice, no puede existir o alegar un engaño cuando ni siquiera conoce como operan uno u otro régimen pensional¹ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:31:14, archivo “2019-00002-20210730_145249-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

PROTECCIÓN, por su parte, se aparta de la decisión únicamente en lo atinente al numeral segundo de la parte resolutive en la que se impuso a su cargo la devolución de las cuotas de administración y primas de seguro previsional,

¹ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la decisión acaba de proferir por su despacho teniendo en cuenta los siguientes aspectos, el primer aspecto a tener en cuenta respecto del fallo es que se está imponiendo a las administradoras de fondos de pensiones una carga que no estaba establecida a la hora de hacer la suscripción del formulario de afiliación, teniendo en cuenta que a la demandante sí se le brindó una asesoría no solamente por el asesor del traslado primigenio que fue con PROTECCIÓN sino que debido a los traslados que se hicieron tanto con PORVENIR como COLFONDOS de allí se, de allí surgió una asesoría y esta fue conforme a las obligaciones que se les imponía en su momento a las administradoras de fondos, ello aunado a que esta suscripción del formulario de suscripción se hizo en vigencia del decreto 663 de 1993 y que establecía unas obligaciones respecto de la información que debía darse a los afiliados y que hablaba de la vigencia y de las operaciones que se realizaban y de allí se desprende la obligación que se les imponía a los mismos, siendo estos claros y objetivos para escoger la mejor opción, ellos se ratifican con la decisión de la demandante al momento de hacer los traslados trasversales ratificado de esta manera su voluntad de permanecer al régimen de prima media, se tiene su señoría de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia se le otorga un alcance que no corresponde al Decreto 663 y al Decreto 692 de 1994 en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, en este sentido la suscripción del formulario de afiliación bajo la vigencia de estas normas y la información que le fue brindada por parte de los asesores comerciales de las diferentes administradoras son suficientes para afirmar que esta afiliación fue válida y libre, en el cual no se configura un vicio en el consentimiento por el cual deba declararse en este caso la nulidad o ineficacia del traslado para que se devuelvan los aportes al régimen de prima media, se tiene su señoría que la demandante sin hacer una salvedad en su momento frente a la información que le fue brindada y pues tampoco tachó el formulario de información que fue allegado por las administradoras de fondos pues se advierte en ese sentido la aceptación tácita de las afiliaciones y que de acuerdo con el silencio que guardó en su momento respecto de la afiliación pues también ratifica su voluntad de permanecer a su régimen de ahorro individual tal y como ha indicado las sentencias de la Corte Suprema, téngase en cuenta que de las pruebas que fueron llevadas a cabo en el presente asunto hay una evidente información que se le dio por parte de cada de los asesores de cada fondo que ella misma de acuerdo a su relato fue uno a uno a asesorarla, a pesar de que obviamente en su relato lo único que refiere es un engaño. Ahora debe tenerse en cuenta que respecto de COLPENSIONES ella ni siquiera tiene claro cuál es el monto pensional que va a recibir en el régimen de prima media, por lo tanto, tampoco hay un engaño porque no es dable alegar un engaño cuando yo ni siquiera sé mi situación pensional como opera en un régimen o en el otro, entonces yo podría simple y llanamente alegar un engaño si en realidad sé como se encuentra mi situación pensional y en donde radica ese engaño, luego no está sustentado y por esto la carga de la prueba en este caso lo que está haciendo es imponiendo a las administradoras que demuestren hechos que al momento de la afiliación no estaban vigentes, porque no se cumplió con la información que para ese momento era requerida, por lo anterior le solicito al Honorable Tribunal revoque la sentencia proferida y se absuelva a mi representada. Muchas gracias.”

argumentando, el mencionado descuento del 3% se utiliza para pagar las primas de seguro previsional y las cuotas de administración, está autorizado por la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 y aplica en ambos regímenes pensionales. Además, apunta, en el plenario reposa la certificación que da cuenta de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con lo cual se acredita su buena gestión.

Estima, con la decisión se está constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES quien está recibiendo una comisión que no está ni siquiera destinada a financiar la pensión de vejez y, adicionalmente se está beneficiando de los rendimientos financieros obtenidos por la administración de la AFP, lo cual de hecho facultaría a esa sociedad a recibir como restitución mutua la comisión en aplicación del artículo 1746 del Código Civil, porque se hicieron de buena fe y en virtud de una afiliación que se presumió legal hasta ahora, advirtiendo que, de hecho, se está aplicando de manera amañada dicho precepto a favor de la demandante.

Sostiene, la Superintendencia Financiera está de acuerdo en que no hay lugar a devolver los gastos de administración en aplicación del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Así mismo, indica, no se debe ordenar el traslado de la prima de seguros previsional porque este porcentaje fue descontado y trasladado a una aseguradora que cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura en vigencia de la póliza, en caso de que la actora sufriera alguna contingencia por invalidez o sobrevivencia, y no es un dinero que repose en la cuenta del afiliado y que deba por tanto ser asumido por la AFP.

Adicionalmente, ilustra, si bien la declaratoria de ineficacia es imprescriptible ello no ocurre con los descuentos por gastos de administración frente a los que, considera, si opera dicho fenómeno, de un lado, por ser un concepto de tracto sucesivo causado en la periodicidad que señala la ley y de otro, no está llamado a financiar directamente la prestación² (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80

² “Gracias su señor juez, respetuosamente me aparto de la decisión proferida por su despacho de manera parcial y presento y sustento recurso de apelación respecto del numeral 2 de la providencia aquí dictada en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración y primas de seguro previsional paso a

sustentarlo de la siguiente manera, con el debido respeto entonces señores Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, solicito de manera respetuosa se revoque la sentencia parcialmente en el numeral 2 sobre lo proferido por el juez de primera instancia en cuanto esta ordenando a PROTECCION a a trasladar además de la cuenta de ahorro individual de la demandante sus rendimientos y lo descontado por comisión de administración, por las siguientes motivos, en primera medida y como se ha venido sosteniendo a lo largo de estos procesos el mencionado descuento del 3% se utiliza para pagar las primas de seguro previsional y las cuotas de administración y es un descuento que autorizo la ley 100 y la ley 797 del 2003, es un descuento que opera en ambos regímenes y creo que esto no es una valoración que se haga en las consecuencias de la ineficacia, adicionalmente porque obra prueba en el expediente certificado de rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante allí se prueba de manera clara y precisa que sus aporte obtuvieron ganancias muy significativas frente a lo ahorrado y esto permite dar cuenta de la buena gestión fiduciaria y financiera que realizó PROTECCIÓN de estos aportes, con esta condena entonces se está desconociendo o se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque es que COLPENSIONES está recibiendo una comisión que no está si quiera destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, porque adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos financieros fruto de la buena gestión de las administradoras aquí demandadas, lo que incluso facultaría a PROTECCIÓN a conservar la comisión como restitución mutua a su favor porque como he venido sosteniendo se hizo rentar efectivamente el patrimonio pensional de la afiliada, respecto de la aplicación del artículo 1746 del Código Civil que dispone cuales son los efectos de la declaratoria de cosa juzgada es importante señalar que esta norma está precisando que cada cual será responsable de la pérdida de las especies, de su deterioro, y que entonces los interés y frutos los abonos en mejoras deben ser tenidos en consideración incluso para los casos fortuitos, incluso la posesión de buena fe de las partes y aquí es claro que la administración de estos recursos se hicieron de buena fe en virtud de una afiliación que se presumió legal hasta lo último y que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación no puede desconocer entonces la excelente administración de estos recursos, adicional entonces porque en este orden de ideas y como lo plantea el juez de primera instancia al decir que no es la parte demandante quien debe soportar entonces la pérdida de las especies tampoco debe ser el fondo privado, y porque se está haciendo una interpretación amañada de este artículo, y porque se está haciendo una interpretación amañada de la declaratoria de la nulidad civil a la aplicación del índole laboral y seguridad social muy sencillo porque en estricto sentido con la declaratoria de ineficacia se producirían las siguientes consecuencias entonces como se viene planteando, el contrato de afiliación nunca existió que fue lo que declaro el juez de primera instancia, PROTECCIÓN no debía administrar entonces los recursos de ahorro individual no existió el cobro de una cuota de administración, pero entonces si existieron los rendimientos financieros que nos esta ordenando trasladar a COLPENSIONES, entonces finalmente la aplicación estricta de esa figura de la nulidad en el Derecho privado que estamos trayendo analógicamente a las figuras del Derecho de la seguridad social la estamos aplicando de manera completa, estricta o parcializada a favor del demandante porque entonces las consecuencias son distintas, son iguales o son las que se dediquen a decir porque es una nulidad que se puede aplicar de esa manera aun cuando estamos hablando de ineficacia, esto es un punto que es importante tener en consideración sobre todo que la misma sentencia que se utiliza como motivación de este parte de la sentencia está hablando específicamente que las prestaciones acaecidas no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el Derecho Laboral y de la Seguridad Social, porque entonces llegaríamos a la conclusión que si la comisión nunca debió descontarse tampoco debieron haber existido los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin embargo, también hace parte de la condena.

Así mismo es importante señalar entonces que el Decreto 2555 del 2010 señala cual es el manejo de los recursos administrados por los fondos de pensiones, que es vigilado a su vez por la Superintendencia Financiera y esta Superintendencia coincide con esta apoderada que no debe obligarse a trasladar lo descontando por comisión de administración y cuando exista un fallo judicial debe darse aplicación estricta al artículo 7 del decreto 3995 de 2008 que ordena entonces trasladar dinero de ahorro de cuenta individual, rendimientos y el porcentaje correspondiente pensión de garantía mínima, respetando en todo caso la destinación de los recurso de administración por la buena gestión administrativa de los fondos de pensiones y de la misma manera considera esta apoderada que no se debe ordenar el traslado de la prima de seguros previsional en la atención que este porcentaje fue descontado y sufragado a una aseguradora que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza en caso en que la demandante sufriera alguna contingencia de invalidez o sobrevivencia, y aquí hay que resaltar que no es un dinero que repose en las cuentas y de la afiliado y de los fondos de pensiones porque se gira a un tercero y no debería ser asumido por los fondos de pensiones porque se hace en virtud de un mandato legal, es que la norma está obligando a girar esta prima de seguro para proveer o garantizar el pago de las pensiones por estos dos conceptos y no es un porcentaje del que se está beneficiando las administradoras.

Adicionalmente, y lo más importante para esta apoderada hacer la reflexión se entiende que la declaratoria de ineficacia es declarar como imprescriptible pero resulta que los créditos y obligaciones que de ella se

del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:36:15, archivo “2019-00002-20210730_145249-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

A su turno, PORVENIR S.A. solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, señalando, si bien existe un precedente jurisprudencial, este no debe aplicarse de manera “objetiva” (sic), ya que deben analizarse las circunstancias de cada caso, y bajo ese entendido, debe verificarse nuevamente el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y las contradicciones en las que incurre.

Indica, no es razonable que se exijan documentos distintos al formulario de afiliación porque para la época la asesoría era verbal y solo hasta el 2014 se exigió la realización de proyecciones.

Señala, no es factible que se disponga la devolución de gastos de administración ya que al tenor del inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estos también aplican para el régimen de prima media y se reservan a financiar los costos administrativos y las pensiones de invalidez y sobrevivencia, rubros que no están destinadas a financiar la pensión y, por ende, están sujetos a la prescripción.

Sobre este asunto, resalta, la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020 indicó en forma expresa que en aquellos eventos en que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas previsionales, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura ante la vigencia de la póliza.

Asevera, devolver esos gastos conllevaría a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES pues no existe norma que disponga en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas a las del literal b) del artículo 113 de la Ley 100

deriven no lo son, y frente al cobro del 3% de la comisión de administración si opera el fenómeno de la prescripción trienal consagrada en la legislación laboral, primero porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la ley, segundo porque este porcentaje no está financiando directamente la pensión de vejez y tercero por lo que ya explique aquí lo que se ha declarado como imprescriptible es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la misma, por lo tanto los créditos y obligaciones que de ella se deriven si gozan de la prescripción trienal, en este sentido yo dejo sustentado este recurso señores Magistrados solicitándoles de manera respetuosa se revoque de manera parcial la sentencia en este proveído, muchas gracias, gracias señor juez.”

de 1993 en el que se señalan cuáles son los recursos que deben girarse a COLPENSIONES en virtud del traslado.

Apunta, estos dineros no están destinados a financiar la pensión y por ende pertenecen a la AFP como contraprestación por su gestión para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual y están sujetos a la prescripción³ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:43:55, archivo “2019-00002-20210730_145249-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

Finalmente COLFONDOS S.A., interpone recurso únicamente frente a la orden de devolver la prima de seguros por cuanto esta tiene origen legal de acuerdo a la

³ “Muchas gracias su señoría muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral para que se revoque en forma parcial el fallo proferido el cual me permito sustentar así, señores Magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente como el de la jurisdicción del a quo bajo los argumentados que ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y para el caso en concreto y teniendo en cuenta lo que nos indicaba el juez de primera instancia indicaba que no era un tema de que pusiéramos a quien le creíamos más si a la demandante o a los fondos frente al interrogatorio de parte me permito solicitar al Honorable Tribunal que pueda escuchar nuevamente el interrogatorio de parte donde no es que estemos diciendo que a quien creerle, es un tema en que ella indico de forma escrita una declaratoria y de forma verbal nos dice otra totalmente diferente, es ella misma contra ella misma, no estamos colocándole quien dijo o quien no dijo, es ella misma contra ella misma, adicional a eso están solicitando más documentos para lograr una demostración, pero que más documentos podemos traer a colación si para el momento de la suscripción del formulario o traslado era más que suficiente el formulario de afiliación, tengamos en cuenta la ley 1748 de 2014 que hace alusión a la obligación de hacer una proyección de todo a lo que pensión se refiere pero es que esta norma es a partir del 26 de diciembre de 2014 entonces no podríamos traer una proyección o documentación adicional cuando para la fecha de no era obligatorio.

Por otro lado no es factible ordenar la devolución de gastos de administración de acuerdo a lo dispuesto al inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93 también el régimen de prima media destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivencia, dichos gastos de administración no forma parte integral de la pensión, por ello están sujetos a la prescripción, es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto del 17 de enero de 2020 indica de forma expresa que los eventos que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguros provisionales y en consideración a que la compañía aseguradora cumplió el deber contractual de mantener la cobertura ante la vigencia de la póliza y tampoco de la comisión de administración, merece la atención que el hecho de ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES se configurara un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, en la medida en que no existe norma que disponga de devolución de forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas el artículo 113 literal b de la ley 100 del 93 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual incluido los rendimientos, lo que se evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen al el sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que se adelantó, para incrementar el capital existente de la cuenta de ahorro individual del presente caso brilla porque realmente si hubo un incremento en su capital, deberá declararse la prescripción respecto de los gastos de administración y primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por cuanto no corresponden los valores a los afiliados en ninguno de los dos regímenes, en cuanto no financia la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de la que goza el derecho pensional, de manera que considero que los supuestos se condenaron a mi representada no se encuentran acreditados en consecuencia solicito de manera respetuosa al Tribunal revocar de forma parcial la condena impuesta a mi representada. Muchísimas gracias”

distribución de la cotización regulada en el artículo 1 del Decreto 4182 de 2007, de allí que esos dineros se encuentren en poder de terceros y no de ese fondo de pensiones, precisando, la posibilidad de retornar esas sumas no hizo parte de la fijación del litigio con lo cual, estima, se vulneró su derecho de defensa⁴ (Audencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:47:55, archivo “2019-00002-20210730_145249-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 3, archivo “1.2019-00002 Proceso digitalizado – Folios 1 al 163.pdf” expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 5, ibídem), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida de ahorro individual con solidaridad realizado y promovido por PROTECCIÓN S.A., toda vez que su consentimiento se encuentra viciado de nulidad por error en la información que debía suministrarle la entidad a la cual se afilió. En consecuencia, se disponga que nunca dejó de pertenecer al RPM, se ordene a COLPENSIONES recibirla como afiliada sin solución de continuidad a partir del 1 de marzo de 2000 y se condene a PROTECCIÓN a efectuar la devolución de la totalidad de los aportes que hubiera recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone

⁴ “Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal me permito interponer recurso de reposición frente a la condena impuesta a la devolución de prima de seguro, solicito a los Honorables Magistrados se revoque la condena impuesta por concepto de primas de seguros, el cual se realiza por disposición legal de conformidad con el Decreto 4182 del 2007 el artículo 1 según el cual de la parte destinada al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte se destinara el 11,5% y el 1,5% para el fondo de garantías de pensión mínima y el 3% comisión de administración, es decir, que estos recursos no están en poder de COLFONDOS y además en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados en el proceso vulnerándose así su derecho de defensa al paso que dichas garantías también fueron contadas para COLFONDOS, por tanto solicito a Los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se absuelva a mi representada de trasladar dichos conceptos al régimen de prima media pues no hay lugar a la misma máxime cuando la afiliación de la actora siempre estuvo vigente de los riegos de invalidez, vejez y muerte por el tiempo que estuvo afiliada a mi representada, razón más para que se revoque la orden impuesta a COLFONDOS de devolver el porcentaje que legalmente destino al pago de las pólizas de seguro, de lo anterior solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocar parcialmente la sentencia de primera instancia”

el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado, incluyendo dentro de su sistema de información la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada a esa administradora. **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, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. Igualmente, condenó a PORVENIR y COLFONDOS a devolver las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones debidamente indexadas. Lo anterior 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 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.

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 13 de junio de 1960 (*página 16, archivo “1. 2019-00002 Proceso digitalizado – Folios 1 al 163.pdf”, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo

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 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”.

día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 7 de septiembre de 2018 (*página 42, archivo “1.2019- 00002 Proceso digitalizado – Folios 1 al 163.pdf”, expediente digital*) y a PROTECCIÓN el 5 de septiembre de 2018 (*páginas 18 y 19, ibíd.*), esto es, cuando ya contaba con la edad para adquirir el derecho pensional -tenía 58 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁶-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 34,71 semanas cotizadas que corresponden a 0,66 años (*reporte semanas cotizadas expedido por Colpensiones, página 35 ibídem*), 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 **18 de febrero de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1 de abril de 2000**, (*páginas 24, 109 y 110, archivo “1.2019-00002 Proceso digitalizado – Folios 1 al 163.pdf”, expediente digital*) por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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*

⁶ Laboraba en el sector privado.

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁷, en los términos del artículo 1746 del

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

Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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).

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.

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 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.

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

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para

gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la

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

administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la 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 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 demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le indicaron que el seguro social se iba a acabar y que su pensión sería mucho mejor sin explicarle nada más sobre el régimen de ahorro individual, dejándose convencer.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN (página 109, *ibíd*), este no constituyen

⁹ Audiencia del 30 de julio de 2021, récord 13:03.

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

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 147 a 150, ibíd.*), 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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, 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.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque COLPENSIONES invoca como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los

dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (18 de febrero de 2000, efectivo el 1 de abril de 2000), 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.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (*página 110, archivo 1, expediente digital*) 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 (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS, como se adujo e la alzada por COLPENSIONES. 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).”*

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

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de las AFP, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es

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

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

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)”.

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

“(…)

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (página 184, archivo 1, expediente digital) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 5 de diciembre de 2019 (página 204, archivo 1, expediente digital).

traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de

ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

SIN COSTAS en esta instancia.

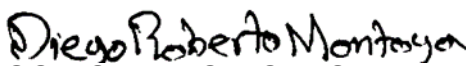
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS ESPINOSA BORDA CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. HOSPITAL TUNAL III NIVEL ESE (RAD. 04 2019-00855 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 1013-1018), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de mayo de 2021(Cd. fl. 1007, record 36:59 y acta a folios 1008-1009), en la que se resolvió:

***“PRIMERO. DECLÁRAR** que entre JUAN CARLOS ESPINOZA BORDA y SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. se celebró un contrato de trabajo desde el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011 y el último del 16 de marzo de 2012 hasta el 31 de julio de 2016.*

***SEGUNDO. CONDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a favor del demandante los siguientes conceptos:*

- 2.1 Diferencias salariales: \$255.604.*
- 2.2 Cesantías: \$5.204.809.*
- 2.3 Intereses a las cesantías: \$440.800.*
- 2.4 Prima de antigüedad: \$2.602.400.*
- 2.5 Prima de vacaciones: \$2.602.400.*
- 2.6 Prima de navidad: \$5.202.400.*
- 2.7 Devolución de aportes en pensiones: \$576.988.*

2.8 Indemnización artículo 1 del Decreto 797 de 1949: \$47.132 a partir del primero de noviembre de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.

Igualmente se condena al pago del auxilio de transporte y al auxilio de alimentación conforme se le ha venido pagando a los trabajadores oficiales de la entidad demandada.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de la relación laboral que existió desde el 25 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011.

CUARTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas en la demanda.

QUINTO: CONDENAR a la parte demandada al pago correspondiente al periodo que va del 25 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2011 y del 16 de marzo de 2012 hasta el julio de 2016 (sic).

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada.

Se fijan las agencias en derecho en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

OCTAVO: *En el evento de no ser apelada esta decisión envíese al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en Grado Jurisdiccional de Consulta.*”

Luego adicionó la decisión en el sentido de declarar que el actor es beneficiario de la convención colectiva aplicable a los trabajadores oficiales de la demandada Subred integrada de servicios tercer nivel antes Hospital el Tunal y que en ese sentido los referidos beneficios convencionales deben ser liquidados y pagados al actor tal y como se ha hecho con los trabajadores oficiales de la misma.¹

Inconformes con la decisión los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente el apoderado de la parte actora manifestó su inconformidad respecto a la declaratoria de dos contratos de trabajo; aduce que entre las partes existió una sola relación laboral que se mantuvo desde el 01 de enero de 2010 al 31 de julio de 2016, fecha final que debió quedar consignada en la parte resolutive.

Aseguró que en el trámite procesal con los testigos traídos a juicio y con las pruebas aportadas por la propia entidad quedó acreditado que para los meses

¹ Cd. fl. 1007, record 36:59.

de enero, febrero y hasta el día 15 de marzo del año 2013 el demandante prestó sus servicios personales, de forma continua e ininterrumpida, razón por la que considera que debió declararse una sola relación laboral.

En segundo lugar indicó que, para la liquidación de las cesantías debieron tenerse en cuenta los siguientes conceptos: asignación básica mensual, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, de vacaciones y el quinquenio y todos los factores que constituyen salario².

A su turno, el apoderado de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. apeló la decisión de primera instancia solicitando su revocatoria.

Empezó por remitirse al art. 125 de la constitución política de 1991 donde se estableció como regla general que los empleos en los órganos de las entidades del estado son de carrera con excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine

² Cuaderno 2, CD folio 1007, minuto 43:21, apoderado demandante: Conforme a la oportunidad procesal pertinente y de acuerdo con al principio de consonancia que rige en materia laboral me permito señor juez y honorables magistrados sustentar el recurso de apelación parcial a la decisión emitida por el juzgado cuarto laboral del circuito de Bogotá en primera instancia, de la siguiente manera:

Estimo que el juzgado debió declarar una única relación laboral, si bien es cierto trajo a colación sendas jurisprudencias de la CSJ, donde lapsos menores a quince días dan a entender de la continuidad por parte del trabajador frente a su empleador, el despacho indicó que el demandante no probó que haya laborado los meses de enero, febrero y hasta el día 15 de marzo del año 2013 y por ende fraccionó su decisión en dos contratos, cobijando entonces de prescripción el primer contrato, sin embargo de las pruebas aportadas al proceso se puede decir, sin duda alguna que el demandante si laboró ese tiempo, los testigos traídos a colación indicaron de manera fehaciente que el demandante laboró de manera constante e ininterrumpida, los testigos también indicaron que laboraron con el demandante.

Ahora bien de las pruebas aportadas por la propia entidad demandada se puede establecer entonces que si laboró el demandante para dicha entidad, de los aportes a pensión que hacía el demandante de manera individual a nombre propio porque era una obligación se puede establecer que efectivamente el sí laboró como independiente pero al servicio de la entidad demandada, bajo ese argumento y esas probanzas puedo decir que el demandante si laboró y que se debe declarar un único contrato de trabajo

En segundo lugar y como lo dije al inicio de mi intervención conforme al principio de consonancia aspiro a que el Tribunal superior de Bogotá revise lo siguiente: las cesantías que el despacho liquidó se hicieron conforme al valor de cada uno de los contratos, sin embargo para la liquidación de las cesantías la convención colectiva de trabajo que es plena prueba en el proceso, que tiene sello de depósito indica que para liquidar las cesantías se deben tener en cuenta los siguientes factores: la asignación básica mensual, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, prima de antigüedad y recargos nocturnos dominicales y festivos, que el despacho, pues acepto no se probó, debía entonces que no incluir festivos en la liquidación pero si la prima de navidad, prima de servicios de vacaciones y el quinquenio y todos los factores que constituyen salario, entonces si el despacho determinó que se probó un contrato real y que el demandante debió estar vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido y que además nunca renunció a la convención colectiva de trabajo y que es beneficiario de todos estos beneficios convencionales, debió entonces a mi juicio liquidar las cesantías con estos emolumentos que indudablemente le son más favorables, esos son los dos aspectos que pido el tribunal revise, es todo, muchas gracias.

la ley y, por tal motivo indicó que el sustento de la SUBRED descansa en el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993 y solo excepcionalmente en la Ley 80 de 1993 artículo 32 inciso 3° en lo que hace relación a la aplicación de las cláusulas exorbitantes.

Advirtió que el contrato de prestación de servicios celebrado con el demandante se encuentra encaminado al mantenimiento de las instalaciones físicas del Hospital Tunal, queriendo ello decir que su actividad no tenía nada que ver con la administración o funcionamiento de la ESE; aclaró que esa actividad de mantenimiento no podía ser desarrollada exclusivamente por los operarios de planta del hospital, y que por ende la decisión de primera instancia carece de fundamento fáctico y probatorio, lo que hace que en su opinión se vulnere el principio de imparcialidad, al haberse accedido a las pretensiones del demandante sin que el material probatorio aportado y recaudado acredite lo hechos en que el demandante fundó sus pretensiones; solicitó que en sede de apelación se ahonde en el tema del contrato realidad con una mayor sindéresis, con una visión panorámica que se ajuste a claros valores jurídicos y no se siga revindicando la creación de una ficción contra legem de manera conveniente y favoreciendo exclusivamente a los demandantes.

Solicita que de mantenerse la condena impuesta se proceda a verificar la prescripción decretada por el Juez de primer grado, se nieguen todas las condenas proferidas y en especial la sanción moratoria³.

³ Cuaderno 2 , CD folio 1007, minuto 48:29 , Apoderado SUBRED: Gracias su señoría de parte de la entidad demandada Subred integrada de servicios de salud Sur me permito interponer o presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que puso fin a la primera instancia en los siguientes términos: En relación en contra de los motivos de inconformidad de la decisión proferida hoy 19 de mayo del presente año es necesario manifestar que la constitución política de 1991 en el artículo 125 estableció que los empleos en los órganos de las entidades del estado son de carrera con excepción de los de elección popular , libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, por tal motivo el sustento de la entidad que represento descansa en el artículo 195 numeral seis de la ley 100 de 1993 y solo excepcionalmente en la ley 80 de 1993 artículo 32 inciso tercero en lo que hace relación a la aplicación de las cláusulas exorbitantes, así las cosas el objetivo del contrato de prestación de servicios celebrado con el demandante se encuentra encaminado al mantenimiento de las instalaciones físicas... entonces decía que el objetivo del contrato de prestación de servicios celebrado con el demandante se encuentra encaminado al mantenimiento de las instalaciones físicas del hospital tunal, es decir que no tiene que ver con su administración o funcionamiento y es del caso aclarar que de acordó con la necesidad expuesta previa a la celebración de los contratos esta actividad no podía ser desarrollada exclusivamente por los operarios de planta del hospital, respecto de los argumentos expuestos por el despacho en la sentencia y en base con los cuales se tomó la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda y que en la apreciación de este defensor carecen de fundamento fáctico y probatorio y no se encuentran amparados por el principio de imparcialidad pues no se refieren en su contenido a lo expuesto por el abogado la subred sur tanto en la contestación de la demanda, en la audiencia de pruebas según el material probatorio aportado y recaudado y a los alegatos de conclusión que no sea en favor de la parte actora lo cual deja sin esencia la presente litis por ocuparse únicamente y argumentar su postura sin un sustento

probatorio calificado en debida forma equiparando la situación legal y reglamentaria de los empleados de planta de la Subred integrada de servicios de salud o de los trabajadores oficiales con las actividades u obligaciones contractuales desempeñadas por el demandante en desarrollo de los contratos celebrados para llegar a conclusiones erradas, sea esta la oportunidad para reclamar que en sede de apelación se ahonde el tema del contrato realidad con una mayor sindéresis, con una visión panorámica que se ajuste a claros valores jurídicos y no se siga revindicando la creación de una ficción contra legem de manera conveniente y favoreciendo exclusivamente a los demandantes, lo opuesto este que acaba con el denominado contrato de prestación de servicios según los argumentos esbozados por el despacho.

Manifiesta, además el despacho al analizar el tema relacionado con la prestación personal del servicio y luego de relacionar los contratos celebrados por el demandante con el hospital tunal que se encuentra probada una relación laboral entre demandante y demandada, sobre dichas afirmaciones valga mencionar que la suscripción de contratos de prestación de servicios sucesivos con un mismo contratante por sí sola no genera la transmutación de la relación contractual en una relación laboral, ya que los contratos de prestación de servicios celebrados lo fueron por periodos determinados, teniendo en cuenta la necesidad requerida en el mantenimiento de la planta física del hospital la cual reiteramos desborda la capacidad de los operarios de planta por lo que era necesario la contratación de personal mediante contratos civiles o de prestación de servicios que apoye sus actividades pues es la ley la que autoriza su contratación, previa verificación de los estudios realizados y el estudio de necesidad previo a la celebración del contrato por lo que resulta casi imposible al hospital o subred de servicios de salud Sur S no contar con personal adicional que colabore con el desarrollo de sus actividades.

De los testimonios recaudados se puede también inferir que no existían jefes como lo manifiesta el despacho pues los nombres establecidos hacen relación a supervisores tal y como debió haber sido constatado por el señor juez por lo que las directrices impartidas en ejercicio de la supervisión por los supervisores no pueden considerarse ordenes ni mucho menos por todo el tiempo de los contratos celebrados, fíjense señores magistrados que al demandante no se le indicó como pintar o resanar o como mezclar, sino que pintara tal pared o arreglara tal tubería lo que no es concluyente o constitutivo de subordinación a las voces del artículo 23 del CST, tampoco es concluyente de subordinación el que se le dote a los contratistas por razones de seguridad y organización de un carnet de identificación como equivocadamente lo concluye el despacho señor juez y asimismo que los insumos elementos de trabajos para el desarrollo de actividades también sean constitutivos de subordinación.

De igual forma los pagos a seguridad social a salud y pensión se encontraban predispuestos por las partes en el contrato, por lo tanto no era obligación del contratista que no es concluyente subordinación según lo apreciado por el señor juez, es que el análisis realizado en los contratos de prestación de servicios celebrados entre el demandante y la Subred integrada de servicios de salud-Hospital se evidencia que el señor Juan Carlos Espinoza Prestó sus servicios de conformidad con lo establecido en cada uno de los contratos celebrados y ello significa que como consecuencia de ellos se establecen varias figuras que verifican el cumplimiento de la actividad contratada a saber, el cumplimiento de turnos se encuentra pactado contractualmente y de los turnos se colige que deben desarrollarse en un horario determinado como ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado que citare más adelante y que no podía ser de otra forma.

Ahora de la declaración de los testigos rendidos al interior del proceso se tiene que si bien es cierto que el demandante prestaba sus servicios en las instalaciones del hospital ello es a todas luces lógico pues es el objeto el que tiene que ver con el mantenimiento de sus instalaciones físicas porque entonces me pregunto dónde más lo podría desarrollar si ese es el objeto contractual contratado, por lo tanto tal situación se aleja de la realidad en este sentido los testimonios no resultan objetivos y ni hacen la diferencia ni es posible que sea que atienda de manera indubitable, pues nadie va a declarar en contra de sí, ni va a negar que cumplía horario o recibía órdenes, pero lo importante no es eso sino advertí que los contratistas como en el presente caso no pueden actuar a su propio arbitrio, pues no pueden acudir al hospital cuando les plazcan, ni pueden escoger el que hacer cuando quieran o los arreglos que quieran es decir tiene que existir quiérase o no una coordinación, un derecho para hacer las cosas que no puede estar en cabeza o al arbitrio del contratista que si bien es cierto cumple con unas obligaciones pactadas estas requieren de una organización que siquiera supera lo personal, no puede entonces actuar como lo he dicho con libre albedrío frente al hospital pero esto no quiere decir que se pierda su autonomía ni tampoco se pueda imaginar una independencia técnica administrativa frente a lo contratado, sin embargo de ello y fa lo recaudado como pruebas testimoniales no fue tenido en cuenta por el A quo quien de manera parcializada decidió darle merito a las manifestaciones de dichos testigos y al dicho del demandante donde brillan por su ausencia otras pruebas como pueden ser documentales que permitan probar la forma en que debía por ejemplo debía pedir permisos para ausentarse, llamados de atención o constancia de ello lo cual brilla por su ausencia.

Respecto la coordinación que se encuentra también implícita en los contratos celebrados y su diferencia con la subordinación que se presentó en los contratos de trabajo regulados en las disposiciones del CST la sala de lo contencioso administrativo sección segunda subsección veinte en sentencia del 21 de febrero del 2019 Consejero Ponente Cesar Palomino Cortes con el número de expediente 2013-0159701 ha manifestado que la subordinación debe ser entendida como “ la facultad que tiene el empleador para

dirigir la actividad contratada, emitir ordenes instrucciones de obligatorio cumplimiento imponer reglamento de trabajo y detentar la facultad disciplinaria sobre el trabajador de forma permanente, esta facultad implica una superioridad jerárquica en el esquema organizacional de quien se atribuye esta facultad sobre el subordinado, mientras que la coordinación por el contrario más que una facultad es una obligación que el estatuto de contratación estatal por medio de las normas que lo rigen imponen a los entes públicos que desarrollen cualquier tipo de contratación con rubros oficiales y que deben realizar para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual, dicha obligación incluye facultad de carácter administrativo que implica coordinar algunas funciones, el establecimiento de horarios en prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos que identifiquen al contratista con la comunidad, empero coordinar de ningún modo lleva suscrita la superioridad jerárquica lícita de la subordinación” la anterior decisión ha adoptado la misma línea la sala laboral del CSJ en sentencia del 04 de mayo del 2001 radicado 15678 magistrado José Herrera Vergara que señalo “ La subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el hecho de que desde el inicio o determinado momento del vínculo jurídico convengan los contratantes un horario de prestación de servicios y la realización de estos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismo puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo y en especial a ciertos contratos civiles de prestación de servicios u obra en lo que es razonable una prohibición de esta naturaleza para el buen suceso de lo convenido sin que por ello se despoje necesariamente el contratista su dependencia” por lo tanto frente a la manifestación de que las actividades cumplidas por el demandante eran las mismas de las del personal de planta desarrollado por los trabajadores de planta del hospital tunal solicito que esta situación sea ampliamente valorada en segunda instancia teniendo en cuenta que el consejo de estado en sentencia del 18 de noviembre del 2003, Consejero Ponente Nicolás Pajaro Peñaranda señalo que “ si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de los empleados de planta no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración de servicio público situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad y si ellos es así resulta obvio que estas pueden someterse a las pautas de estas y a la forma como en ellas se encuentre coordinadas las distintas actividades sería absurdo que contratistas encargados del aseo que deben requerirse con urgencia durante la jornada de trabajo, laboren como ruedas sueltas y en labores que no se les necesita y lo propio debe afirmarse respecto al servicio de cafetería etc.. entonces en vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad basado en las cláusulas contractuales “

Ahora frente al cumplimiento de horario también hay manifestación referente del Consejo de estado magistrado ponente Alejandro Ordoñez Maldonado radicado 19980837 donde se manifiesta que el cumplimiento de horario es un elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que al inicio se consideró como contractual en lo laboral, lo cierto es que en algunos determinados el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes tal y como aconteció en el presente caso .

Siguiendo en esta línea argumentativa hay otra sentencia que establece “ Que se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación entre sus actividades de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre su resultados pero eso no significa necesariamente la configuración del elemento subordinación” tengo muchas más sentencias no las voy a citar pero lo que quiero resaltar es que acorde con lo expuesto en los anteriores fallos se afirma que la coordinación de actividades entre el contratante y el contratista implica siempre que el segundo se someta a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad comendada no más allá y ello que incluye; pues incluye el cumplimiento de horario o el hecho de referir una seria de instrucciones o tener que reportar informes de resultados o tener que hacerlo con elementos suministrados por la entidad contratante como es el caso del Hospital Tunal, por lo tanto por la anteriores razones el esfuerzo del fallador por equiparar al demandante con los funcionarios de planta resulta contraevidente legal y probatoriamente, no se cumple desde luego con las condiciones para que esto se dé y por el contrario se acude a símiles inapropiados, ausentes ponderación de cara a lo ocurrido dentro del proceso desde la valoración de la prueba, desde luego que con base a la documental arrimada al proceso se establece que los contratistas independientes no tiene superior jerárquico y ello fue demostrado aquí cuando se hacía referencia a los jefes se estaban refiriendo a los supervisores y ello fue constatado por el dicho de los testigos el fallo por el contrario acude a conclusiones contraevidentes respecto de horarios, ordenes e instrucciones que recibe el demandante en que de acuerdo con lo declarado en el contenido de los contratos corresponde solo al cumplimiento de la cláusula u obligaciones del contratista y ello también fue dispuesto así por los testigos que manifestaron que las actividades realizadas por el contratante se encontraban implícitas en los contratos celebrados, así las cosas no existen las condiciones para que un contrato provoquen otro como dispuso el despacho, ello al margen del canon constitucional 53 de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos por los sujetos de las relaciones laborales, lo que indica que para que haya primacía de la realidad deben los sujetos estar marcados bajo una relación laboral que no es el caso, en el

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN CARLOS ESPINOSA BORDA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 10 a 12 del cuaderno 1, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 6 a 10, aspirando de manera principal a que se declare que, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que se mantuvo vigente de manera continua e ininterrumpida desde el 20 de enero de 2010 hasta el 31 de julio de 2016; que el demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial y en virtud de dichas declaraciones solicita se profiera condena por concepto de diferencias salariales; trabajo suplementario; recargos dominicales y festivos; cesantías; intereses a las cesantías; prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad; prima semestral; compensación en dinero de las vacaciones; aportes a seguridad social integral; indexación; auxilio de transporte, auxilio de alimentación; indemnización por no

presente asunto se está frente a un contrato definido como de prestación de servicios de carácter independiente y de esa manera se han devenido las partes a contratar así y no de otra manera, por lo tanto no siendo una relación laboral no puede haber una primacía de la realidad sobre las formalidades que se cumplen en un marco autónomo del tipo escogido por las partes para ser regulado por una normatividad específica que no es la laboral. Cuelga entonces decir que las relaciones de coordinación, reitero no implican por si mismas la subordinación buscada como elemento del contrato laboral, pues coordinar es velar por la eficiencia de la actividad contratada en términos de diseño a actividad a contratar, lo que verse no implica que el coordinador sea un superior jerárquico derivado del organigrama, sino solamente un coordinador. Así las cosas contrario a lo que considera en la sentencia recurrida deberá tenerse por probada la inexistencia de la subordinación y habiéndose desvirtuado los elementos enunciados por el juez de instancia se encuentran estos sin fundamento lo que dará lugar a la revocatoria del fallo proferido por el a quo.

Ahora bien, frente a la prescripción del derecho a reclamar prestaciones derivadas de la supuesta existencia de un contrato realidad y al margen de lo expuesto es indispensable reiterar que el paso del tiempo extingue los derechos tal y como fue planteado en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión y en las pruebas recaudadas en el proceso de suerte que deberá tenerse en cuenta el fenómeno prescriptivo de los derechos aquí demandados por haber sido solicitados por fuera del termino dispuesto por el artículo 488 del CST, es decir por fuera de los tres años siguientes a que la supuesta relación se hizo exigible, esas fechas están claras, esas fechas las conoce la parte demandante, inclusive en sus alegatos expreso que se presentó la solicitud a los tres años siete días, es decir por fuera de los tres años , lo cual no fue reconocido por el juez de la instancia, ampliando ese periodo a más de lo que establece la ley, siendo que cuando la ley se expresa en términos de tiempo no pueden ser cambiados por el juez.

Adicionalmente aunque no quiero referirme a cada uno de las pretensiones reconocidas tampoco quiero ahondar en ello sino que me opongo pues al fallo de conformidad con esta apelación que presento solicitando que sea revocada la sentencia del 19 de mayo del 2021 proferida por el juzgado cuarto del circuito de Bogotá para en su lugar denegar la totalidad de las pretensiones dentro de ellas aquella que reconoce una mala fe de la entidad que represento imponiendo una sanción moratoria y adicionalmente estableciendo como beneficiario de la convención colectiva al demandante, en esos términos queda sentada la demanda su señoría, muchas gracias por su atención.

pago de prestaciones sociales conforme lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 797 de 1949; sanción por no consignación de las cesantías; sanción moratoria por no pago de los intereses a las cesantías; beneficios convencionales, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, tras considerar que se acreditó la existencia de dos contratos de trabajo: el primero desde el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011 y el segundo desde el 16 de marzo de 2012 al 31 de julio de 2016; condenó a la demandada al pago de diferencias salariales, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, devolución de aportes en pensiones; indemnización contenida en el art. 1 del Decreto 797 de 1949 desde el 01 de noviembre de 2016 hasta cuando el pago se verifique; declaró probada la excepción de prescripción respecto de la relación laboral que existió entre el 25 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2011; declaró no probadas las demás excepciones; negó las restantes pretensiones reclamadas y condenó en costas a la demandada.

Fundó su decisión en las consideraciones que pasan a detallarse:

Definió como problema jurídico el de determinar si el señor demandante tiene la calidad de trabajador oficial y si por ende entre las partes existió un contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en caso afirmativo, indicó que debía determinar si se adeudan las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral y demás acreencias laborales solicitadas en la demanda.

Indicó que la SUBRED se encuentra sometida al régimen jurídico previsto en el art. 194 y ss de la Ley 100 de 1993, razón por la que infirió que las personas vinculadas a dicha entidad tienen, de manera excepcional la calidad de empleado público y trabajadores oficiales conforme a las reglas del capítulo 4to de la Ley 10 de 1990, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5to del art 125 de la Ley 100 de 1993.

Pasó a relacionar las pruebas documentales aportadas por las partes y las pruebas practicadas en audiencia para concluir que: i) existieron nueve personas vinculadas en la planta de personal del Hospital el Tunal que

realizaban las mismas funciones que desempeñaba el demandante. ii) que el actor prestó sus servicios de forma permanente y no transitoria razones por la que advirtió que el señor JUAN CARLOS ESPINOZA si prestó sus servicios en calidad de trabajador oficial en favor de la demandada. iii) que la demandada no logró desvirtuar la presunción de contrato de trabajo. iv) declaró la existencia de dos contratos de trabajo, el primero del 25 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2011 y el segundo desde el 16 de marzo de 2012 hasta el 31 de julio de 2016, arribó a dicha conclusión argumentando que con las pruebas aportadas se logró determinar que hubo una interrupción de 75 días, entre el 31 de diciembre de 2011 al 16 de marzo de 2012, razón por la que indicó que no es posible declarar que existió una única relación sin solución de continuidad.

Declarada la existencia de contrato de trabajo y la calidad de trabajador oficial del señor JUAN CARLOS ESPINOZA pasó por definir lo relativo a las acreencias y derechos laborales reclamados por el demandante y a la excepción de prescripción, en este punto inició por invocar el art 488 del CST y luego hizo referencia a la sentencia SL-6380 de 2015 y SL 9641 de 2014 donde la corte estableció que la prescripción de los trabajadores oficiales debía contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre su reclamación; seguidamente se remitió al parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para concluir que el término prescriptivo para que los trabajadores oficiales reclamen acreencias laborales inicia transcurridos los 90 días que tiene la administración para poner a órdenes del trabajador los salarios, las prestaciones y las indemnizaciones que se le adeuden; en virtud de lo reseñado concluyó que el contrato finiquitó el 31 de julio de 2016; el demandante presentó reclamación el 08 de agosto de 2019 hecho que interrumpió el fenómeno prescriptivo y la demanda fue presentada el 18 de noviembre de 2019; estableció que el demandante contaba con el término de tres años desde la terminación para presentar la demanda o para interrumpir la prescripción con la reclamación, término que vencía el 31 de octubre de 2019-contando los 90 días con que contaba la administración para poner a órdenes del trabajador los salarios, las prestaciones y las indemnizaciones que adeuden- por ello y teniendo en cuenta que la reclamación fue presentada el 08 de agosto de 2019, declaró probada de forma parcial la excepción de prescripción respecto de los derechos y acreencias laborales causadas en el primer contrato.

Precisada la aplicación del fenómeno prescriptivo profirió condena por diferencias salariales en cuantía de \$255.694 (sic)⁴; cesantías \$5.204.809; intereses a las cesantías la suma de \$440.800; prima de antigüedad \$2.602.400; prima de vacaciones \$2.602.400; prima de navidad \$5.204.800⁵; compensación de vacaciones \$2.602.400; devolución de aportes en pensión \$576.988, por cuanto sólo aparecen los pagos acreditados a folios 58, 63, 64, 65, 73 y 74 del cuaderno 1 y aclaró que esa devolución deberá hacerse de manera indexada.

También profirió condena por concepto de auxilio de transporte y auxilio de alimentación y beneficios convencionales conforme se le ha venido pagando a los trabajadores oficiales.

Absolvió por trabajo suplementario toda vez que no se aportaron pruebas de que el trabajador haya prestados sus servicios en jornada extraordinaria; negó la devolución de aportes en salud y riesgos laborales por considerar que solo es procedente la devolución de pago de aportes en pensión que son los únicos llamados a la construcción del derecho pensional; negó la condena por concepto de sanción moratoria por no consignación de las cesantías y la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías por considerar que los trabajadores oficiales no pueden ser beneficiarios de dichas prestaciones.

En lo que tiene que ver con la indemnización prevista en el art. 1ro del Decreto 797 de 1949 profirió condena en cuantía de \$47.132 pesos diarios a partir del 01 de noviembre de 2016 hasta cuando se verifique el pago de las condenas proferidas.

Luego de proferirse la parte resolutive de la sentencia el apoderado de la parte actora solicitó adición de la sentencia toda vez que no se resolvió sobre las pretensiones que perseguían el reconocimiento de beneficios convencionales; ante dicha petición el Juez de primer grado accedió en el sentido de declarar que el demandante es acreedor de beneficios convencionales en atención a que primero se declaró la calidad de trabajador oficial que tiene el actor y a que

⁴ Cuaderno 1, CD folio 1007, minuto 28:40. En el acta se registró la suma de \$255.604.

⁵ Ibídem, minuto 30:34. En el acta se registró la suma de \$5.202.400.

la demandada manifestó que los trabajadores oficiales de la entidad son beneficiarios de una convención colectiva.

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

En segunda instancia y, teniendo en cuenta los argumentos de inconformidad de las partes se definirán como problemas jurídicos los siguientes: i) si en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el art. 53 de la Constitución Política, el señor demandante ostentó la calidad de trabajador oficial de la SUBRED SUR E.S.E HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E.; si y solo si, de encontrarse acreditado el primer problema jurídico deberá entrar esta sala por determinar si ii) la relación laboral fue regida por un único contrato de trabajo vigente desde el 20 de enero de 2010 al 31 de julio de 2016; iii) si el Juez de primer grado aplicó acertadamente el fenómeno prescriptivo. iii) si son procedentes las condenas proferidas en la sentencia de primera instancia; iv) si el auxilio de las cesantías objeto de condena fue liquidado en debida forma con todos los factores salariales invocados por el demandante. v) si es procedente la condena por indemnización de que trata el art. 1 del Decreto 797 de 1949.

En esa dirección y para resolver la apelación de la demandada sea lo primero advertir, que en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando esta Sala de decisión y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones

especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Ha de recordarse que los elementos esenciales para que concurra la configuración del contrato de trabajo del trabajador oficial, son: i) la actividad personal del trabajador, esto es, que éste la realice por sí mismo, y de manera prolongada; ii) la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y iii) la correlativa obligación de acatarlas; y, iv) un salario en retribución del servicio⁶.

Requisitos que en principio debería acreditar el demandante conforme lo dispone el art. 167 del Código General del proceso, aplicable a esta clase de juicios por remisión expresa del artículo 145 del C. P. T. y de la S.S., sin embargo, dicha carga probatoria se atenúa con la presunción consagrada en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945, a favor del trabajador, a quien le bastará acreditar sólo la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, por cualquier medio de prueba; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal.

Se solicita en el escrito genitor que se declare que el señor JUAN CARLOS ESPINOZA BORDA se vinculó a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. como trabajador oficial asignado al cargo de AUXILIAR DE MANTENIMIENTO en las instalaciones del HOSPITAL TUNAL III NIVEL E.S.E., en virtud de una única relación laboral que tuvo vigencia desde el 20 de enero de 2010 hasta el 31 de julio de 2016⁷.

⁶ **Decreto 2127 de 1945, Artículo 2º** En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y
- c) El salario como retribución del servicio.

⁷ Cuaderno 1 folios 6 y 10.

Para resolver el primer problema jurídico ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 27 de 1998 el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL se transformó en Empresa Social del Estado, entendida ésta como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, dotada de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud y de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994⁸, se hace remisión al Decreto 1298 de 1994 que en el parágrafo del artículo 674 señala: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Al expediente, se arrimaron sendos contratos de prestaciones de servicios suscritos por las partes en litigio (fls. 75, 76, 77, 239, 240, 244, 245, 282, 283, 286, 293, 313, 314,, 315, 335, 340, 341, 342, 343, 344, 388, 389, 390, 399, 400, 406, 407, 412, 413, 419, 420, 426, 427, 466, 467, 468, 498, 509, 533, 534, 535, 543, 546, 578, 579, 580, 674, 747, 748, 786, 792, 806, 815, 851, 896, 898, 909, 919, 931, 932, 936, 937 y 948), al igual que la certificación expedida por la Dirección de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (fl.57), documentos que dan cuenta que el actor prestó sus servicios mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios así:

CONTRATO	INICIO	FINAL	OBJETO	VALOR DEL CONTRATO	UNIDAD DE SERVICIOS	FOLIOS
149	1/01/2010	30/09/2010	AUXILIAR	\$ 9.844.920.00	TUNAL	57, 239, 240, 244, 245, 256 265 Y 269
1539	1/10/2010	31/01/2011	AUXILIAR	\$ 3.481.740.00	TUNAL	57, 282, 283, 286 Y 293,
806	1/02/2011	31/12/2011	AUXILIAR	\$ 13.206.600.00	TUNAL	57, 313, 314, 315, 335, 340, 341, 342, 343, 351, 361, 362
995	16/03/2012	31/12/2012	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 11.405.700.00	TUNAL	57, 388, 389, 390, 399, 400, 406, 407, 412, 413, 419, 420, 426, 427, 433, 434 Y 440
183	1/01/2013	28/02/2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 2.497.248.00	TUNAL	57, 466, a 468
1085	1/03/2013	31/08/2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 7.491.744.00	TUNAL	57, 481 a 483, 509,
2252	8/10/2013	7/01/2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 3.745.872.00	TUNAL	57, 533 a 535, 543 y 546
217	8/01/2014	7/03/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 16.920.354.00	TUNAL	57, 578 a 580, 674, 688, 700
680	8/03/2015	31/12/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 12.751.082.00	TUNAL	57, 747, 748, 786, 792, 806, 815, 827, y 851
376	1/01/2016	31/07/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 9.897.694.00	TUNAL	57, 896 a 898, 909, 919, 931, 932, 936, 937 y 948

⁸ “Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994”

Ahora, en cuanto a las circunstancias en que se presentó el servicio se tiene que el señor demandante en su calidad de contratista se comprometía a prestar servicios profesionales de apoyo a la gestión como **auxiliar administrativo II** en el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar la realización de las actividades propias del área de MANTENIMIENTO desempeñando las actividades específicas de *“1) Ejecutar las ordenes de mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura que se genere en el área de mantenimiento * formar parte de las cuadrillas de mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura hospitalaria. *ejecutar labores de mantenimiento de la infraestructura tales como resanes, pinturas, enchapes y reparaciones locativas de todas las áreas del hospital * mantener la buena presentación personal garantizando la imagen institucional del hospital el Tunal durante la prestación del servicio.”*, como se lee en cada uno de los objetos de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes (aportados al plenario por la demandada en los folios arriba relacionados) y en los informes de actividades⁹ presentados por el señor JUAN CARLOS ESPINOSA BORDA a los supervisores de cada uno de los 10 contratos suscritos.

De la relación de dichas documentales se observa que entre las partes se suscribieron varios contratos y otros sí, en los que se evidencia que, el objeto contractual pactado era el mismo, pues, el demandante en su calidad de contratista se comprometía a desarrollar sus actividades como AUXILIAR ADMINISTRATIVO II en el Hospital el TUNAL E.S.E. para apoyar la realización de actividades propias del área de MANTENIMIENTO de la planta física del Hospital el Tunal, las que debía realizar dentro de la entidad, de lo que se desprende que obviamente debía asistir al Hospital, siendo necesaria la utilización de los equipos, máquinas y materias primas que suministraba el hospital en el área que se le asignara para el desarrollo de su actividad.

Otro aspecto que se logró acreditar por parte del demandante es que el cargo de OPERARIO DE SERVICIOS GENERALES código 5150 IV (AUXILIAR MANTENIMIENTO) se encuentra en la planta de personal de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. como lo certificó la

⁹ Folios 247, 251, 254, 258, 261, 267, 291, 295, 319, 322, 326, 331, 338, 345, 346, 349, 353, 358, 364, 367, 395, 402, 415, 422, 429, 436, 442, 447, 448, 472, 476, 485, 493, 505, 511, 515, 540, 553, 559, 590, 595, 603, 610, 616, 633, 640, 653, 661, 669, 684, 703, 713, 716, 725, 757, 761, 769, 777, 799, 808, 819, 831, 836, 841, 855, 902, 912, 922, 925, 928, 939, 940, 943 y 950.

misma entidad a folio 79, documental que no fue tachada y que en los términos de lo dispuesto en el art. 244 es auténtica para esta instancia.

Teniendo clara entonces la naturaleza de la demandada, prueba de la prestación del servicio a favor de la demandada y que las actividades desarrolladas por la demandante al servicio del HOSPITAL EL TUNAL estaban directamente relacionadas con el área de servicios generales y por ende desarrolladas por trabajadores oficiales, se tendrá por activada la presunción de existencia de contrato de trabajo, razón por la que procede esta instancia a valorar si en el decurso del trámite procesal la demandada logró desvanecer dicha presunción.

El apoderado de la SUBRED solicitó el interrogatorio de parte del señor JUAN CARLOS ESPINOZA BORDA prueba que se decretó y practicó en audiencia de fecha 08 de abril de 2021¹⁰ y de la que se extrajo: i) que se vinculó a la SUBRED SUR desde el año 2010 con la suscripción de varios contratos de prestación de servicios; ii) que desempeñó el cargo de AUXILIAR DE MANTENIMIENTO. iii) como funciones a su cargo describió las siguientes: mantenimientos locativos; pintura de habitaciones y áreas comunes del hospital; arreglo de tuberías; arreglos locativos y reparación de daños eléctricos; iv) aseguró que estaba sometido al cumplimiento de un horario de domingo a domingo, por turnos rotativos que iban de 7:00 am a 5:00 am; 7:00 am a 7:00 pm o de 7:00 pm a 7:00 am; v) que como auxiliar de mantenimiento debía registrar su hora de ingreso y salida en una bitácora, en la oficina de mantenimiento la cual era firmada por el jefe de la oficina de mantenimiento que estuviera encargado; vi) como remuneración inicial devengó \$1.200.000 monto que iba incrementándose cada año de acuerdo al aumento del SMMLV; vi) indicó que de su remuneración debía pagar lo correspondiente a salud, pensión y riesgos profesionales; vii) manifestó que tuvo varios jefes inmediatos a quienes identificó con los nombres de: LUIS, FERNANDO CIFUENTES; PEDRO PABLO, YASER y GIOVANNY, señaló que dichas personas eran ingenieros o arquitectos contratistas de SUBRED; viii) a su vez indicó que tenían una jefe, la señora YOLANDA a quien identificó como empleada de planta de la SUBRED y quien daba las órdenes a sus jefes inmediatos; ix) dijo que estuvo vinculado de forma continua en el hospital, que continuamente le

¹⁰ CD Folio 992. Minuto 06:00.

hacían prorrogas, pero que había ocasiones que en diciembre terminaban el contrato para renovarlo en enero; x) aseguró que había 8 personas de planta que desempeñaban las mismas funciones que él, entre las que recordó un señor ARMANDO y otro de nombre HONORIO; xi) precisó que las actividades se programaban a diario teniendo en cuenta órdenes de servicio que expedía el hospital; xii) indicó que el ingeniero encargado era quien programaba y asignaba las tareas a los auxiliares de mantenimiento; xiii) aceptó que entre el 01 de enero de 2012 al 15 de marzo de 2012, no le prorrogaron el contrato y que sólo lo volvieron a llamar a partir del 16 de marzo de 2012; confesó que durante dicho lapso de tiempo no prestó el servicio (minuto 44:19).

El Juez de primer grado también recepcionó los testimonios de los señores YEDIR EDISON COY y de OMAR ALIRIO CUESTA DÍAZ, quienes fueron compañeros de trabajo del demandante en la SUBRED, desempeñando el mismo cargo (AUXILIAR DE MANTENIMIENTO), estos testimonios ratificaron varias de las circunstancias relatadas por el actor en su interrogatorio, además se observó que fueron pertinentes y conducentes, por tanto dichas personas conocen directamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante desempeñó su labor en la SUBRED, pues no sólo compartían labores en el mismo hospital, también desempeñaban el mismo cargo y ejecutaban las mismas funciones en similares condiciones.

En dichos testimonios quedó probado que: i) los auxiliares de mantenimiento ejecutaban funciones de mantenimiento de la infraestructura del hospital, Pintura, instalaciones eléctricas, mantenimiento de redes hidráulicas y sanitarias, sistemas de bombeo de calderas; ii) que las funciones se realizaban en las instalaciones del hospital; iii) que había personal de planta que hacía las mismas funciones, pues ambos testigos informaron que tenían como compañeros de trabajo en el área de mantenimiento a los señores JAIME MURILLO, HONORIO, DARIO MELO, JORGE COY y ARMANDO ABRIL, personas que tenían la calidad de empleados de planta de hospital; iv) indicaron que durante el tiempo que compartieron labores con el actor tuvieron como jefes inmediatos a los ingenieros contratistas LUIS GONZALEZ, FERNANDO CIFUENTES, YASER KALIF, PEDRO PABLO BERNAL, ESTIVEN GONZALEZ, SANTIAGO PULIDO y FABIO APONTE; v) indicaron que estaban bajo estrictas órdenes del jefe del área de mantenimiento, quien programaba

diariamente las labores que debían realizar los auxiliares acorde a las órdenes de trabajo que expediera el hospital a través de la señora YOLANDA QUIROGA quien fungía el cargo de Jefe de Recursos Físicos; vi) que los cronogramas de actividades eran publicados en el área de mantenimiento y firmados por el jefe del área de mantenimiento y la jefe de recursos físicos; vii) coincidieron en afirmar que siempre debían reportar y justificar su retraso o inasistencia a desempeñar labores ante el jefe inmediato, ante quien debían pedir permiso; ix) manifestaron que debían portar de forma permanente el carnet que los identificaba como auxiliares de mantenimiento del hospital, documento que les entregaba la oficina de talento humano; x) aseveraron que debían cumplir un horario por turnos rotativos y que debían registrar en una bitácora la hora de ingreso y de salida.

De los indicios relacionados en detalle, esta instancia considera que en el sub judice, desde ningún punto de vista se logró derruir la presunción de existencia de contrato de trabajo antes declarada, pues, no se logró inferir que el demandante desarrollaba sus actividades con plena autonomía e independencia; lo único que se logró ratificar con toda certeza fue la existencia de los elementos del contrato de trabajo enlistados en el art. 2 del Decreto 2127 de 1945, razón por la que los motivos en que fundó su alzada el apoderado de la demandada están llamados al fracaso.

Resuelta la apelación de la parte demandada, y teniendo claro que lo que existió entre las partes fue una verdadera relación laboral se procede a dar respuesta a los motivos en que sustentó la apelación el señor demandante.

Como primer punto indicó que debió haberse declarado la existencia de una sola relación laboral, desde el 20 de enero de 2010 al 31 de julio de 2016.

A fin de resolver dicha inconformidad, esta instancia considera procedente remitirse al Decreto 2127 de 1945 que dispuso en los art. 40, 43 y 47:

“ARTICULO 40. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.

ARTÍCULO 43. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.”*

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23957, reiterada, entre otras en las sentencias CSJ SL 26 ag. 2008, rad 32827, CSJ SL 2 may. 2012, CSJ SL2406-2019 y CSJ SL1380-2021, expuso lo siguiente:

“En los contratos a término indefinido, ese acuerdo pone de presente que las partes contratantes, al unísono, le ponen término final al vínculo. Y desde luego, no cabe indemnización alguna. En los contratos a término fijo ocurre lo mismo, sólo que el acuerdo extintivo se hace desde el mismo momento en que las partes conciertan las condiciones de su vinculación, determinando la fecha de la expiración del contrato; y por eso tal acuerdo inicial surte efectos sin que quepa indemnización alguna. Obsérvese, en adición a lo anterior que, en los contratos a término fijo, una de las partes puede manifestarle a la otra que no tiene intención de continuar con la vinculación, y que esa declaración de no prorrogar el contrato, cuando viene de una sola de las partes, sólo es unilateral en apariencia, porque dentro del marco integral del contrato es el acuerdo mismo.

El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral.

De acuerdo con lo anterior, cuando una parte se acoge al plazo presuntivo semestral o cuando lo hace valer, no hay despido y por lo mismo no hay lugar a indemnización alguna. Por lo mismo, también, existe una sustancial diferencia entre la terminación de un contrato cuando opera el plazo presuntivo extintivo y la terminación de un contrato que expira por la invocación de una justa causa, ya que en este caso sí está de manifiesto la declaración unilateral, de manera que si la causa invocada no es suficiente, según la ley, caben las indemnizaciones legales. Y como la expiración del plazo pactado o la expiración del plazo presumido por la ley, implican acuerdo de voluntades, no puede asimilarse este modo de terminación del contrato con los que no lo conllevan y es por eso por lo que la constante jurisprudencia de la Corte ha dicho que respecto de otros modos de terminación legal del contrato, como el cierre de la empresa, hay lugar a las indemnizaciones legales, porque esas indemnizaciones las impone la ley en los casos en que no hay justa causa, pero las descarta, se repite, cuando hay acuerdo de voluntades dirigido a terminar el contrato.”

De los elementos normativos y jurisprudenciales relacionados y de la verificación de los insumos probatorios recaudados en el proceso, específicamente en lo que tiene que ver con la certificación aportada a folio 57 de fecha 12 de enero de 2017 y los contratos aportados por la demandada (fls. 75, 76, 77, 239, 240, 244, 245, 282, 283, 286, 293, 313, 314,, 315, 335, 340, 341, 342, 343, 344, 388, 389, 390, 399, 400, 406, 407, 412, 413, 419, 420, 426, 427, 466, 467, 468, 498, 509, 533, 534, 535, 543, 546, 578, 579, 580, 674, 747, 748, 786, 792, 806, 815, 851, 896, 898, 909, 919, 931, 932, 936, 937 y 948), se tiene que, los primeros 3 contratos acreditan la prestación del servicio del demandante de forma permanente y continua desde el 01 de enero de 2010 al 31 de Diciembre de 2011.

CONTRATO	INICIO	FINAL	OBJETO	VALOR DEL CONTRATO	UNIDAD DE SERVICIOS	FOLIOS
149	1/01/2010	30/09/2010	AUXILIAR	\$ 9.844.920,00	TUNAL	57, 239, 240, 244, 245, 256 265 Y 269
1539	1/10/2010	31/01/2011	AUXILIAR	\$ 3.481.740,00	TUNAL	57, 282, 283, 286 Y 293,
806	1/02/2011	31/12/2011	AUXILIAR	\$ 13.206.600,00	TUNAL	57, 313, 314, 315, 335, 340, 341, 342, 343, 351, 361, . 362

Luego se observa que las partes suscribieron un cuarto contrato de prestación de servicios desde el 16 de marzo de 2012; lo que quiere decir que, para la aplicación del plazo presuntivo sin solución de continuidad desde la fecha de inicio del primer contrato a la fecha de inicio del segundo contrato, el señor demandante debía acreditar la prestación del servicio a favor de la encartada

para los meses de enero, febrero y la primera quincena de marzo de 2012, carga que omitió la parte actora por este interregno.

Nótese que el apoderado recurrente hace referencia a que la demandada aportó copia de planilla de pago de aporte que presuntamente hizo el demandante en esos periodos, sin embargo, al revisar el expediente no se encuentran las documentales a las que hace referencia y que puedan llevar a inferir que el actor ejecutó labores en calidad de auxiliar administrativo en favor de la encartada para dicho intervalo de tiempo, aunado ello al hecho de que el señor JUAN CARLOS ESPINOZA en el interrogatorio de parte que le fuera practicado confesó en el minuto 44:19 que para los meses de enero, febrero y la primera quincena de marzo de 2012 no prestó servicios al hospital.

Ahora, en lo que tiene que ver con la declaratoria del segundo contrato desde el 16 de marzo de 2012 al 31 de julio de 2016, se remite la sala a las disposiciones establecidas en el art. 43 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 en lo que atiende al término de duración, concluyendo que en el segundo contrato se debía dar aplicación al plazo presuntivo de 6 meses y en virtud de ello surgían las siguientes prorrogas:

PRORROGA	INICIO	FINAL	OBJETO
INICIO CONTRATO	16/03/2012	31/12/2012	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II
1	1/01/2013	28/02/2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II
2	1/03/2013	31/08/2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II
3	8/10/2013	7/01/2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II
4	8/01/2014	7/03/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II
5	8/03/2015	31/12/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II
6	1/01/2016	31/07/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II

Así las cosas, esta instancia considera que le asiste razón al a quo en lo que respecta a los extremos en que declaró la existencia de las dos relaciones laborales, pues existe prueba suficiente de que el demandante prestó sus servicios como AUXILIAR ADMINISTRATIVO II-AREA DE MANTENIMIENTO en favor de la SUBRED con la suscripción de 10 contratos, que fueron objeto de prórrogas continuas, como ya se relacionó a folio 12 de esta decisión¹¹, donde

11

se observa y se infiere que la primer relación laboral del demandante se mantuvo por el término de dos años desde el 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2011 y luego la segunda relación se prolongó por más de tres años desde el 16 de marzo de 2012 al 31 de julio de 2016.

Por lo motivado, entonces no queda otro camino que confirmar lo dispuesto por el Juez de primer grado en el numeral primero de la sentencia recurrida.

En lo que tiene que ver con la aplicación del fenómeno prescriptivo se tiene que los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPT y de la SS establecen un término de tres años para que el acreedor reclame, contado a partir del momento de exigibilidad de la obligación de las acciones.

CONTRA TO	INICIO	FINAL	OBJETO	VALOR DEL CONTRA TO	UNIDAD DE SERVICI OS	FOLIOS
149	1/01/2010	30/09/2010	AUXILIAR	\$ 9.844.920,00	TUNAL	57, 239, 240, 244, 245, 256 265 Y 269
1539	1/10/2010	31/01/2011	AUXILIAR	\$ 3.481.740,00	TUNAL	57, 282,283, 286 Y 293,
806	1/02/2011	31/12/2011	AUXILIAR	\$ 13.206.600,00	TUNAL	57,313, 314, 315, 335, 340, 341, 342, 343, 351, 361, , 362
995	16/03/2012	31/12/2012	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 11.405.700,00	TUNAL	57, 388, 389, 390, 399, 400, 406, 407, 412, 413, 419, 420,426, 427, 433, 434 Y440
183	1/01/2013	28/02/2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 2.497.248,00	TUNAL	57, 466, a 468
1085	1/03/2013	31/08/2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 7.491.744,00	TUNAL	57, 481 a 483, 509,
2252	8/10/2013	7/01/2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 3.745.872,00	TUNAL	57, 533 a 535, 543 y 546
217	8/01/2014	7/03/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 16.920.354,00	TUNAL	57, 578 a 580, 674, 688, 700
680	8/03/2015	31/12/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 12.751.082,00	TUNAL	57, 747, 748, 786,792,806, 815,827, y 851
376	1/01/2016	31/07/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO II	\$ 9.897.694,00	TUNAL	57, 896 a 898, 909, 919, 931, 932, 936, 937 y 948

Ahora respecto a los trabajadores oficiales advierte esta instancia que el párrafo 2 del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, artículo subrogado por el art. 1 del Decreto 797 de 1949, artículo compilado en el artículo 2.2.30.6.16 del Decreto Único reglamentario 1083 de 2015 dispone:

“Parágrafo 2. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al presente Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo 2.2.30.6.10 del presente Decreto.

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley.”

Atendiendo a dicha preceptiva la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-9641 de 2014 explicó:

“El hito inicial para contabilizar el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales es el día siguiente al vencimiento de los noventa días que tiene la administración pública para pagar las acreencias laborales

«Nótese que el precepto en precedencia consagra un período de gracia de 90 días en favor del deudor - administración pública-, con que ella cuenta, una vez terminado el vínculo jurídico laboral con el trabajador oficial, para liquidar y pagar las acreencias laborales de éste; es decir, en palabras del artículo 1551 del Código Civil, dicho plazo "es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación "

Entonces, como ya se dijo, vencido el plazo de 90 días, la obligación se hace exigible, precisamente porque, verificado aquel, ésta muta su naturaleza a una obligación pura y simple, y a partir de allí el trabajador ya puede hacer uso del derecho de acción consagrado en la Constitución y la ley, puesto que el empleador oficial, a partir de ese momento, queda constituido en mora.

Como síntesis, se tiene que el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción, solo se presenta transcurridos los 90 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, vale decir, a partir del día 91, no antes».

Así pues, y a no dudarlo, también resulta provechoso traer a colación el principio consagrado en el artículo 1553 del Código Civil según el cual «quien tiene plazo, nada debe», es decir, que durante los 90 días de gracia que la ley le otorga a la administración pública para cumplir con sus obligaciones laborales -plazo que, valga decir, constituye un hecho futuro, determinado y cierto-, la cancelación de estas no puede exigirse y por tanto el acreedor no puede echar mano de su derecho de crédito, esto es, se suspende su ejercicio, salvo, claro está, en los casos en los que se presente lo que la doctrina ha denominado decadencia del beneficio».

Aplicando la normativa expuesta y los antecedentes jurisprudenciales se tiene entonces que en el caso objeto de estudio el segundo contrato se terminó el 31 de julio de 2016, es decir que a partir de esa calenda la SUBRED tenía noventa días calendario como periodo de gracia¹² para cumplir con las obligaciones laborales causadas a la fecha de terminación del contrato, plazo que se cumplió el día 31 de octubre de 2016; a partir de dicha data el señor JUAN CARLOS ESPINOZA contaba con el término trienal establecido en el art. 488 del CST y en el art. 151 del CPT y de la SS, para iniciar la reclamación ante su empleadora término que fenecía el 31 de octubre de 2019, presentándose la reclamación el 08 de agosto de 2019 como consta a folios 39-44 la que se agotó con la respuesta de la SUBRED recibida por el actor el 26 de agosto de 2019; siendo incoada la demanda el 18 de noviembre de 2019 como consta a folio 98.

En esa medida, válido es concluir que los únicos emolumentos que no están afectados por el fenómeno prescriptivo son los causados a la finalización del contrato de trabajo y cuya fecha de efectividad se materializó el 31 de octubre de 2016 (periodo de gracia concedido a la administración).

Determinada entonces la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados y la aplicación del fenómeno prescriptivo, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas por el a quo, punto que también fue objeto de apelación por parte de la demandada.

¹² Parágrafo 2 del artículo 2.2.30.6.16 del Decreto Único reglamentario 1083 de 2015.

En la sentencia SL1472 -2021 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que: “El empleador oficial tiene un término de noventa días calendario para el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones”.

En el numeral segundo de la sentencia recurrida se condenó a la SUBRED SUR a pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:

- “2.1 Diferencias salariales: \$255.604.*
- 2.2 Cesantías: \$5.204.809.*
- 2.3 Intereses a las cesantías: \$440.800.*
- 2.4 Prima de antigüedad: \$2.602.400.*
- 2.5 Prima de vacaciones: \$2.602.400.*
- 2.6 Prima de navidad: \$5.202.400.*
- 2.7 Devolución de aportes en pensiones: \$576.988.*
- 2.8 Indemnización artículo 1 del Decreto 797 de 1949: \$47.132 a partir del primero de noviembre de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.”*

Igualmente emitió condena al pago del auxilio de transporte, auxilio de alimentación y beneficios convencionales conforme se le ha venido pagando a los trabajadores oficiales de la entidad demandada.

DIFERENCIAS SALARIALES

Solicita el demandante el reconocimiento de las diferencias que le correspondan por salario entre lo que la SUBRED le pagó por remuneración de los contratos de prestación de servicios y los salarios que realmente se les reconocían a los trabajadores oficiales de la encartada.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que las diferencias salariales causadas en los periodos 2012, 2013, 2014, 2015 y enero a junio de 2016 están afectadas por el fenómeno prescriptivo; ahora bien para el año 2016 se tiene que los trabajadores oficiales devengaban como salario la suma de \$1.369.324, como consta a folio 79 con la certificación de salario expedida por la misma entidad, sin embargo, se observa que para julio de 2016 el actor devengó por remuneración mensual la suma de \$1.417.778¹³, suma superior a la que se le reconocía al personal de planta, por lo anterior esta sala de decisión considera que no es procedente la condena impuesta a la SUBRED por diferencias salariales y por ende se revocará.

APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA

¹³ Folio 949.

Ha de tenerse en cuenta en primer término que las convenciones aportadas son válidas en virtud de que se acredita en su estructura el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 469 del CST¹⁴; además y teniendo en cuenta que la actora estuvo unida a SUBRED-SUR a través de un vínculo laboral subordinado y que por tanto ostentaba la calidad de trabajadora oficial, esta instancia encuentra que a la luz del “campo de aplicación” del acuerdo convencional 2007-2011¹⁵ prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2016, le eran aplicables los beneficios extralegales allí consagrados.

En atención a las premisas anteriores, se procederá a consignar los beneficios convencionales a los que tendría derecho el demandante, eso sí teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo ya explicado y que se aplicara a los derechos que se causaron e hicieron exigibles para los periodos 2012, 2013, 2014, 2015 y enero a junio de 2016.

En principio ha de tenerse en cuenta que en la convención colectiva de trabajo 2007-2011 se pactó como término de vigencia un periodo de cinco (5) años a partir del 01 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011 (fls.82-94) término que se prorrogó con el acta de acuerdo de arreglo directo del pliego de peticiones del 29 de diciembre de 2011, durante cinco (5) años más desde el 01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2016.

Definida entonces la vigencia de la convención se encuentra que los extremos temporales en los que se declaró la prestación del servicio y la existencia de contrato realidad, encuadran en los periodos de vigencia del acuerdo convencional.

Se advierte que el demandante en la pretensión No. 5 literal “s” hizo referencia de forma general a la declaratoria de todo beneficio de carácter convencional, los que para el cargo de operario de servicios generales código 5150 categoría 3ª consisten en prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad y beneficio por servicios prestados, los que se entraran a determinar.

¹⁴ A folio 185-195 obra la convención colectiva 2007-2011 suscrita entre SUBRED y las organizaciones sindicales SINTRASALUD; AGROCONDUCTORES; SINDISTRITALES y la Secretaría de Salud, el 07 de febrero de 2007 y depositada ante el MINISTERIO DE TRABAJO el 22 de febrero de 2007 como consta a folio 184.

¹⁵ Folios 81-97 y 182-217.

PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y PRIMA DE VACACIONES.

En este punto es válido indicar que el Juez de primer grado profirió condena por prima de antigüedad \$2.602.400 y prima de vacaciones \$2.602.400; sin embargo, no indicó los presupuestos legales o convencionales que tuvo en cuenta para soportar dichas condenas

A su vez encuentra esta instancia que dichos emolumentos no se encuentran consagrados en ninguno de los 11 artículos que conforman la Convención Colectiva de Trabajo invocada y en la demanda el apoderado tampoco aportó el fundamento legal de dichas pretensiones, razón por la que se considera que la condena emitida por este concepto no es procedente, pues no tiene asidero legal, ni convencional.

Se precisa, que la norma que rige las relaciones laborales para los trabajadores oficiales es el Decreto 2127 de 1945, disposición que no contiene las prestaciones solicitadas, por lo que concluye esta corporación que no existe disposición legal que consagre el pago de las primas peticionadas a favor de los trabajadores oficiales de entidades del nivel de la demandada, y por ende es inminente su revocatoria.

PRIMA DE NAVIDAD.

Al respecto es preciso indicar que la condena por dicha pretensión tampoco fue fundamentada por el a quo, sin embargo, encuentra esta instancia que este tipo de prestaciones se encuentra regulada en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el decreto 3148 de 1968¹⁶ art. 1 en armonía con el art. 51 del Decreto 1848 de 1969, donde incluso se precisa que los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado no tienen derecho a esta cuando la norma convencional les otorgue una similar.

Dado que en el presente asunto no se estipuló el reconocimiento de esta pretensión en el acuerdo convencional y que existe un fundamento legal para reconocer este tipo de prestación a los trabajadores oficiales, considera esta

¹⁶ *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”*

instancia que se debe reconocer la misma, equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año.

A fin de calcular al valor que le corresponde al señor demandante por prima de navidad, en principio ha de tenerse en cuenta que, según las normas aludidas es un beneficio que se le reconoce al trabajador oficial por haber laborado durante todo el año civil¹⁷ o proporcional y que para su liquidación debe tomarse como referencia el salario que el trabajador oficial hubiere devengado a 30 de noviembre.

Así las cosas, teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo y que dicho emolumento se reconoce por haber laborado el año civil o proporcional, se tiene que el demandante tiene derecho al reconocimiento de prima de navidad en proporción por el tiempo laborado en el año 2016 teniendo como base salarial para su liquidación el que se le reconocía a los trabajadores oficiales en el año 2016 y que corresponde a \$1.417.778.

La liquidación correspondiente arroja un total de \$827.036 que debe reconocérsele al demandante por prima de navidad, por lo que se modificará la condena en este ítem.

INICIO	FINAL	DIAS	1/12 por cada mes
1/01/2016	30/01/2016	30	\$ 118.148,00
1/02/2016	28/02/2016	30	\$ 118.148,00
1/03/2016	31/03/2016	30	\$ 118.148,00
1/04/2016	30/04/2016	30	\$ 118.148,00
1/05/2016	31/05/2016	30	\$ 118.148,00
1/06/2016	30/06/2016	30	\$ 118.148,00
1/07/2016	31/07/2016	30	\$ 118.148,00
PRIMA DE NAVIDAD			\$ 827.036,00

BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS.

Pretende también el demandante el reconocimiento del derecho convencional denominado “BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS” el cual se pactó desde el 29 de diciembre de 2011 en el “acta de acuerdo en arreglo directo del

¹⁷ Precizando que el año civil es el mismo que coincide con el año calendario, esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de cada año.

pliego de peticiones presentado por los trabajadores oficiales al servicio de las empresas sociales del estado adscritas a la secretaría distrital de salud por las organizaciones sindicales SINTRASALUD D.C., AGRECONDUCTORES y SINDISTRITALES” (fls.123-126 y 193-196).

En el art. 11 del acuerdo en mención se pactó:

“ARTICULO 11. BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS. Las Empresas Sociales del Estado que conforman la red pública de los hospitales del Distrito Capital reconocerán y pagarán a partir de la firma de la presente convención, a cada uno de los Trabajadores Oficiales que ingresaron a partir del primero de enero de 2005 a las ESE; un beneficio anual, equivalente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor de la asignación básica mensual, el cual no constituirá factor salarial.”

Teniendo en cuenta lo preceptuado y al revisar los extremos temporales de las relaciones laborales decretadas se tiene que el demandante tendría derecho a dicho beneficio en vigencia del segundo contrato que tuvo como extremos temporales el 16 de marzo de 2012 al 31 de julio de 2016, por los siguientes años cumplidos.

INICIO	FINAL	DIAS
16/03/2012	16/03/2013	360
16/03/2014	16/03/2015	360
16/03/2015	16/03/2016	360

Sin embargo, dicho beneficio se encuentra prescrito, pues recordemos que todos los derechos laborales del demandante causados con anterioridad a la fecha de terminación del contrato fueron afectados por el fenómeno prescriptivo.

AUXILIO DE CESANTÍAS.

Solicita el demandante la liquidación de las cesantías teniendo en cuenta lo dispuesto en las convenciones colectivas en el art. 8 que dispone:

“ARTICULO 8. LIQUIDACIÓN DE CESANTIAS.

Los hospitales empresas sociales del estado (ESE) adscritas a la red pública del Distrito Capital pagarán a los trabajadores oficiales las cesantías parciales y/o definitivas, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- a) Asignación básica mensual.
- b) Subsidio de Alimentación.
- c) Auxilio de transporte.
- d) Prima de antigüedad.
- e) 1/12 Recargos nocturnos.
- f) 1/12 Dominicales y festivos.
- g) 1/12 Prima de navidad.
- h) 1/12 Prima de servicios o semestral.
- i) 1/12 Prima de vacaciones.
- j) 1/12 Horas Extras.
- k) 1/12 Quinquenio.
- l) Los demás factores que constituyan salario.”

Teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario de la convención se accederá a lo peticionado y se procederá a liquidar las cesantías teniendo en cuenta los extremos que tuvo como base para la liquidación el Juez de primer grado y la prima de navidad, único ítem que se le reconoció a la demandante de los enlistados en el art. citado en precedencia.

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	1/12 PRIMA DE NAVIDAD	CESANTÍAS
16/03/2012	14/02/2013	335	\$ 1.200.600	\$ 100.050	\$ 1.293.702
15/02/2013	14/02/2014	360	\$ 1.248.624	\$ 104.052	\$ 1.352.676
15/02/2015	14/02/2016	360	\$ 1.337.526	\$ 111.461	\$ 1.448.987
15/02/2016	31/07/2016	167	\$ 1.417.778	\$ 118.148	\$ 1.472.586
TOTAL					\$ 5.567.950

Así las cosas, se modificará el numeral 2.2 de la parte resolutive y en su lugar se condenará a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD E.S.E- HOSPITAL TUNAL III NIVEL a pagar a favor del demandante la suma de \$5.567.950 por concepto de auxilio de cesantías.

INTERESES A LAS CESANTÍAS:

Indica la Sala, que no existe norma legal que disponga esta prestación para los trabajadores oficiales de Empresas Sociales del Estado como la convocada. Lo anterior, como quiera que el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en la forma

como fue modificado por el artículo 3° de la Ley 41 de 1975, consagra esa prestación, pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, así:

“(…)

ARTÍCULO 3o. El artículo [33](#) del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968 quedará así: El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del 12 por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo [47](#) del Decreto 3118 de 1968.(…)”

Lo anterior, también fue sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de mayo de 2004, radicado 22357. En consecuencia, se absolverá a la demandada de esta pretensión y se **revocara** la sentencia de primera instancia, en lo atinente a este punto en concreto, esto es, el numeral 2.3 de la sentencia recurrida.

DEVOLUCIÓN DE APORTES EN PENSIÓN.

El Juez Cuarto Laboral profirió condena por devolución de aportes en pensión \$576.988, por los pagos acreditados a folios 58, 63, 64, 65, 73 y 74 del cuaderno 1, aclarando que esa devolución debería hacerse de manera indexada.

Advierte esta instancia que al revisar el acápite de pretensiones de la demanda no se observa que la parte demandante haya solicitado el reintegro del pago de dichos aportes, solo se observa que en la pretensión quinta, literal k) solicitó la afiliación patronal y el pago de las cotizaciones al SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL ¹⁸, pago que no sería procedente ordenar por cuanto en el expediente a folios 58-74 y 239-951 se acreditaron los pagos que el demandante realizó a las entidades administradoras de riesgos en salud, pensión y riesgos profesionales, para los periodos en que mantuvo su vínculo laboral con la SUBRED y emitir condena por dicho concepto encausaría un doble pago.

Corolario a lo anterior y teniendo en cuenta que el demandante no solicitó la devolución por la que se emitió condena y teniendo en cuenta que durante la vigencia de la relación laboral el demandante estuvo protegido por los riesgos

¹⁸ Folio 11.

de salud, pensión y riesgos profesionales, fin último de estas cotizaciones se revocará la condena emitida por este concepto.

AUXILIO DE TRANSPORTE Y SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN

El reconocimiento de auxilio de transporte para los trabajadores oficiales de la SUBRED se encuentra consagrado en el art. 2 de la convención colectiva de trabajo 2007 a 2011 prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2016 (fls.82-94), razón por la que es procedente su reconocimiento al demandante, pero sólo para Julio de 2016, tiempo que no fue afectado por el fenómeno prescriptivo.

Para su liquidación se estableció que debería tenerse en cuenta para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 el porcentaje más favorable más un 0,5% entre las tres opciones siguientes:

- a. *El incremento del IPC Nacional*, que para el año 2016 fue del 5,75%¹⁹.
- b. *El incremento del salario mínimo mensual que decreta el gobierno nacional*, que para el año 2016 fue del 7%²⁰.
- c. *El incremento de los empleados públicos del Distrito Capital*, que para el año 2016 fue del 7,15%.²¹

Teniendo en cuenta dichos parámetros se tiene que el auxilio de transporte más favorable para el demandante es el que resulta de la aplicación del incremento concedido a los empleados públicos del Distrito capital más el 0,5%, como pasa a relacionarse:

		AUX TRANSPORTE
incremento IPC	6,25	\$ 88.611,13
incremento SMLV	7,5	\$ 106.333,35
incremento empleados públicos	7,65	\$ 108.460,02

Por lo anterior, se condenará a la SUBRED al pago de auxilio de transporte a favor del actor en cuantía de \$108.460 causado para el mes de julio de 2016.

Ahora en lo que tiene que ver con subsidio de alimentación se tiene que en la convención colectiva en el art. 3 se reconoce este concepto a los trabajadores oficiales en la misma cuantía determinada para el auxilio de transporte.

¹⁹ <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>

²⁰ Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015.

²¹ Decreto 020 del 18 de enero de 2017.

Concorde a lo dicho se condenará a la SUBRED a reconocer y pagar por auxilio de alimentación para julio de 2016 a favor del demandante la suma de \$108.460.

En lo que atañe a la procedencia de la condena por indemnización de que trata el art. 1 del Decreto 797 de 1949 debe indicarse, que esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe, incluso para cuando se trate de trabajadores oficiales, conforme lo cita la Sala de Casación Laboral en la extinguida Sección Segunda, Sentencia Nov. 20 de 199022, estudio que abordará la Sala a renglón seguido.

Bajo la premisa anterior, a juicio de la Sala la conducta del Hospital Tunal, durante la ejecución del contrato, no puede considerarse como demostrativo de buena fe, pues nótese que en el caso de marras quedó acreditada la prestación del servicio a favor de la encartada por 1 año y luego por más de 4 años tiempo durante el cual se trató de enmascarar la relación sostenida con la suscripción de contratos de prestación de servicios, aunado a ello, durante el trámite procesal se negó la existencia del vínculo, hecho que como se ha venido reiterando a lo largo de esta providencia quedo desvirtuado con los medios probatorios, por lo que se mantendrá la decisión del Juez *a quo* en lo correspondiente.

²²“(…) será el patrono oficial quien deba demostrar así mismo su buena fe para liberarse de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 cuando deje de pagar, dentro del plazo fijado en la norma, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que haya quedado debiendo al trabajador a la finalización del contrato. Precizando el punto para el sector oficial la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral en sentencia de 23 de Septiembre de 1982 se pronunció así:

“Tiene razón el censor, en principio, puesto que el tribunal hizo al parecer una aplicación automática de la norma sancionatoria (Decreto 797 de 1949), ya que no se detuvo a examinar la conducta de la demandada, como era de rigor dentro de un recto entendimiento de la ley (...). Mas no puede olvidarse que de acuerdo con esa misma jurisprudencia, la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento o la mora” (G.J. No. 2410, pág. 953)”.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y conforme a las motivaciones precedentes se **MODIFICARÁ** y **ADICIONARÁ** la decisión de primer grado como se consideró en precedencia.

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 **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido de condenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagar a favor del señor JUAN CARLOS ESPINOZA BORDA los siguientes conceptos:

2.2 Cesantías: \$5.567.950.

2.6 Prima de navidad: \$827.036

2.8 Indemnización artículo 1 del Decreto 797 de 1949: \$47.132 a partir del primero de noviembre de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.

Y se adiciona:

2.9 auxilio de transporte: la suma de \$108.460.

2.10 subsidio de alimentación: la suma de \$108.460.

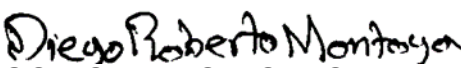
SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las pretensiones y derechos laborales causados antes de la fecha de terminación de la relación laboral, según lo motivado.

TERCERO: REVOCAR los numerales 2.1; 2.3; 2.4; 2.5 y 2.7 de la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelve a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E de dichas condenas.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida por el Juez 4 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA
HERNANDEZ ROBLES CONTRA EDUPOL S.A.S. (RAD. 10 2018 00160 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fl 161-166), 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 Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de junio de 2021¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la tacha de IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO interpuesta contra los testigos MONICA LEYVA ARBOLEDA y YENNY STELLA CUERVO ORTIZ, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora MARTHA CECILIA HERNANDEZ ROBLES y EDUPOL S.A.S. desde el 20 de septiembre de 2010 al 15 de septiembre de 2017(sic), en el cargo de directora de centro de apoyo universitario y salario básico \$2.000.000 y gastos de movilización de \$300.000 y que el contrato de trabajo fue terminado con justa causa por parte del empleador, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se declara probada la excepción de justa causa del despido propuesta por la demandada EDUPOL S.A.S. y en consecuencia se absuelve a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de las condenatorias y declarativas de indemnización por despido sin justa causa e indemnización del art. 64 del CST.

¹ CD folio 154, minuto 1:10:38.

CUARTO: *Se condena en costas a la demandante a favor de la demandada. Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$450.000.”*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación argumentando que en el trámite procesal se demostró que no existió una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante, pues asegura que no se acreditó que días fueron los que realmente no asistió la demandante a las teleconferencias, no se demostró la existencia de un llamado de atención a la demandante por la inasistencia alegada y aunado a ello asegura que no quedó demostrado que se hubiese sometido a un proceso disciplinario a la demandante previa la decisión de dar por terminada la relación laboral por la presunta justa causa invocada².

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

² Apoderado parte demandante (1:12:15): Muchas gracias obrando en mi condición de parte demandante, permito manifestar al despacho que contra esta sentencia interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral el cual hago sustentar en los siguientes hechos: Quedo demostrado dentro del proceso que realmente la demandante si tenía la obligación de asistir a unas charlas a través de Teleconferencias que se llevan a cabo cotidianamente, la discrepancia estriba en cuanto dio por demostrado el a quo que la demandante había incurrido en esta falta disciplinaria que da razón a la terminación del contrato de trabajo pero considero que existe un error al no haber analizado el contenido total, tanto de la demandante como de los testigos en el cual ni exponen que la demandante dentro de su tiempo de vinculación en el cabo de la calle 70 y 80 estuvo incapacitada por cierto periodo, se llegó a la conclusión por parte del juzgado que la demandante no asistió por exclusión que hiciera la demandante en diez oportunidades, si entramos a considerar que la demandante paso incapacidad por 13 días y las teleconferencias eran diarias, esto nos lleva a concluir que de los 13 días que estuvo incapacitada inclusive ella se incomunicó por 3 veces y que los últimos diez días restantes no asistió por cuanto estaba incapacitada y no la obligaba a ella a comunicarse a través de estas charlas porque supuestamente su contrato estaba en Stand by por incapacidad de ella misma. No quedó demostrado dentro del proceso que días fueron los que realmente no asistió la demandante a las teleconferencias, no existe ningún llamado de atención expreso en el cual se dijera usted faltó a las teleconferencias tales y tales días, no quedo demostrado, tampoco existe dentro del proceso un proceso disciplinario en el cual se le hubiera llamado la atención y que posteriormente llegara la decisión tomada y trágica de dar por terminado el contrato de trabajo , argumentado una justa causa, dentro de la disposición de justas causas y tal como lo dio por demostrado por el juzgado no existió la causal de faltas de resultados y esto conlleva a que si no se dieron falta de resultados es porque realmente la demandante si cumplió durante su vinculación laboral con sus obligaciones de tipo legal y contractual que tenía, Extraña esta defensa que si la demandante su vínculo desde el año 2010 hasta el 2017, solo en el 2017 cuando fue llamada a ocupar el cargo de la calle 170 un centro de atención universitaria el cual estaba de capa caída porque lo administraba otra persona, mal podría endilgársele una conducta grave por el solo hecho de no entrar a asistir a unas teleconferencias.

Ahora el resultado por sí mismo indica que ella siempre estuvo presente y la ausencia no se tuvo en consideración como manifestó la demandante al absolver interrogatorio de parte que ella no asistió algunas veces sencillamente porque de pronto tenía una cita, si la tarea y la imposición por parte de la empresa era que hicieran matriculas que al cabo, ella debía echar mano a toda posibilidad que tuviera para poder captar esas matricula en favor de la empresa, lo cual no se consideró y se desconoció esa situación. Considero que haber dado por demostrado que no participo la demandante en todas las teleconferencias no tiene ningún soporte probatorio que pudiera haberlo podido llevarlo a esa conclusión, razón por la cual solicito comedidamente al Honorable Tribunal Revocar la sentencia y en su lugar conceder las pretensiones incoadas por la parte demandante, en estos términos dejo planteado el recurso de apelación, muchas gracias

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARTHA CECILIA HERNANDEZ ROBLES en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (folios 19-20), los cuales encuentran sustento en los hechos descritos en el libelo (folios 20-21) solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de septiembre de 2010 al 15 de diciembre de 2017; se declare que el contrato de trabajo fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y, en consecuencia de ello se condene a EDUPOL S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la demandante la indemnización de que trata el art. 64 del CST y de la S.S., derechos ultra y extra petita y costas del proceso **Obteniendo sentencia desfavorable**, por cuanto se absolvió a la demandada de la condena de indemnización por despido sin justa causa. Lo anterior tras considerar la *a quo* que la 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 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, que no fue motivo de controversia que: i) entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de septiembre de 2010 al 15 de diciembre de 2017; ii) que la demandante desempeñó como último cargo el de DIRECTORA CENTRO DE APOYO UNIVERSITARIO³; iii) que devengó como último salario la suma de \$2.000.000 iv) que la empleadora la despidió el 15 de diciembre de 2017⁴.

³ Folios 2, 12, 109, 110 certificaciones laborales; 11 y 108 Desprendible de nómina de diciembre de 2017; 80-83 contrato de trabajo a término indefinido.

⁴ Carta de terminación de contrato de trabajo folios 3-4 y 105-106.

En ese orden y teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados, se definirá como problema jurídico que debe desatar esta Sala, el de determinar si la terminación del contrato de trabajo de la demandante 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”*, advirtiendo entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa⁵.

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 14 de diciembre de 2017 (fls. 3-4 y 105-106), la cual fue entregada en esa fecha a la demandante según se advierte de la rúbrica y nota de recibido que se observa a folio 106.

En dicha misiva, se señalaron como causas del despido las siguientes:

“Las razones que nos llevan a tomar esta decisión son el incumplimiento de sus responsabilidades, en efecto.

- 1. La gestión comercial que hemos estado esperando durante los últimos semestres no ha dado los resultados esperados a pesar de constantes sesiones de retroalimentación verbal y escrita.*

⁵ Sentencia 28 de Julio de 2021, radicado SL-3482 de 2021 Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo *“(…) El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos.”*

2. *Como integrante del equipo comercial, hay una labor diaria que hace parte de sus responsabilidades y es participar en las tele-charlas de 8:00 am a 09:00 am, está demostrado que durante los últimos meses el registro de sus participaciones es baja y como bien sabe, estas tele-charlas son fundamentales para el desarrollo de su labor comercial.*
3. *Las constantes ausencias de respuesta a nuestros requerimientos sobre resultados.”*

En los términos anteriores, es claro, lo que motivó el despido de la convocante fue, en términos generales, el incumplimiento de las labores que le competían como integrante del equipo comercial de EDUPOL y el deficiente desempeño en la gestión comercial y en el cumplimiento de resultados.

Ahora en la parte final de dicha misiva se indicó que la decisión de despido se soportaba en lo dispuesto en el art. 62 del CST subrogado por el art. 7 del Decreto 2351 de 1965 literal A Numeral 6 en concordancia con el art. 58 del CST numeral primero, preceptos que disponen

“ARTICULO 62 TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA

CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A). Por parte del {empleador}:

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos [58](#) y [60](#) del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. *Son obligaciones especiales del trabajador:*

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.”

Al revisar dichos preceptos es preciso tener en cuenta que en su aplicación pueden presentarse dos eventos: i) la gravedad que debe ser calificada por el juez, cuando se aleguen las faltas establecidas en los artículos [58](#) y [60](#) del Código Sustantivo del Trabajo y ii) la existencia de situaciones que ya se calificaron como “graves” en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, lo que de contera constituye una justa causa para dar por terminado el contrato.

En el caso en estudio se tiene que en la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito entre las partes se pactó como falta grave y justa causa de despido⁶:

“a) La violación por parte de EL TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias.

j) El incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas por el EMPLEADOR y las indicadas en el contrato.

Parágrafo: Las partes expresamente disponen que el incumplimiento de las metas mínimas de producción asignadas al TRABAJADOR, constituyen una falta grave a las obligaciones y deberes del TRABAJADOR, y en consecuencia dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa de acuerdo a lo dispuesto en el art. 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del decreto 2351 de 1965, literal A) Numeral 6.”

Razón por la que se constata que las partes de manera pretérita determinaron como “grave” las conductas señaladas en el contrato y en este punto, al Juez solo le resta verificar si ocurrió o no la situación alegada, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral⁷.

Para dilucidar entonces si en el desempeño de las funciones como DIRECTORA DE CENTRO DE APOYO UNIVERSITARIO (CAU) la demandante infringió algunas de sus obligaciones o prohibiciones en principio tenemos que la empresa demandada aportó a folio 117 la relación de responsabilidades que tenía el cargo de COORDINADOR GENERAL DE CENTRO DE APOYO UNIVERSITARIO entre las que se mencionan:

“1. Garantizar la viabilidad del CAU.

1. Velar por la operatividad del CAU.

2. Cumplir los objetivos comerciales del CAU propuestos por la organización.

3. Desarrollar estrategias comerciales en los diferentes periodos académicos.

4. Acompañar su equipo comercial para el logro de los objetivos organizacionales.

5. Participar activamente en los diferentes programas de formación diseñados por la organización.”

Dicha certificación de relación de funciones data del 02 de octubre de 2015 y está suscrita por la señora OLGA LUCIA NEIRA MORA persona que fue llamada al proceso en calidad de testigo y quien manifestó que fue compañera de trabajo de

⁶ Folio 81.

⁷ Sentencias de radicación No. 34.253 del 5 de mayo de 2009, MP. Dra. Isaura Vargas, No. 35.105 del 10 de marzo del mismo año, y en la providencia del 18 de septiembre de 1973

la señora demandante desempeñando, para la época de los hechos debatidos en el proceso, el cargo de DIRECTORA DE GESTIÓN HUMANA.

En virtud de dicho cargo la testigo indicó que tiene conocimiento de que la señora MARTHA desempeñó como último cargo el de DIRECTORA DE CENTRO DE APOYO UNIVERSITARIO de la calle 70 y que, en el desempeño de dicho cargo era la responsable del cumplimiento de metas comerciales y de todo el proceso administrativo y operativo del CAU.

Indicó que las metas que se le exigían a los directores de centro de apoyo de CAU eran establecidas por la DIRECCION GENERAL de EDUPOL quienes las entregaban semestralmente a los empleados del área comercial de cada CAU; indicó la testigo que tenía conocimiento de la entrega de metas a los CAU porque la Dirección General de EDUPOL siempre le remitía una copia de los correos que notificaban dichas metas y de los requerimientos que se les hicieran a los empleados.

Dijo la testigo que en el caso especificó de la señora MARTHA HERNANDEZ presenció dos requerimientos verbales que la señora MONICA LEYVA⁸ le hizo a la hoy demandante y que tenían que ver con la inasistencia a actividades que eran de carácter obligatorio para el equipo comercial y la falta de cumplimiento de metas en el CAU de la 80 que estuvo asignado a la demandante, el cual no dio resultados y tuvo que cerrarse; además indicó que a los empleados del área comercial de EDUPOL se les reconocían incentivos por el cumplimiento de metas y que en el año 2017 la señora MARTHA HERNANDEZ no facturó ninguno, hecho que le consta porque en su cargo de DIRECTORA DE GESTION HUMANA era la encargada de manejar la nómina mensual.

Respecto a la asistencia a las tele-charlas indicó que todos los trabajadores del área comercial por instrucción directa de la Gerencia General debían conectarse todos los días de 8:00 am a 09:00 am; precisó que dichas charlas tenían prelación y que cuando un empleado no podía conectarse debía hacer el reporte respectivo a su líder o solicitar autorización para no asistir; indicó que los empleados no podían programar reuniones o visitas a clientes en el horario establecido para las

⁸ Gerente General de EDUPOL para la época de los hechos debatidos.

tele-charlas y que en todo caso para la programación de actividades diferentes en ese horario siempre debía contarse con la autorización del jefe inmediato.

Otra de las testigos traídas al proceso por la demandada fue la señora YENI STELLA CUERVO, quien para el año 2017 desempeñaba el cargo de COORDINADORA COMERCIAL DE EDUPOL y era directora del CAU SUBA, es decir que tenía un cargo similar al de la demandante.

La testigo YENI STELLA CUERVO coincidió con lo relatado en precedencia por la testigo OLGA NEIRA, pues indicó que: i) la señora MARTHA HERNANDEZ fungió como directora del CAU 80; ii) que el CAU 80 se cerró; iii) que una vez se cerró el CAU 80 la demandante fue trasladada al CAU de la calle 70; iv) que el CAU 80 se cerró por el incumplimiento en las metas; v) que la conectividad a las tele-charlas era obligatoria de lunes a viernes en el horario de 8:00 am a 9:00 am; vi) que las eventuales ausencias de los empleados a las tele-charlas debía ser reportada a los líderes inmediatos; vii) que las tele-charlas tenían prelación incluso respecto a las reuniones y visitas con potenciales clientes; viii) que en caso de programar una reunión o visita a clientes en el horario de 8:00 am a 09:00 am debía contarse con la autorización previa del líder inmediato; ix) indicó que el incumplimiento de metas era calificado como falta grave.

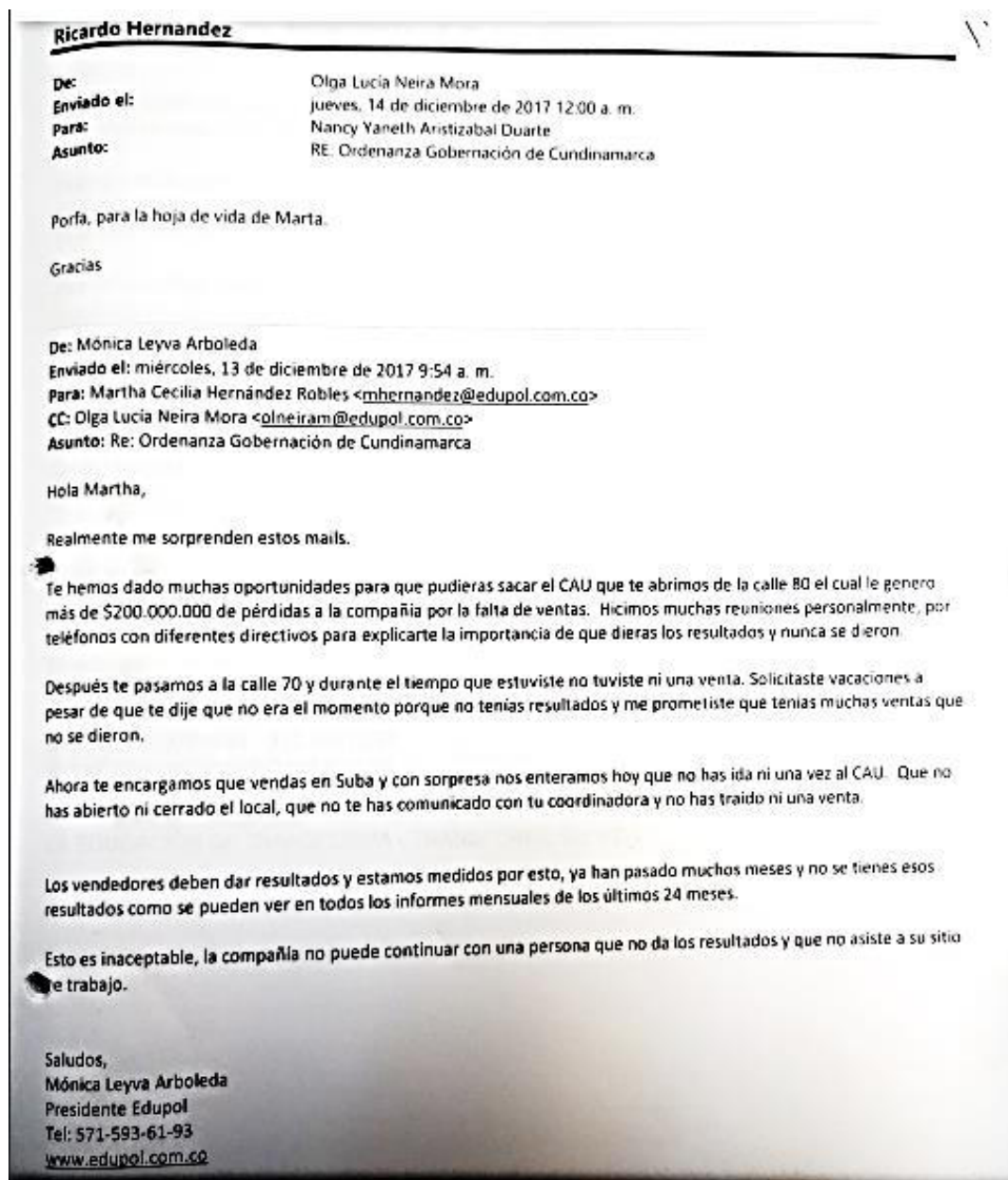
También se recepcionó el testimonio de la señora MONICA LEYVA quien fungió como Gerente General de EDUPOL para la época en que la demandante prestó sus servicios a la demandada y quien, por ende, era la Jefe Inmediata de la señora MARTHA HERNANDEZ.

En su relato detallado indicó que la principal función de la demandante como directora de los CAU de la calle 80 y posteriormente de la calle 70 era conseguir estudiantes, *“llenar los pupitres de estudiantes”*; advirtió que la señora MARTHA trabajó para EDUPOL desde el 2010 destacándose siempre por su buen desempeño en el área comercial y de ventas, indicó que siempre cumplía metas, sin embargo, advirtió que en el año 2017 cuando estuvo a cargo del CAU 80 bajó su desempeño y desenfocó su labor por estar pendiente de otras actividades personales, hecho que incluso influyó en el cierre del CAU 80; la testigo aseguró que teniendo en cuenta el desempeño que la señora MARTHA tuvo en años anteriores decidió trasladarla al CAU de la calle 70 a fin de brindarle una nueva

oportunidad en la consecución de las metas, pues adujo que dicho CAU estaba mejor ubicado y dicha circunstancia permitiría una mejor y efectiva gestión comercial, sin embargo manifestó que la demandante no alcanzó los resultados esperados y también se tuvo que tomar la decisión de cerrar ese CAU; adicional a ello señaló que la demandante no se conectaba a las tele-charlas, circunstancia que se presentó en frecuentes oportunidades, sin que justificara esa desconexión.

Advierte esta instancia que los testimonios relacionados fueron espontáneos y no se observa que en su práctica haya existido algún tipo de intervención de terceros, aunado a ello las personas convocadas como testigos fueron compañeras de trabajo y jefe directa de la demandante, respectivamente hecho que hace que indudablemente tengan un conocimiento directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los supuestos facticos en que se desempeñó la labor de la demandante y se dio su posterior despido, lo que hace que sus relatos gocen de plena credibilidad para esta sala, máxime cuando no se advierte algún tipo de incongruencia o inconsistencia en sus respuestas.

Aunado a ello en el expediente la demandada aportó a folio 112-113 copia de un correo electrónico remitido a la señora demandante el 13 de diciembre de 2017, documental que no fue tachada por la demandante y que de conformidad a lo dispuesto en el art. 244 inciso 5 y 247 es auténtico, pues de su lectura se observa que fue creado y enviado desde el correo asignado a la Gerente General de EDUPOL señora MONICA LEYVA en el que se observa:



De lo leído en la imagen insertada se infiere que la demandante tenía conocimiento de las irregularidades y omisiones que se estaban presentando en el cumplimiento de su labor, ahora en el interrogatorio de parte recepcionado a la actora ante el Juzgado de primer grado se tiene que: i) aceptó que se vinculó a EDUPOL el 20 de septiembre de 2010; ii) que desempeñó como último cargo del de DIRECTORA DEL CENTRO DE APOYO UNIVERSITARIO de la calle 72 (centro que aclaró estaba ubicado en la calle 70) iii) aceptó que tenía como funciones estar pendiente de la parte administrativa, comercial y de servicios generales del CAU; elaborar informes diarios de las personas que se matriculaban; dijo que tenía a su cargo un grupo de asesores comerciales; debía hacer apertura y cierre del CAU; entrar a las tele-charlas de 8:00 am a 9 :00 am, las cuales aseguró quedaban grabadas y se podían repetir en la tarde con el

grupo de trabajo; iv) aceptó que tenía que hacer un número determinado de matrículas mensuales; metas que se establecían a veces por escrito y otras veces de forma verbal y de las que debía reportar su cumplimiento a diario. v) aceptó que fue requerida por la señora MONICA LEYVA de forma verbal por el incumplimiento en las metas. vi) indicó que antes del CAU de la calle 72, se le asignó el CAU de la 80; vii) que en ese CAU tenía como meta 30 matrículas mensuales, de las cuales cumplió con 20 o 25 matrículas mensuales. ix) aceptó que dejó de asistir a 10 charlas porque tenía la ventaja de poderlas repetir en horas de la tarde con el área comercial; x) justificó su desconexión a charlas en el hecho de cubrir, en la misma franja horaria otras reuniones y visitas a fin de obtener matrículas.

De la relación de hechos aceptados y confesados por la demandante es claro que efectivamente incumplió con las funciones que tenía a su cargo como DIRECTORA DE CAU de la calle 80 y de la calle 70, centros que tuvo que cerrar la empresa demandada por el reiterado incumplimiento de metas que la misma demandante aceptó, obsérvese que en una de las manifestaciones de su interrogatorio precisó que tenía una meta de 30 matrículas mensuales y que tan sólo lograba 20 o 25 matrículas e incluso aceptó que 10 veces dejó de conectarse a las tele-charlas aduciendo que debía cumplir en la misma franja horaria con visitas y reuniones a potenciales clientes, hecho que no está soportado por la actora en el trámite procesal, más aún cuando de forma contradictoria en el hecho No. 6 de la demanda⁹ justifica esa desconexión en el hecho de que estaba incapacitada por el término de un mes, hecho que tampoco encuentra respaldo probatorio, pues en la demanda a folios 114-116 la demandante tan sólo reportó 15 días de incapacidad en el mes de agosto de 2017.

Así las cosas, del recuento probatorio se concluye, primero que la falta estaba calificada previamente como grave en el contrato de trabajo y, segundo, que en efecto la demandante desplegó las conductas y omisiones que sirvieron de soporte a la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, mismas que le fueron dadas a conocer en la carta de despido e incluso de forma previa mediante correo electrónico de fecha 13 de diciembre de 2017, por lo que se considera que el contrato terminó con justa causa.

⁹ Folio 20.

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 judicialmente¹⁰, 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.¹¹

En los términos anteriores, y teniendo en cuenta que el finiquito del vínculo tuvo lugar el 14 de diciembre de 2017, 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.

Para arribar a dicha conclusión es prudente tener en cuenta que con las pruebas practicadas en audiencia del 29 de junio de 2021 por la a quo quedó en evidencia que: i) el CAU 80 estaba a cargo de la demandante hasta que se tomó la decisión de cerrarlo en septiembre de 2017; ii) que el cierre fue como consecuencia de la falta de cumplimiento de resultados en la gestión comercial; iii) que una vez identificada la causal de cierre se retroalimentó a la demandante y se le dio la oportunidad de manejar el CAU de la 70 esto a fin de evitar la terminación del contrato, iv) que el CAU de la calle 70 tuvo que cerrarse en diciembre de 2017 por la falta de obtención de resultados mes en el que se dio por terminada la relación laboral.

Del recuento de las evidencias recaudadas se infiere que desde el momento en que el empleador tuvo conocimiento de la actuación que consideró irregular por la demandante, esto es septiembre de 2017¹², adoptó las medidas necesarias para evitar incluso la decisión de dar por terminada la relación laboral; pues retroalimentó a la demandante a fin de que mejorará su desempeño, la reubicó en otro CAU a fin de brindar mejor apoyo y alternativas en desarrollo de la gestión

¹⁰ Al tema puede consultarse, entre otras la sentencia SL15492-2017

¹¹ SL11969-2017, SL18084-2016.

¹² De las pruebas practicadas en audiencia del 29 de junio de 2021, la demandante la representante legal y los testigos dieron fe de que el CAU 80 fue cerrado por la falta de obtención de resultados en septiembre de 2017.

comercial y finalmente para diciembre de 2017 al persistir las notorias omisiones de la trabajadora que dieron origen al cierre del CAU de la calle 70, dio por terminada la relación laboral invocando una causa justa, en un tiempo razonable y prudente, se insiste, desde el momento de conocimiento de los hechos.

Así las cosas, en consonancia con las pruebas analizadas, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos a la 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, que en la cláusula séptima del contrato de trabajo se calificaba dicha conducta como grave.

Finalmente, y en lo que atañe al debido proceso previo a imponer el despido, presuntamente desconocido por la encartada, 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

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 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 raditaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

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, 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.

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.º86-89).”

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 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.*

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 49 del reglamento interno de trabajo¹⁶, 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 50 siguiente

-
- 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°.”

¹⁶ Folio 100.

preceptúa que “*No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo*”, pero del análisis integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que el reglamento interno de trabajo vigente al momento del despido de la 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 de la demandante que, previo al despido, ella fue requerida por la Gerente General, se le brindó un apoyo para mejorar su desempeño, se le reubicó, como arriba se ilustró, garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a la desmejora en sus labores, previo a la decisión de la empresa, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte, tampoco se requería escuchar a la trabajadora.

En ese sentido, no le correspondía a la demandada dar cumplimiento al trámite regulado en el reglamento interno de trabajo.

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.

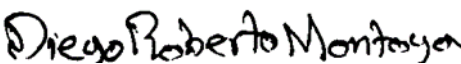
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia, en nombre de la república y por autoridad de la Ley,

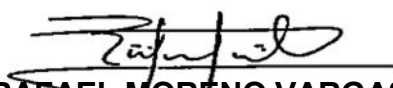
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AMPARO GOMEZ
CALDERON CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 15 2020 00368 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre 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 ARANFO GARCÍA ABOGADOS Y ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 7).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 12-13) y COLPENSIONES (fl 4-7), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 03 de agosto de 2021 (Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:08:12, expediente digital archivo No. 25, acta archivo No. 26), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora AMPAROMGOMEZ CALDERON del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el 10 de enero de 1995, a través de la administradora PORVENIR, como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha administradora PORVENIR, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas, reactive la afiliación de la señora demandante, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas, **ABSOLVER** a PORVENIR de la pretensión relacionada con el reconocimiento de perjuicios morales, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta respecto a COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación en los siguientes términos: solicita la absolución de PORVENIR S.A. argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en una falta de información porque considera que para la época del traslado, esto es para el año 1995, PORVENIR cumplió con la totalidad de la normatividad vigente para la fecha del traslado esto es, el artículo 97 de la ley del Decreto 663 de 1993 y asevera que prueba de ello es el formulario de afiliación, donde se demuestra que la asesoría fue realizada en debida forma.

Por otro lado alegó que, no es factible la devolución de los gastos de administración hacia COLPENSIONES teniendo en cuenta que estos gastos no forman parte integral de la pensión que eventualmente llegare a concederse en favor de la demandante, gasto que también afirmó son sujetos del fenómeno prescriptivo y que ordenar su entrega a COLPENSIONES generaría en favor de esta última un enriquecimiento sin justa causa, máxime cuando dichos gastos surgieron por la excelente gestión de PORVENIR en la generación de rendimientos de las cotizaciones realizadas por la demandante.

Finalmente, solicita que se declare la prescripción respecto no sólo de la devolución de los gastos de administración, sino respecto de la prima de seguro o cualquier otra suma diferente al capital individual de la afiliada o los rendimientos financieros en cuanto no corresponden a los valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales¹.

¹ Expediente digital. Archivo No. 25, minuto 1:09:59. Apoderado PORVENIR: Muchísimas gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa interpongo recurso de apelación para que el Honorable Tribunal en su Sala Laboral revoque esta sentencia de primera instancia en

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo No. 1 folio 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (archivo No. 1 folios 1-5), aspirando se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante hacia la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por haber quebrantado esa AFP el deber de información que le asistía y el deber de buen consejo; se ordene a esta última a trasladar los aportes

su lugar absuelva a mi representada teniendo en cuenta las siguientes razones que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la nulidad la ineficacia del traslado en base en una falta de información pues para la época del traslado esto es para el 1995 mi representada cumplió con las con la totalidad de la normatividad vigentes que habían para la fecha del traslado esto es el artículo 97 de la ley del Decreto 663 de 1993 y adicionalmente a ello pues que se evidencia que la permanencia dentro del régimen la actora administrada por mi representada (no se entiende) voluntariamente ratificada en el tiempo, no podemos deducir su señoría que esta ineficacia se debe por una falta en el consentimiento por por no haber suministrado supuestamente información con documentos para la época del traslado, debemos tener en cuenta que esta obligación de aportar documentos con la asesoría se da es a partir del 26 de diciembre de 2014 con la ley 1748 y que anterior a esta norma todas las asesorías se brindaban era de manera verbal y conforme así lo hizo mi representada para el año del 95 se siguieron todas las reglas que estaban vigentes para la época del traslado, por ende la única prueba documental existente es la del formulario de afiliación y se debe entender que este formulario de afiliación es la prueba por excelencia que nos muestra que la asesoría fue brindada en debida forma, que fueron aceptada las condiciones de la asesoría y que se aceptaron las condiciones del régimen de ahorro individual por parte de la actora, de igual forma debemos tener en cuenta su señoría de igual forma que se configura entonces el la voluntad de la demandante de permanecer en el régimen de ahorro individual al pasar 25 años desde su trasladado a PORVENIR viéndose beneficiada de las múltiples características del régimen de ahorro individual, por otro lado debemos tener en cuenta que no es factible la devolución de los gastos de administración hacia COLPENSIONES teniendo en cuenta que estos son que estos se disponen también en el régimen de prima media en un porcentaje del 3% dichos gastos de administración esta llamados a financiar la prestación de invalidez y también la de sobrevivientes y pues no forman parte integral de vejez y por eso están sujetos a la prescripción además es necesario poner de presente que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 17 de enero de 2020 manifestó de manera expresa que en los eventos que surgiera una ineficacia del traslado los únicos valores a devolver a COLPENSIONES en este caso serían las cotizaciones junto a sus rendimientos no haciendo mención a los gastos de administración ni a la prima de seguro provisional por ser estos a la por pertenecer estos a la aseguradora (no entendí) durante la vigencia de permanencia de la actora en el régimen, de igual manera merece atención que el ordenar estos gastos de administración o el traslado de estos gastos de administración a COLPENSIONES va a configurar ante esta entidad un enriquecimiento sin justa causa, teniendo en cuenta que no hay una norma legal que imponga tal devolución pues por el contrario el artículo 113 literal b de la ley 100 de 93 nos dice que surge un cambio de régimen pensional como en efecto ocurre en este caso los únicos dineros a trasladar son concernientes a la cuenta individual de la afiliada, debemos tener en cuenta que no se hace mención por ningún lado a los gastos de administración ni a ningún tipo de dinero diferente a las cotizaciones junto con su rendimientos, por lo que se debe tener que estos son entonces una contraprestación por la excelente gestión de mi representada en la generación de rendimientos de las cotizaciones realizadas por la aquí demandante, finalmente, deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración, prima de seguro o cualquier otra suma diferente al capital individual de la afiliada o los rendimientos financieros en cuanto no corresponden a los valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales y pues por cuanto no están llamados a financiar la prestación de vejez no pueden predicarse su imprescriptibilidad que goza el derecho pensional y por ende están sujetos al fenómeno previsto de la prescripción, de esta manera entonces considero que los supuestos sobre los que cuales se condenan a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia le solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala laboral se sirva revocar esta sentencia de primera instancia y en su lugar absuelvan a mi representada de todas y cada una de pretensiones de la demanda. Muchísimas gracias.

de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, entidad que debe aceptar a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde la fecha de su afiliación primigenia. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A, disponiendo a dicha AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. 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 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 05 de diciembre de 1963 (archivo No. 2 folio 24), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de septiembre de 2020³ y ante PORVENIR el 18 de septiembre de 2020⁴, esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con

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

³ Expediente digital archivo No. 1 folio 3 y archivo No. 2 folios 4-10.

⁴ Expediente digital, archivo No. 2 folios 10-15 y 25-26.

⁵ Era trabajadora del sector privado..

204,14 semanas cotizadas que corresponden a 3,97 años⁶, y 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 **10 de enero de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1 de febrero de 1995**⁷, por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS⁸ y el formulario de afiliación a PORVENIR⁹.

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.

⁶ Expediente digital, archivo No. 2 folio 22, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

⁷ Expediente digital. Archivo No. 2 folio 37.

⁸ Expediente digital. Archivo No. 8. Folio 34.

⁹ Expediente digital. Archivo No. 2 folio 37 y archivo No. 8 folio 36.

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*¹⁰, 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.

¹⁰ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 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).

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.

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹¹, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

¹¹ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los

Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

“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 prestaciones”.

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 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 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 la demandante¹², no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues señaló que para el año 1995 asesores del fondo privado PORVENIR se acercaron a la empresa donde laboraba, para realizar reuniones promocionando el fondo privado; indicó que le entregaron el formulario de afiliación y que como para la época existía el rumor de que el ISS se acabaría, afirmación que le confirmaron los asesores, optó por acceder a vincularse a dicho fondo con la convicción de proteger los aportes que para ese momento llevaba cotizados y conquistada por los beneficios que le prometieron recibiría en esa AFP, entidad en la que confió por ser una entidad financiera.

Del relato de las circunstancias en que se dio el traslado de la demandante, encuentra esta sala que la promotora del fondo PORVENIR solamente hizo referencia a las ventajas y bondades del RAIS y, aunado a ello le ofreció a la demandante una alternativa que le garantizara la no pérdida de sus aportes, por la

¹² Audiencia del 03 de agosto de 2021, archivo No. 25 récord 11:30.

supuesta quiebra del ISS argumentos que obviamente sometieron a la demandante a una situación de incertidumbre que la llevo a elegir la alternativa promocionada con el propósito de proteger su futuro pensional y las cotizaciones que hasta esa época ya había causado, sin que para ese momento se preocupara por otro tipo de situaciones.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (archivo No. 1, folio 37) este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*archivo No. 8 folios 88-90*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR advierte que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, como se conoce actualmente, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de

los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, en la misma providencia ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995 cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (10 de enero de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL-12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

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.

Pertinente es aclarar, que si bien es cierto COLPENSIONES, 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 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 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 prescripción¹³, 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 COLPENSIONES y PORVENIR, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

¹³ Archivo No. 8 Contestación PORVENIR, folio 29.

Archivo No. 10 Contestación COLPENSIONES, folio 7.

Se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas en auto del 11 de junio de 2021.

carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

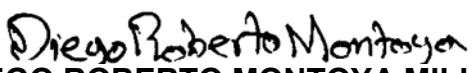
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

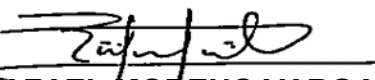
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARGARITA RODRIGUEZ GARCIA CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. HOSPITAL TUNAL III NIVEL ESE Y COMO VINCULADA LA SECRETARÍA DE SALUD-ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. (RAD. 18 2019 00236 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 218 a 231), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes, contra la sentencia proferida por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2021(Cd. fl. 212, record 03:35 a 1:16:26 y acta a folios 213-214), en la que se resolvió:

***“PRIMERO. DECLÁRAR** que entre la Señora **MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCÍA**, mayor de edad, identificada con la C.C. No 41.731.817 de Bogotá y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, existió una relación laboral, regida por dos contratos de trabajo, vigentes el primero entre el **23 de diciembre de 2014 y el 22 de enero de 2015** y el segundo del **22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017**, de conformidad a las motivaciones que anteceden.*

***SEGUNDO. CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagar a la señora **MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCÍA**, las siguientes sumas de dinero, conforme se indicó en la parte motiva del presente proveído:*

- a. **\$2.754.099.78**, por concepto de Auxilio de Cesantías.*
- b. **\$219.436**, por concepto de Intereses a las Cesantías.*
- c. **\$ 1.377.050.88**, por concepto de Vacaciones.*
- d. **\$1.705.282**, por concepto de Auxilio de Transporte.*
- e. **\$1.194.171**, por concepto de Auxilio de Alimentación*

f. \$42.438 diarios a partir del 16 de diciembre de 2017 (fecha que resulta de aplicar término de suspensión de los 90 días previsto en el artículo 1 del decreto 797 de 1949 y teniendo en cuenta que la finalización del contrato operó el 15 de septiembre de 2017) hasta que el pago se haga efectivo, por concepto de Indemnización moratoria

TERCERO. CONDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, a pagar a favor de la Señora **MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCIA**, a la administradora en que se encuentre afiliada o la que la misma elija, la totalidad de los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones, previo cálculo actuarial que realice la misma por todo el tiempo laborado desde:

Primera relación Laboral:

1. Del 23 de diciembre de 2014 hasta el 22 de enero de 2015.

Segunda relación laboral:

2. Del 22 de mayo de 2015 hasta el 15 de septiembre de 2017.

Lo anterior, con base en los siguientes salarios (IBC): 1.055.177 para el año 2014, \$1.097.444 para el año 2015, \$1.188.203 para el año 2016 y de \$1.273.160 para el año 2017.

CUARTO. DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de PRESCRIPCION, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos dado el resultado de la Litis.

QUINTO. ABSOLVER a la parte demandada Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el extremo demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO. ABSOLVER a la parte demandada Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, dentro del presente proceso.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada, esto es, a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, señálense como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, valor que deberá ser cancelado por la demandada a favor del demandante.

OCTAVO. Contra la presente decisión, procede el recurso de apelación. En caso de que no sea apelada, remítase al superior a efectos de que se surta la consulta.”

Inconformes con la decisión los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente el apoderado de la parte actora manifestó su inconformidad respecto a la declaratoria de dos contratos de trabajo; aduce que entre las partes existió una sola relación laboral que se mantuvo desde el 23 de diciembre del 2014 al 15 de septiembre del 2017 y que tenía como plazo presuntivo hasta el 15 de noviembre del 2017, fecha final que debió quedar consignada en la parte resolutive.

Como segundo punto de su inconformidad, alega que debió emitirse condena por beneficios contenidos en la convención colectiva de trabajo para el cargo de operario de servicios generales código 5150 categoría 3ª y que consisten en prima

de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad y beneficio por servicios prestados.

En tercer lugar, advierte que debió emitirse condena por beneficios o subsidios provenientes de compensación familiar y que tienen por objeto aliviar las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Por último, alega que, en la liquidación de las cesantías debió tomarse en cuenta la Asignación básica mensual, el subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la prima de antigüedad, recargos nocturnos, dominicales, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, horas extras, quinquenio y todos los factores que constituyen salario¹ (CD. FI. 212 record 1:16:31 a 1:34:33).

¹ Primero que todo apelo porque el despacho encontró probado dos relaciones laborales, sin embargo, la parte demandante estima que dentro del caudal probatorio existe una única relación laboral del 23 de diciembre del 2014 al 15 de septiembre del 2017 y teniendo como plazo presuntivo como lo dijo en la parte considerativa hasta el 15 de noviembre del 2017, es decir, que conforme al plazo presuntivo la parte resolutive debió quedar hasta el mes de noviembre del 2017, pero el sustento para que exista una única relación laboral tiene que ver que el despacho no encontró probado que la mandante hubiese laborado del 23 de enero del 2015 al 21 de mayo del 2015, sin embargo de las pruebas de carácter testimonial, el interrogatorio de parte y la prueba documental puedo indicar que efectivamente existió una única relación laboral y por consiguiente el fenómeno de la prescripción de los derechos de ese primer contrato no estarían condenados o expuestos a esa sanción de prescripción, entonces en primer lugar apelo señora juez y honorables magistrados para que sea tenida en cuenta mi argumentación en la existencia de un único contrato de trabajo. }

En segundo lugar y conforme el principio de consonancia en materia laboral debo indicar que apelo por la falta de la aplicación y restricta de la convención colectiva de trabajo, el despacho indico en sus consideraciones que no indique cuales eran dichas prerrogativas o beneficios que, si tienen los trabajadores oficiales, sin embargo, de las pretensiones de la demanda que ya entrare a desarrollar están incluidas algunas primas y algunos emolumentos que si reciben los trabajadores oficiales.

Ahora bien, en relación a la falta de aplicación de la convención colectiva de trabajo por parte del despacho debo indicar lo siguiente: Mi representada jamás renuncio a la aplicación de la convención colectiva de trabajo, No renuncio, ahora bien entrándonos señora juez y honorables magistrados el campo de aplicación y quienes son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, recordemos que solamente a partir de la sentencia que reconoció a mi representada como trabajadora oficial y no antes que siempre fungió como contratista pues evidentemente ella como contratista nunca jamás podría ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo o inclusive si ella lo quisiera no le recibirían los aportes pero tenemos que ir un poco más allá ¿Quién hace los descuentos de los aportes sindicales? La respuesta se tiene precisamente en la convención colectiva de trabajo en su artículo sexto que dice “Artículo sexto. Descuento dispuestos por beneficio convencional a trabajadores oficiales no afiliados a ningún sindicato” la demandante no estaba afiliada a ningún sindicato pero como opera el recaudo de esas cuotas; el artículo sexto de la convención dice lo siguiente “ Los hospitales empresas sociales del estado de la red pública del distrito capital descontaran como cuota mensual a cada uno de los trabajadores oficiales beneficiarios de la convención colectiva no afiliados a ningún sindicato firmante de la convención colectiva y durante toda la vigencia de esta una suma igual al 1% de la asignación básica mensual que pagaran los afiliados al sindicato, las ESE ósea que aquí el demandado, el condenado, el empleador giraran los dineros recaudados por tal concepto a la agremiación de conductores Agroconductores a más tardar dentro de los diez días calendario subsiguientes del descuento.”

Dice también, el artículo 11 beneficios por servicios prestados, bueno de eso no voy a hablar, digo únicamente como se les descuenta porque como la demandante nunca fue trabajadora oficial, solamente a partir de las sentencias que se le reconoce esa calidad pues evidentemente la convención colectiva de trabajo se le debe aplicar, aquí yo leí algo más y que sirve como fundamento de mi apelación. Campo de Aplicación. Sobre el campo de aplicación señora juez, honorables magistrados dice la convención colectiva “La presente convención colectiva de trabajo se aplicara de forma integral a todos los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo de las empresas sociales del estado, empresas adscritas a la secretaria distrital de salud” y lo indica claramente “son parte de la presente convención...” Están todos los hospitales están incluidos incluso todos los hospitales que hacen parte hoy de la Subred del Sur E.S.E, entonces bajo esa premisa y en la aplicación que en caso de duda se debe aplicar la ley más favorable una interpretación restrictiva no puede haber y en mi concepto la convención colectiva de trabajo se aportó con todas las formalidades, ello es con el sello de depósito y durante las vigencias de los contratos de prestación de servicios, entonces estimo que la señora juez se equivocó en ese sentido y debió aplicársele la convención colectiva de trabajo ¿y que dice la convención? Y entonces es ahí donde el recurrente se duele porque en la medida de que se hubiese aplicado la convención colectiva de trabajo, los beneficios y los emolumentos dejados de percibir por la demandante durante el vínculo laboral pues entonces sería mayores. No olvidemos que evidentemente de demostró la mala fe, la juez encontró probada ese elemento de mala y entonces porque

A su turno, el apoderado de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. apeló la decisión de primera instancia solicitando su revocatoria por considerar que las condenas impuestas carecen de fundamento fáctico y probatorio; asevera que lo que existió entre las partes fueron contratos de prestación de servicios por periodos determinados y con la intención de desarrollar actividades que no podían cumplirse por no contar el hospital con personal de planta que lo supla; relación contractual en la que nunca se manifestó algún tipo de subordinación jurídica o disciplinaria, pues, no se acreditó el cumplimiento de

razón no se le aplican todos los beneficios convencionales si los trabajadores de planta de la entidad si los tienen y bajo el principio de la realidad sobre las formalidades y el principio de igual trabajo, igual remuneración ¿Por qué no se aplicó? Entonces yo estimo que el Tribunal debe corregir esa falencia y condenar por todos los preceptos ¿Cuáles son esos preceptos? Pues los que la parte actora trajo al expediente y tenemos que indicar que en la certificación laboral emitida por la propia entidad, de que pues obviamente no puede ser tachada de sospechosa o de falsa porque proviene del deudor, del empleador se dice que el operario de servicios generales código 5150 categoría 3ª aparte del salario tiene las siguientes prestaciones sociales: Prima de antigüedad que el despacho en esta oportunidad negó pero se pidió en las pretensiones de la demanda y tienen como fundamento legal esa prima de antigüedad un acuerdo distrital que es el acuerdo 08 de 1995 y el número seis de 1986 en donde el consejo de Bogotá autorizó para todos los entes territoriales esa prima de antigüedad, entonces estimo que sustentado con los acuerdos distritales y con la convención colectiva de trabajo que de consuno allí la relaciona como un beneficio a los trabajadores oficiales pues debió concederse esta prestación social, entonces apelo bajo esa circunstancia y continuo con mi recurso.

Y también estimo que el despacho obvió reconocer la prima de vacaciones, no la otorgó la prima de vacaciones y está contenida en la convención colectiva de trabajo, en la certificación emitida por la entidad y la de vacaciones honorables magistrados señora juez en el decreto 3135 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, asimismo está sustentada e instituida en el decreto 1848 de 1969, el decreto 1045 de 1978, el decreto 2150 del año 1995, la ley 995 del 2005 y el decreto 404 del 2006 que definió ese auxilio económico que percibe el empleado trabajador oficial, es decir la prima de vacaciones que no fue concedida esa pretensión y que tiene el fundamento legal y debía mi demandante ser beneficiaria de esa prima.

Ahora bien, sobre la prima de navidad, la prima de navidad pues el despacho no la concedió, sin embargo esa prima de navidad esta instituida para los trabajadores de las empresas sociales del estado con el decreto 3135 del año 1968, el decreto reglamentario 1848 de 1969, y el decreto 1075 de 1978, es decir que la prima de navidad para los trabajadores de las empresas sociales del estado esta instituido en la ley, en la convención colectiva de trabajo y en los emolumentos que certifico la entidad, motivo por el cual no queda duda de que esa prestación social debió concederse.

Igualmente, hay un beneficio establecido en la convención colectiva de trabajo y como dije debió aplicársele a la demandante y es el beneficio por servicios prestados, ese beneficio por servicios prestados es un beneficio que está a cargo del empleador y es un emolumento que reciben los trabajadores oficiales, sobre los beneficios prestados, bueno no lo tengo acá seguramente se perdió en el sustento de la apelación, pero bueno, en un todo el beneficio por servicios prestados esta instituida en la convención colectiva de trabajo y ese derecho o ese beneficio debió liquidársele a mi representada.

Estimo que debió liquidarse todo beneficio o subsidio proveniente de la caja de compensación familiar que el despacho negó ¿Por qué razón? Porque es una prestación social que con los desvirtuados contratos de prestación de servicios nació un contrato de realidad al nacer ese contrato de trabajo realidad pues se tiene que el subsidio familiar que está a cargo de las cajas de compensación familiar pues debió otorgársele a la demandante, entonces, ello esta instituido ese subsidio en el decreto 3135 del año 1968 normas aplicables a todos los servidores del estado 3138 de 1968, el decreto 1048 de 1969, la ley 21 de 1982 y la ley 100 de 1993 y se define tal prestación que no se otorgó y que creo que tiene derecho y que creo porque la norma así lo establece, esta prestación social se paga en dinero a los trabajadores que están en servicio y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Por último, señora juez debo indicar que la liquidación de las cesantías que líquido el despacho tiene que abarcar como se indica en el artículo octavo de la convención colectiva de trabajo, es decir, en el momento de liquidar las cesantías se tiene que tener en cuenta: Asignación básica mensual que en este caso se probó que era un poquito superior pero que se liquidó la moratoria con lo que devenga uno de planta \$1 273 250 pesos, en la liquidación de esas cesantías tiene que tenerse en cuenta todo lo que dice el artículo octavo subsidio de alimentación, auxilio de transporte, la prima de antigüedad, unos recargos nocturnos, dominicales, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, horas extras, quinquenio y todos los factores que constituyen salario en la medida que efectuó el despacho no incluyó estos emolumentos, pues evidentemente no tienen un beneficio real para la demandante.

Entonces para finalizar debo decir que apelo todas las primas que si reciben los trabajadores oficiales: prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad son las que apelo para que el tribunal las estudie y las liquide conforme las estoy pidiendo en apelación, es todo. Muchas gracias

órdenes, de horarios, no se le exigía pedir permisos, no existieron llamados de atención por los supervisores de los contratos o por parte de algún empleado que pudiera denominarse con el calificativo de jefes.

Respecto a la actividad de supervisión de los contratos indicó que la contratista en el área de costura y confección no podía actuar a su propio arbitrio, pues, debía dar cumplimiento a las actividades siguiendo las instrucciones de la contratante sin que de ello se pudiera colegir la existencia de una potestad subordinante que limitara la autonomía de la contratista.

Advirtió que no se acreditó que dentro del personal de planta existiera personal vinculado para realizar actividades de confección y costura, resultando contraevidente, legal y probatoriamente hacer una comparación de la contratista demandante con personal de la planta física (fl. 212. 1:34:45 a 1:54:50).

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 MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCÍA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 12 a 15, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 9 a 12, aspirando de manera principal a que se declare que, la señora MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCÍA ostentó la calidad de trabajadora oficial de conformidad a lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 10 de 1990, art. 195 de la Ley 100 de 1993 y el art. 2 del Decreto 1919 de 2002 y el Decreto 2127 de 1995; el pago de diferencias salariales existentes entre lo devengado por la demandante y los salarios reconocidos a los trabajadores de planta que desempeñaban el cargo de AUXILIAR OPERATIVO EN EL AREA DE COSTURA Y CONFECCIÓN CÓDIGO 5150 GRADO III-A desde el 23 de diciembre de 2014 al 15 de septiembre de 2017; el pago de auxilio de cesantías; intereses a las cesantías; prima de antigüedad conforme lo dispuesto en el acuerdo No. 8 de 1985 y acuerdo No. 6 de 1986, prima de vacaciones conforme al art. 17 del Decreto 1045 de 1978; prima de navidad de acuerdo a lo dispuesto en el art. 11 del Decreto 3135 de 1968; compensación en dinero de las vacaciones conforme al art. 8 del Decreto 1045 de 1978, pago de cotizaciones al sistema general de seguridad social integral, devolución de los aportes pagados por la

demandante; indexación, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización de que trata el art. 1 del Decreto 797 de 1949, sanción por no pago de las cesantías, sanción moratoria, indemnización prevista en el parágrafo 1º del art. 29 de la Ley 789 de 2002, se declare que el tiempo laborado por la demandante en la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. deben ser computados para efectos pensionales; se reconozca todo beneficio convencional a favor de la demandante, derechos ultra y extra petita y costas del proceso y **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, tras considerar que se acreditó la existencia de dos contratos de trabajo: el primero desde el 23 de diciembre de 2014 al 22 de enero de 2015 y el segundo desde el 22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017; condenó a la demandada al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, auxilio de alimentación e indemnización moratoria; condenó al pago de aportes al sistema de seguridad social integral, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de las demás condenas incoadas en su contra.

Como fundamentos de su decisión indicó que, aunque la accionada en el escrito de contestación de la demanda arguye que la demandante era autónoma y no estaba sometida a subordinación alguna, esos argumentos no fueron debidamente acreditados a lo largo del juicio y que en virtud de la primacía del principio de la realidad sobre las formas que opera en favor de la demandante no sería posible desconocer la existencia del contrato de trabajo que alega.

Advirtió que, el cargo desempeñado por la demandante encuadra dentro del área de servicios generales del hospital demandado y que las actividades desempeñadas se ajustan a las labores a cargo de los trabajadores oficiales.

Respecto a los extremos temporales definió que existieron dos contratos de trabajo: el primero desde el 23 de diciembre de 2014 al 22 de enero de 2015 y una segunda relación laboral desde el 22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017; precisó que no puede declararse la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad toda vez que desde el 23 de enero de 2015 al 21 de mayo de la misma anualidad, no se acreditó la prestación del servicio a cargo de la demandante, para dicho periodo de forma continua e ininterrumpida.

Indicó que, la segunda relación laboral se encuentra sujeta a las disposiciones establecidas en el art. 43 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 en lo que atiende a su término de duración, esto es por el término de 6 meses prorrogables

por otros 6 meses, ello por el sólo hecho de que la demandante acreditó la prestación de sus servicios, debiéndose entender que en el segundo contrato se aplica el plazo presuntivo de 6 meses y en virtud del cual surgieron las siguientes prórrogas:

PRORROGA	INICIO	FINAL
Inicio contrato	22 de mayo de 2015	21 de noviembre de 2015.
1	22 de noviembre de 2015	21 de mayo de 2016.
2	22 de mayo de 2016	21 de noviembre de 2016
3	22 de noviembre de 2016	21 de mayo de 2017
4	22 de mayo de 2017	21 de noviembre de 2017

Advirtió que la relación laboral deberá entenderse por terminada durante la cuarta prórroga del segundo contrato.

Respecto a los beneficios convencionales indicó que en la pretensión 19 la demandante no precisa los derechos convencionales que reclama y que si bien es cierto en las convenciones colectivas se pactó que su aplicabilidad sería a favor de los trabajadores oficiales de la SUBRED, dicha aplicabilidad se encuentra condicionada al pago de aportes a favor de la organización sindical, pago de aportes que la demandante no acreditó razón por la cual no sería procedente considerarla como beneficiaria de los derechos convencionales deprecados, pues ello desconocería los acuerdos previos suscritos entre el sindicato y la empresa demandada.

En lo relativo a los derechos y acreencias laborales reclamadas en primer lugar, hizo referencia a la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la demandada declarando la aplicabilidad de dicho fenómeno respecto de las prestaciones y derechos generados causados del 03 de diciembre de 2015 hacia atrás.

En lo que tiene que ver con la pretensión dirigida a obtener la nivelación salarial la despachó de forma desfavorable al considerar que el valor reconocido a la actora por los contratos suscritos está por encima de lo devengado por los auxiliares administrativos según se acreditó a folio 76.

Reconoció las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte y auxilio de alimentación causados en el segundo contrato y profirió condena por concepto de sanción moratoria de que trata el art. 65 del código sustantivo del trabajo por considerar que la demandada obró de mala fe toda vez que la SUBRED abuso de la celebración de contratos de prestación de servicios con el propósito de esconder la verdadera relación de trabajo que existía con la demandante.

Respecto al pago de prima de antigüedad y prima de vacaciones señaló que el art. 17 del Decreto 1045 de 1978 y el acuerdo 8 de 1985 señaló que tal beneficio fue otorgado para empleados públicos y no ha sido extendido a los trabajadores oficiales, razón por la que absolvió por dicha pretensiones.

En lo que tiene que ver con la petición de condena por sanción por no consignación de las cesantías e intereses a las cesantías consideró que tal sanción no es procedente dada la calidad de trabajadora oficial que ostenta la demandante, por cuanto dicha normatividad va dirigida únicamente a los trabajadores del sector privado.

Por otro lado, condenó al pago de aportes en seguridad social causados en los dos contratos declarados, toda vez que se acreditó que el empleador no afilió a la demandante al sistema de seguridad social en pensiones.

Respecto al pago de aportes en seguridad social en salud y ARL absolvió toda vez que la demandante no demostró que hubiera tenido que sufragar gastos económicos o perjuicios por la omisión de afiliación del empleador.

También absolvió por el pago de subsidio familiar por considerar que la llamada a solicitar dicho pago de aportes es la caja de compensación familiar y no la demandante.

Respecto a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa no profirió condena toda vez que la demandante no acreditó el despido.

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

En esa dirección y para resolver la apelación de la demandada sea lo primero advertir, que en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando esta Sala de decisión y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Ha de recordarse que los elementos esenciales que se requieren concurren para la configuración del contrato de trabajo del trabajador oficial, son la actividad personal del trabajador, esto es, que éste la realice por sí mismo, y de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio².

Requisitos que en principio debería acreditar el demandante conforme lo dispone el art. 167 del Código General del proceso aplicable a esta clase de juicios por remisión expresa del artículo 145 del C. P. T. y de la S.S., sin embargo, dicha carga probatoria se atenúa con la presunción consagrada en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945, a favor del trabajador, a quien le bastará acreditar sólo la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, por cualquier medio de prueba; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal.

² **Decreto 2127 de 1945, Artículo 2º** En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y
- c) El salario como retribución del servicio.

Se solicita en el escrito genitor que se declare que la señora MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCIA se vinculó a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. como trabajadora oficial asignada al cargo de AUXILIAR OPERATIVO en el área de costura y confección, en virtud de una única relación laboral que tuvo vigencia desde el 23 de diciembre de 2014 al 15 de septiembre de 2017.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 27 de 1998 el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL se transformó en Empresa Social del Estado, entendida ésta como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, dotada de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud y de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994³, se hace remisión al Decreto 1298 de 1994 que en el párrafo del artículo 674 señala: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Al expediente, se arrimaron sendos contratos de prestaciones de servicios suscritos por las partes en litigio (fls. 95-105), al igual que la certificación expedida por la Dirección de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (fl.70), documentos que dan cuenta que la actora prestó sus servicios mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios así:

CONTRATO	INICIO	FINAL	OBJETO	VALOR DEL CONTRATO	UNIDAD DE SERVICIOS	FOLIO
1755	23/12/2014	22/01/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$1.298.569	TUNAL	70
1233	22/05/2015	31/12/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$11.101.466	TUNAL	70, 90,92 y 93
243	01/01/2016	18/08/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$9.330.551	TUNAL	70
002541	19/08/2016	31/08/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$567.111	TUNAL	70 y 95
005898	01/09/2016	31/12/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$5.671.112	TUNAL	70, 96, 97, 99, 100 y 105
			AUXILIAR			

³ “Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994”

003519	16/01/2017	30/04/2017	ADMINISTRATIVO	\$4.962.223	TUNAL	102
Prorroga No.3	30/06/2017	31/07/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$1.417.778	TUNAL	98
Prorroga No.4	31/07/2017	31/08/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$1.417.778	TUNAL	101
007830	01/09/2017	15/09/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$710.478	TUNAL	104

Ahora, en cuanto a las circunstancias en que se presentó el servicio se tiene que la señora demandante en su calidad de contratista se comprometía a prestar servicios profesionales de apoyo a la gestión como **auxiliar administrativo II** desempeñando las actividades específicas de “...i) *Confeccionar y refaccionar prendas de tipo hospitalario como batas de paciente, vestidos de CX, paquetes de CX;* ii) *Realizar verificación aleatoria de pesaje de ropa hospitalaria, proveniente de los servicios asistenciales.* iii) *Participar en el proceso de inventario periódico de ropa hospitalaria.* iv) *Responder por el inventario individual que le sea asignado* v) *Realizar las demás actividades que le sean asignadas por el supervisor del contrato y que sean inherentes al objeto contractual.*”, como se lee en cada uno de los objetos de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y aportados al plenario a folios 89-10 y en el informe de actividades presentado por la señora MARGARITA RODRIGUEZ al señor OSCAR ORLANDO CUBILLOS quien fungía como supervisor del contrato en calidad de Profesional Especializado de Servicios Básicos vinculado a la SUBRED SUR, de fecha 28 de febrero de 2017 y obrante a folio 87 documentales que no fueron tachadas por la demandada.

De la relación de dichas documentales se observa que entre las partes se suscribieron varios contratos, en los que se evidencia que, el objeto contractual pactado era el mismo, pues, la demandante en su calidad de contratista se comprometía a desarrollar sus actividades como AUXILIAR ADMINISTRATIVO II en el Hospital el TUNAL E.S.E. para apoyar la realización de actividades propias del área de SERVICIOS BÁSICOS, actividades relacionadas con la confección y costura de prendas hospitalarias y que debía realizar dentro de la entidad, de lo que se desprende que obviamente debía asistir al Hospital, siendo necesaria la utilización de los equipos, máquinas y materias primas que suministraba el hospital específicamente en el área de lavandería sitio asignado a la demandante para el desarrollo de su actividad como lo manifestó en el interrogatorio de parte y afirmación que ratificó el testigo OSCAR ORLANDO CUBILLOS, quien como se anotó en precedencia fungió como supervisor del contrato de la demandante.

Teniendo clara entonces la naturaleza de la demandada, prueba de la prestación del servicio a favor de la demandada y que las actividades desarrolladas por la demandante al servicio del HOSPITAL EL TUNAL estaban directamente relacionadas con el área de servicios generales y por ende desarrolladas por trabajadores oficiales, se tendrá por activada la presunción de existencia de contrato de trabajo, razón por la que procede esta instancia a valorar si con los medios probatorios aportados por la demandada se logró desvanecer dicha presunción.

En relación con el testimonio rendido por el señor OSCAR ORLANDO CUBILLOS (folio 210 record) se encuentra que: afirmó que conoció hace 6 años a la señora demandante cuando prestó su servicio como costurera en el Hospital el Tunal; indicó que fue el supervisor del contrato de la señora MARGARITA RODRIGUEZ y que, en virtud de dicha situación siempre observó que la contratista cumplía con sus actividades, las cuales desarrollaba en horas de la mañana, pues, precisó que siempre llegaba alrededor de las 7 u 8 de la mañana en atención a la carga laboral que existía.

Aseveró que, si bien es cierto no se le exigía el cumplimiento de un horario, la señora demandante reportaba a modo de información si presentaba algún retardo en su llegada y que además ella era consciente de que si no llegaba temprano se le acumularía el trabajo.

Indicó que el hospital adecuó un área en la lavandería para que la contratista realizara sus actividades y aunado a ello le suministró la máquina de coser y todos los implementos y materias primas para la prestación del servicio de refracción, confección y costura de prendas hospitalarias.

También informó que él no era la única persona que estaba pendiente de las labores de la demandante, pues, refirió que la directora administrativa y la señora YOLANDA QUIROGA como jefe de recursos físicos también vigilaban el cumplimiento de las actividades de la contratista y que, todo ese personal de supervisión estaba vinculado directamente con la SUBRED.

A fin de valorar el testimonio practicado en primera instancia es importante tener en cuenta que el testigo es un empleado directamente vinculado a la entidad demandada, que ostenta el cargo de supervisor hecho del que es evidente que sus respuestas vayan encaminadas a demostrar la prestación de servicios que

alega la parte pasiva, máxime cuando él era el encargado de la supervisión del contrato de la demandante, sin embargo, precisamente por ese hecho esta sala de decisión le da credibilidad, pues, fue la única persona traída al proceso que pudiera dar fe, por su conocimiento directo, de las circunstancias en que se desarrolló la relación contractual que ató a las partes, como la misma señora demandante lo advirtió en su interrogatorio donde siempre se refirió al señor OSCAR CUBILLOS como su jefe directo.

Al punto de dicho testimonio, es importante advertir que brinda importantes indicios que ratifican la existencia de un contrato de trabajo.

Lo primero que el testigo ratificó fue la prestación del servicio de la demandante, pues, indicó que conoció a la señora MARGARITA RODRIGUEZ desde hace 5 o 6 años cuando la demandante fue contratada como auxiliar de costura prestando sus servicios de forma personal en el área de lavandería del hospital el Tunal, en un puesto que se le asignó como de confección y costura donde se mantuvo hasta hace unos 2 o 3 años, por cambio de administración por reorganización.

Indicó el testigo que como empleado de la SUBRED fue asignado como supervisor del área de lavandería y, por ende de las actividades de la demandante; pero que en todo caso la demandante también estaba sometida, en virtud de la línea de mando existente en el hospital, a la supervisión de la Directora Administrativa del hospital y a la de la señora YOLANDA QUIROGA quien fungía como Jefe de Recursos Físicos.

Otro aspecto importante que se destaca de lo expresado por el testigo es el referente a la disponibilidad de la demandante y el cumplimiento de horario de trabajo, si bien indicó que la señora MARGARITA RODRIGUEZ no era objeto de horario por ser contratista, si precisó que iba de lunes a viernes y esporádicamente un sábado dependiendo de la cantidad de trabajo; señaló que por las actividades propias de la institución la ropa para refacción siempre llegaba en horario diurno, específicamente en horas de la mañana en el horario en que ingresaban los empleados del hospital y que la demandante sabía que debía llegar temprano a seleccionar la ropa para costura, también indicó que salía cuando terminara las actividades que tenía programadas, entre las 3 y 4 de la tarde (record 24:31 a 25:20 CD folio 210).

También señaló que como la ropa hospitalaria estaba tan deteriorada o la cantidad de ropa que suministraban al personal del hospital no era suficiente, el deterioro de las prendas era evidente y por ello se hacía necesario que la demandante asistiera todos los días a ejecutar sus labores; las que tenían que ver con la refacción de prendas hospitalarias, sabanas, piezas quirúrgicas, vestidos quirúrgicos, conteo de ropas y realización de inventarios, todo lo que tuviera que ver con costura.

Aunado a ello manifestó que la única encargada del área de costura y confección era la señora demandante (record 25:22 a 26:54 CD folio 210) razón por la que era necesaria su permanencia continua en las instalaciones del hospital desde que comenzaba la jornada laboral del personal, ello en atención de atender de forma oportuna la carga laboral y los altos requerimientos del área de costura; al punto precisó que si de algún modo la señora demandante se retrasaba o se ausentaba, ello acumulaba el trabajo y afectaba los procesos que estaban íntimamente relacionados con dicha área.

De los aspectos detallados esta instancia considera que en el sub judice, desde ningún punto de vista se logró derruir la presunción de existencia de contrato de trabajo antes declarada, pues, de ninguna de las pruebas practicadas y aquí relacionadas se logró inferir que la demandante desarrollaba sus actividades con plena autonomía e independencia y lo único que se logró ratificar con toda certeza fue la existencia de los elementos del contrato de trabajo enlistados en el art. 2 del Decreto 2127 de 1945, razón por la que los motivos en que fundó su alzada el apoderado de la demandada no están llamados a prosperar.

Resuelta la apelación de la parte demandada, y teniendo claro que lo que existió entre las partes fue una verdadera relación laboral se procede a dar respuesta a los motivos en que sustentó la apelación el señor demandante.

Como primer punto indicó que debió haberse declarado la existencia de una sola relación laboral, desde el 23 de diciembre de 2014 y hasta el 15 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta el plazo presuntivo.

A fin de resolver dicha inconformidad, esta instancia se remite al Decreto 2127 de 1945 que dispuso en los art. 40, 43 y 47:

“ARTICULO 40. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.*

ARTÍCULO 43. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses. ”*

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23957, reiterada, entre otras en las sentencias CSJ SL 26 ag. 2008, rad 32827, CSJ SL 2 may. 2012, CSJ SL2406-2019 y CSJ SL1380-2021, expuso lo siguiente:

“En los contratos a término indefinido, ese acuerdo pone de presente que las partes contratantes, al unísono, le ponen término final al vínculo. Y desde luego, no cabe indemnización alguna. En los contratos a término fijo ocurre lo mismo, sólo que el acuerdo extintivo se hace desde el mismo momento en que las partes conciertan las condiciones de su vinculación, determinando la fecha de la expiración del contrato; y por eso tal acuerdo inicial surte efectos sin que quepa indemnización alguna. Obsérvese, en adición a lo anterior que, en los contratos a término fijo, una de las partes puede manifestarle a la otra que no tiene intención de continuar con la vinculación, y que esa declaración de no prorrogar el contrato, cuando viene de una sola de las partes, sólo es unilateral en apariencia, porque dentro del marco integral del contrato es el acuerdo mismo.

El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto

contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral.

De acuerdo con lo anterior, cuando una parte se acoge al plazo presuntivo semestral o cuando lo hace valer, no hay despido y por lo mismo no hay lugar a indemnización alguna. Por lo mismo, también, existe una sustancial diferencia entre la terminación de un contrato cuando opera el plazo presuntivo extintivo y la terminación de un contrato que expira por la invocación de una justa causa, ya que en este caso sí está de manifiesto la declaración unilateral, de manera que si la causa invocada no es suficiente, según la ley, caben las indemnizaciones legales. Y como la expiración del plazo pactado o la expiración del plazo presumido por la ley, implican acuerdo de voluntades, no puede asimilarse este modo de terminación del contrato con los que no lo conllevan y es por eso por lo que la constante jurisprudencia de la Corte ha dicho que respecto de otros modos de terminación legal del contrato, como el cierre de la empresa, hay lugar a las indemnizaciones legales, porque esas indemnizaciones las impone la ley en los casos en que no hay justa causa, pero las descarta, se repite, cuando hay acuerdo de voluntades dirigido a terminar el contrato.”

De los elementos normativos y jurisprudenciales relacionados y de la verificación de los insumos probatorios recaudados en el proceso, específicamente en lo que tiene que ver con la certificación aportada a folio 70 de fecha 21 de mayo de 2018 y los contratos obrantes a folios 90-105 se tiene que, el primer contrato identificado con el No. 1755 tuvo una vigencia desde el 23 de diciembre de 2014 al 22 de enero de 2015 y luego se observa que las partes suscribieron un segundo contrato de prestación de servicios desde el 22 de mayo de 2015; lo que quiere decir que, para la aplicación del plazo presuntivo sin solución de continuidad desde la fecha de inicio del primer contrato a la fecha de inicio del segundo contrato, la señora demandante debía acreditar la prestación del servicio a favor de la encartada para los meses de febrero, marzo y abril de 2015.

Carga que omitió la parte actora por este interregno; nótese que el apoderado recurrente hace referencia a que se aportó el reporte de semanas cotizadas en pensiones por la demandante en calidad de independiente para dichos meses, sin embargo, dicho reporte no es prueba de la que se pueda inferir que la demandante ejecutó labores en calidad de auxiliar administrativa en favor de la encartada para dicho intervalo de tiempo, aunado a que no se aportó prueba que pudiera respaldar la existencia de una prestación del servicio en dicho periodo.

Téngase en cuenta que respecto al reporte de semanas como prueba para acreditar la prestación del servicio la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en

sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, dejo claro que:

«[...]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)».

Ahora, en lo que tiene que ver con la declaratoria del segundo contrato desde el 22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017, se tiene que la juez de primera se remitió a las disposiciones establecidas en el art. 43 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 en lo que atiende a su término de duración, concluyendo que en el segundo contrato se debía dar aplicación al plazo presuntivo de 6 meses y en virtud de ello surgían las siguientes prorrogas:

PRORROGA	INICIO	FINAL
Inicio contrato	22 de mayo de 2015	21 de noviembre de 2015.
1	22 de noviembre de 2015	21 de mayo de 2016.
2	22 de mayo de 2016	21 de noviembre de 2016
3	22 de noviembre de 2016	21 de mayo de 2017
4	22 de mayo de 2017	21 de noviembre de 2017

Advirtiéndolo más adelante que la relación laboral debía entenderse por terminada durante la cuarta prórroga del segundo contrato, indicando en la parte resolutive que finiquitó el 15 de septiembre de 2017.

Respecto a los argumentos sostenidos por primera instancia para declarar el segundo contrato y de la revisión de las documentales anteriormente aludidas⁴, esta instancia considera que le asiste razón a la a quo en lo que respecta a la aplicación del plazo presuntivo desde el 22 de mayo de 2015, pues, existe prueba suficiente de que la demandante prestó sus servicios como auxiliar administrativa en favor de la SUBRED con la suscripción de 7 contratos, que fueron objeto de

⁴ Certificación aportada a folio 70 de fecha 21 de mayo de 2018 y los contratos obrantes a folios 90-105.

prórrogas continuas, como ya se relacionó a folios 11 y 12 de esta decisión⁵, donde se observa y se infiere que la relación de la demandante se prolongó durante más de dos años, desde el 22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017.

Respecto al extremo final advierte esta instancia que debe tenerse en cuenta como fecha final el 15 de septiembre de 2017, por las razones que pasan a exponerse: i) en el hecho No. 1 de la demanda la parte actora acepta que la relación laboral se terminó el 15 de septiembre de 2017, es decir, antes de la expiración del último plazo presuntivo que, como bien lo señaló la a quo, iba hasta el 21 de noviembre de 2017; adicional a ello, ii) no existe prueba de que la demandante haya continuado prestando sus servicios a favor de la entidad demandada hasta noviembre de 2017; incluso constancia de ello es el mismo reporte de semanas al que hace alusión el demandante, donde se observa que la señora MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCÍA reportó cotizaciones hasta septiembre de 2017 (fl. 71) y que, en este punto si puede tenerse como prueba, por cuanto esta documental guarda correspondencia con las otras pruebas recaudadas y a las que ya se hizo referencia (fls.90-105) y que acreditaron la prestación de servicios sin solución de continuidad desde el 22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017.

Así las cosas, sean éstas razones suficientes para confirmar lo dispuesto por la Juez de primer grado en el numeral primero de la sentencia recurrida.

5

CONTRATO	INICIO	FINAL	OBJETO	VALOR DEL CONTRATO	UNIDAD DE SERVICIOS	FOLIO
1755	23/12/2014	22/01/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$1.298.569	TUNAL	70
1233	22/05/2015	31/12/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$11.101.466	TUNAL	70, 90,92 y 93
243	01/01/2016	18/08/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$9.330.551	TUNAL	70
002541	19/08/2016	31/08/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$567.111	TUNAL	70 y 95
005898	01/09/2016	31/12/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$5.671.112	TUNAL	70, 96, 97, 99, 100 y 105
003519	16/01/2017	30/04/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$4.962.223	TUNAL	102
Prorroga No.3	30/06/2017	31/07/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$1.417.778	TUNAL	98
Prorroga No.4	31/07/2017	31/08/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$1.417.778	TUNAL	101
007830	01/09/2017	15/09/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	\$710.478	TUNAL	104

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA.

Determinada entonces la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, se abordará el estudio de la procedencia de la aplicación de la convención colectiva, en atención a que en primera instancia se absolvió de las mismas y este punto fue objeto de apelación por parte de la demandante.

La a quo determinó que, si bien era cierto la demandante en calidad de trabajadora oficial del Hospital Tunal, en principio era beneficiaria de las convenciones colectivas aportadas a folios 114-131 y 184-201, no lo es menos que la aplicabilidad de dichas convenciones a los trabajadores no sindicalizados se encontraba condicionada a que dichos trabajadores hicieran aportes a la organización sindical, acuerdo que consideró debe respetarse y tenerse en cuenta respecto a la extensión de sus beneficios.

Ha de tenerse en cuenta en primer término que las convenciones aportadas son válidas en virtud de que se acredita en su estructura el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 469 del CST; además y teniendo en cuenta que la actora estuvo unida a SUBRED-SUR a través de un vínculo laboral subordinado y que por tanto ostentaba la calidad de trabajadora oficial, esta instancia encuentra que a la luz del “campo de aplicación” de los acuerdos convencionales 2007-2011 y 2017-2021, le eran aplicables los beneficios extralegales allí consagrados.

En lo que tiene que ver con el argumento en que se basó la Juez de primer grado para no reconocer a la demandante los beneficios convencionales, esta colegiatura considera importante remitirse a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 42605, CSJ SL 1907-2014, CSJ SL 5523-2016 y CSJ SL-070-2021, que en casos de semejantes circunstancias clarificó:

“Por lo demás, resulta claro que, en este caso, no podía ser exigible el pago de la cuota sindical o la demostración de la calidad de la actora de afiliada al colectivo, toda vez que, precisamente, tales situaciones obedecieron a la forma irregular de vinculación de la demandante.”

De lo leído se colige que, en casos como el que se estudia no es posible exigir a la parte actora el pago de una cuota sindical o como se denominó en la convención el “descuento de cuota por beneficio convencional” a fin de que pueda acceder a la calidad de beneficiario de la convención colectiva, máxime cuando en el trámite

procesal se acreditó que su vinculación con la entidad demandada fue irregular, como se dejó sentado en el estudio de la declaratoria de contrato realidad.

En atención a las premisas anteriores, se procederá a consignar los beneficios convencionales a los que tendría derecho la demandante, eso sí teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo aplicado en la decisión de primer grado respecto a los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al 03 de diciembre de 2015, como bien se determinó y que no fue objeto de inconformidad.

En principio ha de tenerse en cuenta que en la convención colectiva de trabajo 2007-2011 se pactó como término de vigencia un periodo de cinco (5) años a partir del 01 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011 (fls.119 y 189 vto.); término que se prorrogó con el acta de acuerdo de arreglo directo del pliego de peticiones del 29 de diciembre de 2011, durante cinco (5) años más desde el 01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2016 (fls. 78, 125 y 195 vto.)

Por otro lado, en la convención colectiva de trabajo 2017-2021 se pactó una vigencia de cinco (5) años desde el 01 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2021.

Definidas las vigencias de las convenciones se encuentra que los extremos temporales en los que se declaró la prestación del servicio y la existencia de contrato realidad, encuadran en los periodos de vigencia de las convenciones.

Se advierte que la demandante en la pretensión No. 19 hizo referencia de forma general a la declaratoria de todo beneficio de carácter convencional, los que para el cargo de operario de servicios generales código 5150 categoría 3ª consisten en prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad y beneficio por servicios prestados, los que se entraran a determinar.

PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y PRIMA DE VACACIONES.

Pretende el apoderado de la demandante el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad y de vacaciones, sin embargo, de la revisión de las convenciones aportadas no se advierte la regulación de dichas prestaciones extralegales, y como consecuencia de ello, se mantendrá la decisión censurada, por lo aquí anotado.

PRIMA DE NAVIDAD.

Al respecto es preciso indicar que dicha pretensión tampoco se encuentra consagrada en las convenciones colectivas, sin embargo, encuentra esta instancia que este tipo de prestaciones se encuentra regulada en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el decreto 3148 de 1968⁶ art. 1 en armonía con el art. 51 del Decreto 1848 de 1969, donde incluso se precisa que los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado no tienen derecho a esta cuando la norma convencional les otorgue una similar.

Dado que en el presente asunto no se estipuló el reconocimiento de esta pretensión en el acuerdo convencional y que la parte demandante en su escrito de demanda y en los fundamentos de su alzada hace referencia, además, a la norma aludida, considera esta instancia que se debe reconocer la misma, equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año.

A fin de calcular al valor que le corresponde a la señora demandante por prima de navidad, en principio ha de tenerse en cuenta que, según las normas aludidas es un beneficio que se le reconoce al trabajador oficial por haber laborado durante todo el año civil⁷ o proporcional y que para su liquidación debe tomarse como referencia el salario que el trabajador oficial hubiere devengado a 30 de noviembre.

Para efectuar las operaciones aritméticas correspondientes ha de tenerse en cuenta el fenómeno prescriptivo, los periodos en que se desarrollaron los vínculos de trabajo y los salarios devengados por la señora demandante a 30 de noviembre de cada año, estos últimos que se discriminan a continuación:

AÑO	SALARIO A 30 NOVIEMBRE	FOLIO
2015	\$1.337.526	70 y 93
2016	\$1.417.778	70,96,99 y100
2017	\$1.420.956	98, 101, 102 y 104 ⁸

⁶ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

⁷ Precisando que el año civil es el mismo que coincide con el año calendario, esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de cada año.

⁸ Para determinar el salario de 2017 se tuvo en cuenta lo dispuesto en el numeral 2 del art. 51 del Decreto 1848 de 1969 que dispone:

“Artículo 51:

...

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de

La liquidación correspondiente arroja un total de \$3.769.709 que deben reconocérsele a la demandante por prima de navidad.

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	PRIMA
1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 1.337.526,00	\$ 1.337.526
1/01/2016	31/12/2016	360	\$ 1.417.778,00	\$ 1.417.778
1/01/2017	15/09/2017	257	\$ 1.420.956,00	\$ 1.014.405
TOTAL				\$ 3.769.709

BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS.

Pretende también la demandante el reconocimiento del derecho convencional denominado “BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS” el cual se pactó desde el 29 de diciembre de 2011 en el “acta de acuerdo en arreglo directo del pliego de peticiones presentado por los trabajadores oficiales al servicio de las empresas sociales del estado adscritas a la secretaría distrital de salud por las organizaciones sindicales SINTRASALUD D.C., AGRECONDUCTORES y SINDISTRITALES” (fls.123-126 y 193-196).

En el art. 11 del acuerdo en mención se pactó:

“ARTICULO 11. BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS. Las Empresas Sociales del Estado que conforman la red pública de los hospitales del Distrito Capital reconocerán y pagarán a partir de la firma de la presente convención, a cada uno de los Trabajadores Oficiales que ingresaron a partir del primero de enero de 2005 a las ESE; un beneficio anual, equivalente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor de la asignación básica mensual, el cual no constituirá factor salarial.”

Teniendo en cuenta lo preceptuado y al revisar los extremos temporales de las relaciones laborales decretadas se tiene que la demandante tiene derecho a dicho beneficio en vigencia del segundo contrato que tuvo como extremos temporales el 22 de mayo de 2015 al 15 de septiembre de 2017, en la suma de \$1.377.652 aclarando que el beneficio fue causado por los siguientes años cumplidos:

servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.”

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	BENEFICIO ANUAL
22/05/2015	21/05/2016	360	\$ 1.337.526	\$ 668.763
22/05/2016	22/05/2017	360	\$ 1.417.778	\$ 708.889
TOTAL				\$ 1.377.652

SUBSIDIO FAMILIAR.

A fin de determinar su procedencia, esta instancia debe remitirse al principio de congruencia previsto en el artículo 281 estatuto general del proceso, aplicable al laboral por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, que dispone: “las sentencias judiciales deben ser coherentes con los hechos y pretensiones de la demanda, su contestación y las excepciones formuladas, así como con lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes”.

Revisado el acápite de pretensiones se observa que esta petición no fue incluida en las aspiraciones iniciales de la demandante, dado lo anterior no sería procedente su estudio.

AUXILIO DE CESANTÍAS.

Solicita el demandante la liquidación de las cesantías teniendo en cuenta lo dispuesto en las convenciones colectivas en el art. 8 que dispone:

“ARTICULO 8. LIQUIDACIÓN DE CESANTIAS.

Los hospitales empresas sociales del estado (ESE) adscritas a la red pública del Distrito Capital pagarán a los trabajadores oficiales las cesantías parciales y/o definitivas, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- a) Asignación básica mensual.*
- b) Subsidio de Alimentación.*
- c) Auxilio de transporte.*
- d) Prima de antigüedad.*
- e) 1/12 Recargos nocturnos.*
- f) 1/12 Dominicales y festivos.*
- g) 1/12 Prima de navidad.*
- h) 1/12 Prima de servicios o semestral.*
- i) 1/12 Prima de vacaciones.*
- j) 1/12 Horas Extras.*

- k) 1/12 Quinquenio.
- l) Los demás factores que constituyan salario.”

Teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria de la convención se accederá a lo peticionado y se procederá a liquidar las cesantías teniendo en cuenta los extremos que tuvo como base para la liquidación la Juez de primer grado y la prima de navidad, único ítem que se le reconoció a la demandante de los enlistados en el art. citado en precedencia.

INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	1/12 PRIMA DE NAVIDAD	CESANTÍAS
22/05/2015	31/12/2015	223	\$ 1.337.526	\$ 111.461	\$ 828.523
1/01/2016	31/12/2016	360	\$ 1.417.778	\$ 118.148	\$ 1.417.778
1/01/2017	15/09/2017	360	\$ 1.420.956	\$ 84.534	\$ 1.420.956
TOTAL					\$ 3.667.257

Así las cosas, se modificará el literal a) del numeral 2 de la parte resolutive y en su lugar se condenará a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD E.S.E-HOSPITAL TUNAL III NIVEL a pagar a favor de la demandante la suma de \$3.667.257por concepto de auxilio de cesantías.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y conforme a las motivaciones precedentes se **MODIFICARÁ** y **ADICIONARÁ** la decisión de primer grado como se consideró en precedencia.

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 literal a) del numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido de condenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagar a favor de la señora MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCIA por auxilio de cesantías la suma de \$3.667.257.

ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido de condenar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagar a favor de la señora **MARGARITA RODRIGUEZ DE GARCIA** la prima de navidad en cuantía de \$\$3.769.709 y la suma de \$1.377.652 por concepto del beneficio convencional denominado “BENEFICIO POR SERVICIOS PRESTADOS.”

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida por la Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 YOLANDA
DUQUE CASAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 19 2018 00338 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogado ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ como apoderado sustituto 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, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 222).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PROTECCIÓN S.A (fl 210 -215) y COLPENSIONES (fl 216-218), 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de junio de 2021 (Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través

de la plataforma Microsoft Teams, récord 22:31, audio 2, CD folio 205, acta folios 206 y vto.), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de la señora MARTHA YOLANDA DUQUE CASAS identificada con la cédula de ciudadanía numero 24.726.733 del régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual administrado por la AFP ING hoy por la AFP DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A identificada con el NIT 800138188 – realizado el día 10 de octubre del año 1997, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la aquí demandante MARTHA YOLANDA DUQUE CASAS al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 19 de septiembre de 1985 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto por esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada AFP ADMINISTRADORA PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A de NIT 800138188 – 1 a devolverle a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, con los rendimientos financieros causados incluidos los interés, comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: Si no es apelada la presente decisión remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior Sala Laboral para que realice el traslado jurisdiccional de Consulta por ser la decisión adversa a COLPENSIONES.”

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

Inicialmente, PROTECCIÓN se refiere a la orden de trasladar los descuentos por gastos de administración incluida la prima de seguros provisionales. Al respecto señala, tales rubros se encuentran debidamente autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por lo que los mismos se efectuaron bajo la venía de las disposiciones vigentes como lo hace cualquier entidad financiera.

Adicionalmente, argumenta, este descuento se realizó como una contraprestación a la buena gestión y administración de los recursos de la demandante, lo cual se ve reflejado en los rendimientos generados.

Agrega, tampoco procede la devolución de estas sumas de dinero porque se trata de valores causados durante el manejo de los mismos por la AFP, por tanto, se trata de prestaciones acaecidas, teoría acogida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 31899 de 2008 en la que manifiesta que *“as consecuencias de la nulidad de vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado la que no tiene cabida enteramente en el derecho social de manera de propender por el retorno al estado natural al momento que se formalizo el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido a de valer el carácter tutelar de preservar situaciones consolidadas, ya en el ámbito laboral ordenes de la seguridad social”*.

Resalta sobre ese cobro del 3% opera la prescripción por ser de tracto sucesivo, causado en la periodicidad que impone la ley, además de tratarse de un concepto que no financia directamente la prestación por vejez, aunado a que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de la sumas percibidas por gastos de administración¹ (Audiencia de

¹ “Gracias señora juez de manera respetuosa interpongo recurso de apelación de manera parcial únicamente frente a la orden de trasladar a COLPENSIONES los descuentos por gastos de administración entendiéndose estos las comisiones de administración y lo descontado por prima de seguros provisionales. En primer medida se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la ley 100 del 1993 modificado por la ley 797 de 2003 en su artículo 7 y el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa como se realiza frente a cualquier entidad financiera, segundo este descuento se realizó en su momento como una contraprestación a una buena gestión de administración del recurso de la demandante lo cual se puede ver evidenciado a los excelentes rendimientos financieros que genero su cuenta de ahorro individual, tercero no hay lugar a devolver estos dineros en razón que se trata de valores ya causados durante la administración de recurso del fondo de pensiones, así las cosas debemos hablar de prestaciones acaecidas teoría que fue puesta de precedente por la misma Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia con radicado 31899 de septiembre 2008 Magistrado Ponente Doctor Eduardo López Villegas cuando manifiesta lo siguiente *“las consecuencias de la nulidad de vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado la que no tiene cabida enteramente en el derecho social de manera de propender por el retorno al estado natural al momento que se formalizo el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido a de valer el carácter tutelar de preservar situaciones consolidadas, ya en el ámbito laboral ordenes de la seguridad social”* además debe tenerse presente que a este cobro del 3% destinado para gastos de administración opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley además que este un concepto que ni siquiera financia directamente la prestación por vejez, aunado a lo anterior el artículo 113 de la ley 100 de 1993 no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de sumas percibidas por gastos de administración por lo sustentado anteriormente le solicito de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoque la sentencia parcialmente esto es solamente en lo concerniente a la condena del traslado de los gastos de administración toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas. Muchas gracias”

trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 24:35, audio 2, CD folio 205, acta folios 206 y vto.).

A su turno, COLPENSIONES indica, pasó por el alto el juzgado que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional, la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, y una de sus características era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado, lo cual se perfecciona a través de la firma del formulario de afiliación, precisando, para esa época no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015 con la cual nace la obligación de la AFP de brindar una doble asesoría a los afiliados.

Bajo ese escenario, considera, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación debieron valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario o se materializó el traslado, no siendo razonable jurídicamente, dice, que se le impongan obligaciones y soportes de validación que no se encontraban previstos en el ordenamiento jurídico, pues con ello se desvirtúa el principio de confianza legítima y se viola el debido proceso de COLPENSIONES, que sin participar del trámite de traslado debe asumir la carga de la prestación. Memora, los actos jurídicos tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan del mismo solo deben repercutir sobre las partes involucradas.

Con relación a la carga de la prueba, advierte, hasta el 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto del traslado, porque no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes constituye una situación imposible.

Pone de presente el que la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, de allí que esa administradora resulte lesionada con la determinación frente al equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema y recuerda la prohibición de los afiliados para trasladarse de régimen cuando les falta menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, situación que no es caprichosa y por el contrario

propende por la protección del fondo común con el cual deben pagarse las prestaciones.

En otro giro, de confirmarse la determinación, pide se mantenga la condena de restituir el total de la cotización que recibió por parte del demandante. Además, solicita se adicione la sentencia en el sentido de que se el cumplimiento de las ordenes impuestas a su cargo se condicione a, cumplimiento por parte de la AFP²

² “Gracias su señoría encontrándome en la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo emitido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el cual sustentare de la siguiente manera. En primer lugar mi reproche Honorable Magistrados en cuanto a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante pues se fundamentó en la falta del deber de información de la AFP demandada al momento de la suscripción del formulario de inscripción y pasando por alto la fecha que se realizó el traslado la normatividad aplicable para esa época era la ley 100 de 1993 y una de sus características era la aceptación espontánea, libre y expresa de una afiliado para trasladarse de régimen y dicha aceptación se perfecciona o se perfeccionó a través de la firma del formulario de afiliación el cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva de las pruebas aportadas pues cabe resaltar que para la fecha de suscripción y firma del formulario esto es 01 noviembre del 97 no existía la ley 1748 de 2014, ni el decreto 2071 de 2015 con las cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a los afiliados.

Así las cosas en el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deberían valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en este asunto pues la ley 100 de 1993 no es razonable ni jurídicamente viable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de validación no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidades de defensa o la oportunidad para interponer recurso sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Carta política el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Así mismo Honorables magistrados, el juzgamiento de la conducta los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES que sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe asumir la carga de la prestación esto con base en que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el principio de la relatividad jurídica esto es entorno a que COLPENSIONES es un tercero en este asunto y pues recordando que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas,.

Ahora bien en cuanto a lo manifestado en la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza en el AFP ya lo señalado por la Corte en las sentencias en el fallo de primera instancia este tipo de decisiones en contra digamos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto al traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Finalmente pongo en su consideración Honorables Magistrados que este asunto la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años por lo que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución Política adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005 donde reiteramos igualmente el artículo 2 de la ley 797 del 2013 en el cual se hace prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltara 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser a respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger al fondo común por medio del cual COLPENSIONES ayuda a pagar las respectivas pensiones de las personas que cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial. Así mismo debe tenerse en cuenta que los recursos que reciben administradora por concepto de cotizaciones de afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta además con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 y que además es reiterada en la C-062 de 2010.

(Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 27:19, audio 2, CD folio 205, acta folios 206 y vto.).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (folios 3 y 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 6), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 1 de noviembre de 1997 con el fondo privado de pensiones ING hoy PROTECCIÓN por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad al que pertenece dicha administradora. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES recibirla y afiliarla nuevamente en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático y se condene a PROTECCIÓN a pagar las sumas actualizadas conforme la certificación expedida por el DANE. 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, disponiendo a dicha AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

Ahora bien en el caso que llegare a confirmarse la decisión por parte del Honorable Tribunal ruego se mantenga la condena a la AFP actual administradora en la que se encuentra la demandante en el entendido que esta debe reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de la cotización que recibió por parte del demandante esto es los recursos de la cuenta individual cuotas abonadas al FGPN, rendimientos, fondos pensionales, cuotas de recursos previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuantía individual en general todos los aportes generados por la accionante a la AFP así mismo solicito Honorables Magistrados que se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta a COLPENSIONES con una obligación de ser a favor del demandante esto es de recibirlo y activarlo como afiliado a actualizar su historia laboral solo se podrá realizar una vez cumplidas las obligaciones impuestas a AFP en las sentencias todas vez que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento a la misma, hasta tanto la AFP no reintegre los recursos a mi representada y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos, con lo anterior dejo sustentado mi recurso solicitándole a los Honorables Magistrados se revoque la decisión proferida en día de hoy y en consecuencia se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra muchas gracias su señoría”.

PROTECCIÓN 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 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 3 de septiembre de 1962 (folio 19), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 27 de julio de 2009 (folios 28 y 30), esto es, cuando le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 46 años-. No obstante, pese a no encontrarse incurso dentro de la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 a la que se hizo referencia, la misma le fue negada por el ISS mediante comunicación DNAYR-15420.01.01-6517 el 22 de septiembre de 2010 bajo el argumento que *“no cumple con el requisito establecido en el numeral 1) de la Sentencia C-1024 en cuanto a los quince (15) años o más cotizados al 01 de abril de 1994. (...) Por lo anterior, le informamos que su traslado de régimen pensional no es viable, y su afiliación válida es en la A.F.P. ING”*.

En ese orden, aunque no se tuvo en cuenta en su oportunidad que estaba habilitada para retornar al Régimen de Prima Media, lo cierto es que dicha circunstancia no fue objeto de discusión en el presente asunto, aun cuando no

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

contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 331,84 semanas cotizadas que corresponden a 6,36 años (*reporte de semanas cotizadas en pensión, expedido por COLPENSIONES folios 163 a 166*), y 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 **10 de octubre de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1 de diciembre de 1997**, (*folios 114 y 199 vto.*) por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación a DAVIVIR.

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:

⁴ Era trabajadora del sector privado (folio 163).

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁵, 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 SL-1948 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).

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.

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 el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad

de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 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 demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues señaló que la asesoría la recibió de COLMENA cuando el traslado, como se vio, se produjo con DAVIVIR.

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 DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) (folio 199 vto.), este 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, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 125 a 128), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁷ Audiencia del 2 de junio de 2021, audio 1, récord 08:23, CD folio 205.

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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque COLPENSIONES advierte que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, como se conoce actualmente, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy

Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, en la misma providencia ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (10 de octubre de 1997, efectivo el 1 de diciembre 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 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.

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 PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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. Pertinente es aclarar, atendiendo los argumentos de la alzada vertida por COLPENSIONES, la 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.

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 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 (...)”.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folios 112), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN en auto del 6 de julio de 2016. Colpensiones no contestó la demanda.

*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, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PROTECCIÓN, baste con indicar, que la acción de “recibir”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

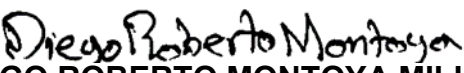
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

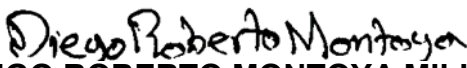
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE FORERO
RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES (RAD. 19 2019 00010 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SONIA LORENA RIVEROS VALDES 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, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 55).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de julio de

2021 (Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T, récord 24:07, Cd folio 48, acta folio 49), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante señor JORGE FORERO VALDERRAMA (sic) por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.*

***TERCERO:** Si no es apelada esta decisión se ordena remitir al Honorable Tribunal Superior de Bogotá para el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** teniendo en cuenta pues que ha sido adversa a la parte demandante la decisión. Ofíciase.”*

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 JORGE FORERO RODRÍGUEZ, las pretensiones relacionadas a folio 6 y 7, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados en el acápite respectivo (folios 5 y 6), aspirando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 7% por persona a cargo a partir del 2 de marzo de 2009 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 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 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 del incremento rogado.

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. 018533 de 2009, por la cual se le reconoció pensión de vejez al demandante, a partir del 2 de marzo de 2009

en cuantía inicial de \$732.933, por ser beneficiario del régimen de transición, y aplicando concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (folio 15).

Ahora bien, persigue el demandante el reconocimiento y pago del incremento pensional por hijos menores, 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:

(...)

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

(...)”

De allí se desprenden dos requisitos que deben ser acreditados por el pensionado para acceder al incremento, a saber: i) la calidad de hijo menor de 16 o de 18 años si es estudiante o inválido y, ii) la dependencia económica de aquel 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 2021¹, en la cual abandona la postura asumida por esa 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

¹ “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.

*De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.
(...)”.*

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° 018533 de 2009 (folio 15), y en todo caso, con posterioridad al 1 de abril de 1994.

Valga precisar, 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 ser coincidente entre los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

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 consultada.

SIN COSTAS en esta instancia.

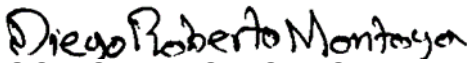
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

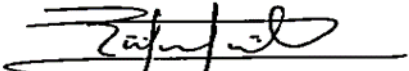
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve 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

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**

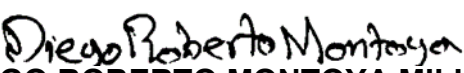
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA YOLANDA
GUEVARA SILVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 19 2019 00044 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ 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, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 160).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR S.A (fl152-157), COLPENSIONES (fl 163-164) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

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

proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de julio de 2021 (Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 34:24, CD folio 148, acta folios 147), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA YOLANDA GUEVARA SILVA identificada con la cédula 23.790.755 al régimen de prima media con prestación definida administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR identificada con el NIT 8001443313, realizada el 23 de enero del 95 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada la demandante MARTHA YOLANDA GUEVARA SILVA con cédula 23.790.755 al régimen de prima media con prestación definida administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 06 de agosto de 1993 hasta la actualidad como si ella nunca se hubiere trasladado y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR con NIT 8001443313 a devolverle a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA YOLANDA GUEVARA SILVA de cédula 23.790.755 como son las cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones y que se descuenten los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: Si no es apelada la presente decisión se ordenará remitir el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta teniendo en cuenta que fue adversa la decisión a la demandada COLPENSIONES.”

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

Inicialmente, PORVENIR refiere que la juzgadora de primer grado declara la ineficacia del traslado del año 1995, cuando el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 habla es de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, lo cual dice, supone un dolo que no fue probado ni manifestado dentro del proceso y por el contrario, la demandante hizo su libre escogencia y selección de régimen a través

de su vinculación a esa sociedad en la cual ha permanecido hasta la fecha, sin que manifestara inconformidad alguna.

Precisa, el formulario de afiliación es un documento válido que se presume auténtico y no fue tachado de falso, siendo este el único requisito previsto en la anualidad en la que se suscribió el acto jurídico cuestionado, para documentar la asesoría dada, situación que, en su sentir, no implica que no haya cumplido con su deber de información. Reprocha el hecho de que la juez no precisó cuál es el medio probatorio que deben incorporar las administradoras para demostrar que la actora estuvo válidamente afiliada por 25 años en el régimen de ahorro individual, dada la imposibilidad de traer el asesor que efectuó la afiliación pues se desconoce su paradero y de fabricar su propia prueba.

Arguye, la convocante se encuentra en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, la cual fue sometida a control previo de constitucionalidad y declarada exequible mediante sentencia C-1024 de 2004, para dar prevalencia al interés general sobre el particular y evitar la descapitalización del régimen de prima media. Señala, no resulta dable que la demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones

Por otra parte, y con relación a los gastos de administración, alude no ser posible su retorno porque en el régimen de prima media también se destina un 3% de la cotización para los costos administrativos, las pensiones de invalidez y sobrevivientes, recursos estos que no forman parte integral de la pensión de vejez, es decir, no es un emolumento que le corresponda al afiliado. Bajo ese entendido además, sostiene, tales emolumentos son susceptibles de prescripción trienal.

Frente a este aspecto, adicionalmente, advierte, la ley y la Superintendencia Financiera en varios conceptos ha señalado que cuando proceda la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado, los únicos dineros a retornar son aquellos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado y no procede la prima provisional de seguros, en razón a que la aseguradora cumplió con su deber de mantener la cobertura durante el tiempo de vigencia de la póliza, así como tampoco es posible reintegrar los gastos de administración ya que ello conllevaría enriquecer sin causa a favor de COLPENSIONES siendo la AFP y no la

administradora del RPM la que administró los recursos y generó grandes rendimientos, resultando ahora perjudicada esa sociedad bajo el supuesto de que la demandante no está conforme con su mesada pensional, sin acreditar cual fue el engaño que sufrió¹ (Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 36:32, CD folio 148, acta folios 147).

¹ “Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de alzada contra la sentencia proferida para que los Honorables Magistrados de la Sala Laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por las siguientes razones. La primera de ella es que la falladora de primera instancia declarara la ineficacia del traslado de la aquí demandante del año 1995 la ineficacia está contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 y es una norma que nos habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador lo que supone un dolo que no fue probado ni manifestado dentro del proceso es decir no quedo probado el asesor en el año 1995 hubiere querido generar algún tipo de daño a la aquí demandante causar o inducirla en error y tampoco tenía la intención de perjudicar el futuro pensional de la demandante, por el contrario lo que hizo fue brindarle un alternativa diferente gracias a la gran crisis financiera y económica que pasaba por esa época el Instituto de seguros sociales por tanto ella haciendo uso de su libre escogencia y elección de ese derecho de poder tener un régimen o el otro quiso pertenecer al régimen de ahorro individual con PORVENIR en el año de 1995 donde ha permanecido hasta la fecha sin que se hubiere generado ninguna inconformidad de su parte podemos validar como estado 25 años sin que hubiere generado una queja o reclamo durante tiempo por falta de información.

Manifiesta la falladora de primera instancia que no se allegó al expediente un documento o una prueba adicional que pudiera determinar la información que se entregó para el año 1995 y es importante aclarar que el formulario de afiliación es un documento válido que se presume autentico el cual no fue tachado de falso por la parte demandante, además de ello es importante verificar que para el año 1995 el único requisito que se solicitaba para documentar la información aportada era el formulario de afiliación lo que no se significa que mi representada no hubiere cumplido con el deber de información y con todos los deberes que le impone la ley, es preciso manifestar que la falladora de primera instancia no nos indica entonces cual es el documento que se le requiere o se le pide a las administradoras en este caso a mi representada para mostrar la demandante estuvo y estado válidamente afiliada al RAIS por 25 años debido a que no podemos traer al asesor que en ese momento genero la afiliación ya que no conocemos su paradero y tampoco podemos fabricar una prueba como lo hacen los demandantes dentro de estos procesos de ineficacia y entregándosela a todo la AFP que represento en este caso PORVENIR en la cual allegó los documentos que tenía en su poder para demostrar la validez de ese acto y negocio jurídico.

Es importante manifestar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que manifiesta la ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C1024 de 2004 fue declarada exequible aspectos de interés general por encima del particular con la protección del sistema general de pensiones con la no descapitalización del régimen de prima media, con un principio de estabilidad financiera en el RAIS puesto no es dable que la demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones como lo ha manifestado el Honorable Magistrado Quiroz en varias sentencias de voto.

Ahora la falladora de primera instancia generó una condena a devolver o retornar la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante a COLPENSIONES sino que también genera una condena por gastos de administración a respecto me permito indicar que en el régimen de prima media también se destina un 3% de cotización a administrar gastos de administración pensión de invalidez y sobreviviente, estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, es decir, no es un emolumento que le corresponde o se a del afiliado y al no serlo si le cabe ese término trienal de prescripción ya que no financia la prestación de vejez. Es importante también indicar que no solo la ley ha permitido estos descuentos sino que la Superintendencia Financiera en varios conceptos uno de ellos del 17 de enero de 2020 indico que cuando proceda un evento de nulidad o ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar es la cuenta de ahorro individual sin que proceda la prima provisional de seguros en consideración en que la compañía de seguros cumplió con el deber de mantener la cobertura durante el tiempo de la póliza y tampoco procede la devolución de los gastos de administración y es que en general la entrega de dineros la codemandada COLPENSIONES es lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa a favor de ella debido a que durante 25 años fue mi representada quien genero una excelente administración de los aportes de la demandante generando grandes rendimientos y en este momento se ve perjudicada debido a que ella no está conforme con su mesada pensional sin probar si quiera cual fue el engaño que pretende hacer ver en este proceso. Así las cosas, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados revocar la sentencia en cita y absolver a mi representada en cada una de las pretensiones, su señoría muchas gracias.”

A su turno, COLPENSIONES indica, pasó por el alto el juzgado que para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación, con el cual se materializó el traslado de régimen, la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, y una de sus características era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado, lo cual se perfecciona a través de la firma de dicho documento, precisando, para esa época no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015 con la cual nace la obligación de la AFP de brindar una doble asesoría a los afiliados.

Bajo ese escenario, considera, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación debieron valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario o se materializó el traslado, no siendo razonable jurídicamente, dice, que se le impongan obligaciones y soportes de validación que no se encontraban previstos en el ordenamiento jurídico, pues con ello se desvirtúa el principio de confianza legítima y se viola el debido proceso de COLPENSIONES, que sin participar del trámite de traslado debe asumir la carga de la prestación. Memora, los actos jurídicos tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan del mismo solo deben repercutir sobre las partes involucradas.

Con relación a la carga de la prueba, advierte, hasta el 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto del traslado, porque no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes constituye una situación imposible.

Pone de presente el que la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años, de allí que esa administradora resulte lesionada con la determinación frente al equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema y recuerda la prohibición de los afiliados para trasladarse de régimen cuando les falta menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, situación que no es caprichosa y por el contrario propende por la protección del fondo común con el cual deben pagarse las prestaciones.

En otro giro, de confirmarse la determinación, pide se mantenga la condena de restituir el total de la cotización que recibió por parte del demandante. Además, solicita se adicione la sentencia en el sentido de que se el cumplimiento de las ordenes impuestas a su cargo se condicione a, cumplimiento por parte de la AFP²

² “Muchas gracias su señoría encontrándome en la etapa procesal pertinente me permito interponer el recurso de apelación contra el fallo emitido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito el cual sustentare a continuación.

Es de manifestar Honorables Magistrados en cuanto a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen se fundamentó en el la falla del deber de información que se da el la AFP al momento de la suscripción del formulario pasando por alto que para esa fecha la legalidad del momento la normatividad aplicable era la ley 100 de 1993 y pues esta era la aceptación espontanea, y expresa del afiliado para trasladarse de régimen y puesta se manifestaba por la firma del formulario de vinculación lo cual en este asunto se vio a plenitud se deriva el formulario que se allego con la contestación por parte de la AFP, así mismo se puede resaltar para la fecha de suscripción de dicho formulario no existía la ley 1748 de 2014, ni el decreto 2071 de 2015 con las cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a los afiliados.

Así las cosas en el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deberían valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, ni es razonable ni jurídicamente valido poner imponer a las administradoras obligaciones y soportes de validación no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidades de defensa o la oportunidad para interponer recurso sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Carta política el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, así mismo Honorables magistrados el juzgamiento de la conducta los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES que sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe asumir la carga de la prestación esto con base en que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica esto es entorno a que COLPENSIONES es un tercero en este asunto y es de recordando que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, es de tenerse en cuenta que la entidad que represento no fue de ninguna manera favorecido ni mucho menos perjudicado por este contrato que se celebró entre la demandante y la AFP.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza del AFP y al trasladar lo manifestado por la Corte en la sentencia referida en primera instancia a este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y la aceptación del afiliado respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Finalmente pongo en su consideración Honorables Magistrados que este asunto la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años por lo que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución Política adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005 e igualmente se reitera el artículo 2 de la ley 797 del 2013 en el cual se hace prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltara 10 años o menos para cumplir la edad para pertenecer o para tener derecho a la pensión de vejez, no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser a respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger al fondo común por medio del cual COLPENSIONES usa para pagar las respectivas pensiones, así mismo debe tenerse en cuenta que los recursos que reciben administradora por concepto de cotizaciones de afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 y que además es reiterada en la C-062 de 2010.

Ahora bien en el caso que llegare a confirmarse la decisión por parte del Honorable Tribunal ruego se mantenga la condena a la AFP en el entendido que esta debe reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones que recibió por parte de la demandante esto es los recursos de la cuenta individual cuotas abonadas al FGP, rendimientos, fondos pensionales, cuotas de recursos previsionales, cuotas de administración, en general todos los aportes generados por la accionante a la AFP. Así mismo solicito Honorables Magistrados que se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta a COLPENSIONES con una obligación de ser a favor del demandante esto es de recibirlo y activarlo como afiliada a actualizar su historia laboral solo se podrá hacerse efectiva una vez cumplidas las obligaciones

(Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 42:31, CD folio 148, acta folios 147).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 6 y 7) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 6), aspirando que por falta de los requisitos legales de que dan cuenta los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación con la cual se produjo su traslado del régimen de prima medial al de ahorro individual con solidaridad, teniéndose como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación realizada al RPM, hoy administrado por COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados en el RAIS incluidos bonos pensionales a su favor, aportes voluntarios, rendimientos, todo como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, sin efectuar ningún tipo de descuento. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a dicha AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten

impuestas a AFP en las sentencias todas vez que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento a la misma, hasta tanto la AFP no reintegre los recursos a mi representada y actualice la información de la demandante, con lo anterior dejo sustentado mi recurso reiterándoles a los Honorables Magistrados se revoque la decisión proferida en día de hoy y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra muchas gracias.”

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 6 de marzo de 1969 (folio 21), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante 4 de diciembre de 2018, según se lee del documento que milita a folio 39, 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 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 12,71 semanas cotizadas que corresponden a 0,24 años (*historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda -folios 92 y 93- y reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES -folio 116-*), 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 **23 de enero de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1 de febrero de 1995**, (folios 24, 85 y 86) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito.

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

⁴ Laboraba en el Banco de la República (folio 98).

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 requisito, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁵, 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.

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

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

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).

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.

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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.

pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues señaló que el asesor de PORVENIR le advirtió que debía trasladarse al fondo privado, siendo esa AFP la mejor opción frente a inversiones y rendimientos, sin que se le indicara, o por lo menos no recuerda, sobre aspectos como el financiamiento de la pensión u otras características del régimen de ahorro individual.

El deber de información tampoco deviene probado con los testimonios rendidos por ELIECER VANEGAS MURCIA⁸ y LUZ AMÉRICA MALAGON GUILLEN⁹, pues no estuvieron presentes en el momento de la suscripción del formulario de afiliación y por ende, no les consta directamente lo aludido por el asesor. Además, aunque la testigo DIANA PATRICIA SIERRA RODRÍGUEZ¹⁰, refirió encontrarse con la demandante al momento de la asesoría, se limitó a indicar que el asesor les refirió que el ISS estaba atravesando por dificultades económicas y que no podría cumplir con el pago de las pensiones, además, que podían retirarse a menor edad y que el dinero invertido iba a tener muy buenas inversiones.

Dicho deber advierte probado del interrogatorio absuelto por el representante legal de PROVENIR¹¹ 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 PORVENIR (folio 85), este 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

⁷ Audiencia del 8 de abril de 2021, récord 26:45, CD folio 144, acta folios 141 a 143.

⁸ Audiencia del 8 de abril de 2021, récord 1:02:31, CD folio 144.

⁹ Audiencia del 8 de abril de 2021, récord 1:21:16, CD folio 144.

¹⁰ Audiencia del 8 de abril de 2021, récord 44:47, CD folio 144.

Audiencia del 8 de abril de 2021, récord 19:16, CD folio 144.

caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*folios 100 a 101*), 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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque COLPENSIONES advierte que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, como se conoce actualmente, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, en la misma providencia ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (23 de enero de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL-12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen

pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

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.

Pertinente es aclarar, atendiendo los argumentos de la alzada vertida por 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.

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 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 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹² (folio 82), 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

¹² Se tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR en auto del 5 de marzo de 2020 (folio 108) y en ese mismo proveído se tuvo por no contestada por parte de Colpensiones porque radicó el escrito contestatorio de manera extemporánea.

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)

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PORVENIR, baste con indicar, que la acción de “recibir”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HECTOR MEDINA CARRILLO CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandatario con representación de la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. liquidada, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y como vinculadas el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDIO PUBLICO; PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA. (RAD. 20 2015 00446 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas (fl 4-13), 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:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante señor HECTOR MEDINA CARRILLO, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2021¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS EN CALIDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ DE LAS OBLIGACIONES PENSIONALES DE LA COMPAÑÍA de INVERSIONES FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, a la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, a la sociedad PORVENIR S.A., y a la aseguradora llamada en juicio de las pretensiones incoadas por el señor HECTOR MEDINA CARRILLO, conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia. (sic)

¹ Expediente digital Archivo No. 4, minuto 32:34.

SEGUNDO. COSTAS. Correrán a cargo de la parte demandante. Tásense por Secretaría, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente

TERCERO: de no ser apelada la presente decisión, remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, por cuanto fue totalmente adversa al trabajador demandante.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HECTOR MEDINA CARRILLO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 14, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 y 4, solicitando se condene a ASESORES EN DERECHO S.A.S. que como mandatario con Representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada emita el acto administrativo mediante el cual se reconozca al señor HECTOR MEDINA CARRILLO indemnización sustitutiva de pensión de vejez y se ordene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ el desembolso de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez e indexación. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda.

Para tomar decisión el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C. determinó como problema jurídico el de determinar si el señor demandante tiene derecho o no al reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva de pensión de vejez de que trata el art. 37 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexada².

Luego de relacionar las pruebas aportadas en el expediente el despacho concluyó que: i) no es objeto de controversia que el demandante ostenta la calidad de extrabajador de la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA por cuanto en el expediente se acreditó que prestó sus servicios a dicha entidad desde el 18 de

² Expediente digital Archivo No. 4, minuto 16:50.

agosto de 1973 al 08 de julio de 1990; ii) que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, antes de la Ley 100 de 1993, estaba concebida únicamente para los afiliados al ISS en función de las cotizaciones que realizaban para los riesgos de vejez, invalidez y muerte ello en virtud de lo dispuesto en el art. 24 del Decreto 3241 de 1966 retomado por los acuerdos 224 de 1966, 016 de 1983; 029 de 1985 y 049 de 1990; ii) indicó que por el contrario los empleados públicos y trabajadores oficiales no tenían establecida la indemnización sustitutiva dentro de su régimen pensional y en el evento en que efectuaran aportes en las cajas, fondos o entidades de previsión estos se destinaban a la prestación de servicios médicos asistenciales, al pago de las pensiones y de otras prestaciones como el auxilio por muerte y maternidad. iii) concluyó que para efectos de que periodos servidos al sector público o cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 sean tenidos en cuenta para el reconocimiento de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, es necesario que se trate de personas afiliadas al REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

Teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados y de la revisión de las contestaciones y pruebas aportadas por las partes se tiene que no es objeto de controversia que: i) el señor HECTOR MEDINA CARRILLO nació el 14 de septiembre de 1948 contando a la actualidad con 73 años de edad³; ii) que el señor HECTOR MEDINA CARRILLO prestó sus servicios a favor de la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA desde el 18 de agosto de 1973 al 08 de junio de 1990⁴. iii) que el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) con el fondo PORVENIR S.A. desde el 23 de diciembre de 2002⁵, iv) que el demandante solicitó el reconocimiento de pensión por vejez a PORVENIR S.A. el 06 de marzo de 2014⁶; v) que el 07 de mayo de 2014, PORVENIR S.A. le concedió pensión bajo la modalidad de retiro programado desde junio de 2014 en cuantía de \$883.492 ⁷ vi) que en mayo de 2016 la pensión que le fue reconocida cambio de modalidad a la de renta vitalicia ⁸.

Ahora bien, para determinar el problema jurídico sometido al conocimiento de esta sala en Grado Jurisdiccional de Consulta se tiene que la sentencia de primera

³ Expediente digital, TOMO I folio 52.

⁴ Ibidem folio 17.

⁵ Expediente digital, TOMO III folio formulario de afiliación con BBVA HORIZONTE 1460; Reporte SIAFP 1461.

⁶ Ibidem 1473 y 1474.

⁷ Ibidem 1489 a 1490.

⁸ Ibidem 1491.

instancia resultó adversa a las pretensiones del señor demandante las mismas que, tenían por objeto que se condenara a la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandatario con Representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez debidamente indexada, ello por los tiempos en que el señor HECTOR MEDINA laboró a favor de la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA.

El actor invocó como fundamentos de derecho de su pretensión lo dispuesto en el art. 37 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Advierte esta instancia que esta pretensión hace parte de las eventuales pretensiones a las que tendrían derecho los afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida conforme lo dispone el título II, Capítulo I, art. 31 de la Ley 100 de 1993 que señala:

“ARTÍCULO 31. CONCEPTO. El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definida, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.
Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.”

Es preciso tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 en el art. 52 también dispuso que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales y a partir de la Ley 1151 de 2007 art. 155 dicho régimen quedó a cargo de COLPENSIONES.

Corolario a lo dicho es importante señalar que las pretensiones de la demanda van dirigidas a que ASESORES EN DERECHO como mandatario con Representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y la FEDERACIÓN NACIONAL

DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, sean las encargadas de asumir una eventual condena por indemnización sustitutiva de pensión de vejez, pretensión que como se lee en las normas relacionadas, de salir avante estaría a cargo del ISS hoy COLPENSIONES, entidad que no fue demandada ni vinculada en el proceso.

Ahora bien, tampoco se observa que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 exista algún tipo de normativa de la cual se pudiera colegir que la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA reconociera a sus empleados algún tipo de prestación igual o de similares características a la aquí pretendida por el señor HECTOR MEDINA CARRILLO, quien incluso desde el año 2002⁹ se encuentra vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el fondo PORVENIR S.A., hecho que impide reconocimiento alguno por indemnización sustitutiva de pensión de vejez, pues, esta pretensión es exclusiva para los afiliados del régimen solidario de prima media con prestación definida que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y además de ello, declaren su imposibilidad de continuar cotizando, supuestos facticos que no se acreditan en el trámite procesal, siendo improcedente lo pretendido por el actor quien incluso desde el 2014 goza de una pensión por vejez a cargo del fondo PORVENIR S.A., como acertadamente lo concluyó el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá en su sentencia absolutoria.

Es preciso advertir que en la parte resolutive el Juez de Primer grado no se pronunció respecto de la absolución que, como se indicó en la parte motiva también procede frente a ASESORES EN DERECHO como mandatario con Representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y en este punto se adicionara el numeral primero de la sentencia objeto de Consulta.

Así las cosas, en los términos que anteceden, se agota la competencia de la Sala y habiéndose arribado a los mismos argumentos del a quo habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

Sin COSTAS en esta instancia.

⁹ Expediente digital, TOMO III folio formulario de afiliación con BBVA HORIZONTE 1460; Reporte SIAFP 1461.

EXP. No. 20 2015 00446 01 HECTOR MEDINA CARRILLO CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandatario con representación de la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. liquidada, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y como vinculadas el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO; PORVENIR S.A y SEGUROS DE VIDA ALFA

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ABSOLVER a las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandatario con representación de la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. liquidada, a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y como vinculadas el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDIO PUBLICO; PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 20 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

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**

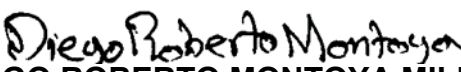
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO TERESA MARTÍNEZ SANCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 22 2020 00045 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO 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 julio de los corrientes (fl. 10).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose corrido el término de traslado COLPENSIONES (fl 12-13) y PORVENIR S.A. (fl 4-8) presentaron escrito de alegaciones finales; 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de julio del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta Archivo 2 expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por TERESA MARTINEZ SANCHEZ CC.51.577.694, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 24 de mayo de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada TERESA MARTINEZ SANCHEZ CC.51.577.694 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A a la suma de \$1 SMLMV

QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Inconformes con la decisión los apoderados de COLPENSIONES y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentaron recursos de apelación los cuales sustentaron en la debida oportunidad exponiendo los siguientes argumentos:

PORVENIR Solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida y en su lugar se absuelva a PORVENIR S.A., afirma que la a quo declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, norma que va dirigida a sancionar cualquier atentado contra la libre afiliación del trabajador y que en el trámite procesal no quedo probado que para el año de 1999 el asesor de PORVENIR hubiere querido generar algún tipo de daño causa o error a la demandante o que haya impedido de forma alguna la afiliación, sino que por el contrario se demostró que le brindo una alternativa diferente y ella haciendo uso de su libertad de escogencia generó hubiese manifestado algún tipo de inconformidad.

Indica que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, que no generó en tiempo ningún tipo de solicitud para regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, teniendo todas las oportunidades para hacerlo.

Respecto al deber de información el recurrente precisa que para 1999 el único documento que se exigía a las administradoras era el formulario de afiliación donde quedaba plasmada la voluntad del afiliado y que no puede pretender la actora que después de 21 años alegue una supuesta desinformación y engaño, cuando al acercarse a su edad pensional se percata que la afiliación al RAIS no resultó acorde a sus aspiraciones.

Alega que la sentencia atenta contra la estabilidad financiera y que no puede condenarse al pago de gastos de administración porque no son un capital que forme parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante y por ello no es un capital que vaya a financiar la eventual pensión de vejez de la demandante, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; aunado a ello manifiesta que, de mantenerse la condena por la devolución de dichos gastos de administración, al ser dineros de tracto sucesivo, si se encuentran sujetos al término trienal de prescripción.¹

¹“Expediente digital, audiencia record. 39:17: Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal pertinente me permito solicitar recurso de alzada contra la sentencia proferida para que los honorables magistrados sala laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por las siguientes razones la primera de ellas es que la falladora en primera instancia declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 como lo indique en mis alegatos de clausura es una norma que nos habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador y no quedo probado que para el año de 1999 el representante de PORVENIR asesor hubiere querido general algún tipo de daño causa o error a aquel demandante o haya impedido la afiliación de ella pues al contrario le brindo una alternativa diferente y ella haciendo uso de su libertad de escogencia genero un cambio de régimen sin que hasta la fecha como se manifestó hubiere generado algún tipo de inconformidad también es importante señalar que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición pero tampoco hizo ningún tipo de solicitud para regresar a lo que es hoy COLPENSIONES teniendo todas las oportunidades para hacerlo y lo hace en este momento cuando está inmersa dentro de la prohibición legal la falladora en primera instancia nos indica que no se allegaron los documentos pertinentes que puedan entregar certeza de la información entregada es preciso recalcar que para el año de 1999 el único documento que se exigía a las administradoras era el formulario de afiliación donde quedaba plasmada la voluntad de esa afiliación y también se manifiesta que fue asesorada la demandante en debida forma por (no entendí) que 21 años después se escude en una supuesta falla de información únicamente porque su plan de pensión no resulto acorde a sus aspiraciones igual no es posible que la AFP que represento pueda allegar un documento adicional ya que ese formulario de afiliación nace del cumplimiento de la ley 100 de 1993 que en su artículo 114 indica que cuando se genera un cambio de régimen este se debe hacer por escrito con la manifestación de que se hace de forma libre y voluntaria y tal cual lo hizo mi representada por cumplir con la ley no debe ser condena aunque la falladora de primera instancia nos indica en su sentencia que efectivamente no exige una tarifa probatoria algún otro medio de prueba es necesario indicar que no se aclara entonces el documento que se les exige a las administradoras para demostrar que la demandante ha estado 21 años afiliada válidamente al RAIS de otra parte la demandante está inmersa en esta prohibición legal que establece la ley 797 del 2003 esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C 1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular con la protección del sistema general de pensiones con la no descapitalización del régimen de prima media con un principio de estabilidad financiera en el RAIS es importante también señalar que aun así la falladora en primera instancia genera una condena no únicamente a devolver o retornar a COLPENSIONES la cuenta de ahorro

COLPENSIONES Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia por no compartir el criterio del despacho y por considerar que una decisión como la proferida conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio de COLPENSIONES; afirmó que si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular.

Señala que en el caso en estudio, la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse y que en cambio se acredita que fue negligente, respecto de las decisiones ligadas a su futuro pensional, tanto así que no uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS como lo son el retracto y la rescisión aspectos que estaban registrados en el formulario de afiliación.

Advirtió que la decisión de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del régimen pensional y que en virtud del principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Nacional adicionado por el artículo primero del acto legislativo número uno del 2005, debe tenerse en cuenta el principio de que el interés general debe primar sobre el particular².

individual y los rendimientos sino que también genera una condena en una devolución de gastos en la administración y allí es preciso indicar que el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993 dispone que también el régimen de prima media se debe destinar un 3% a cotización a financiar gastos de administración pensión de invalidez y sobreviviente y es que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez no es un emolumento que le corresponda al afiliado y al no serlo si verificamos la naturaleza de esos gastos de administración podemos verificar que como son dineros de tracto sucesivo si se encuentra sujetos a ese término trienal de prescripción general una devolución de estos dineros es lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa a favor de la codemandada COLPENSIONES que en ningún momento hizo la buena administración que si hizo mi representada como podemos verificar los rendimientos incluso superan el valor de los aportes y por lo tanto esa comisión de administración es permitida por la ley precisamente por la gestión que realizan las administradoras en este caso por más de 21 años también en conceptos de la superintendencia financiera una de ellas del 17 de enero del 2020 se indicó de forma expresa que cuando exista una nulidad o una ineficacia los únicos dineros que se deben retomar son la cuenta de ahorro individual y los rendimientos sin que proceda la devolución de la prima provisional de seguros en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener esa cobertura durante la vigencia de esa póliza y tampoco los gastos de administración así las cosas solicito a los honorables magistrados revocar la sentencia en cita y absolver a mi representada de cada uno de los cargos su señoría. Muchas gracias”.

² Gracias doctora me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio de la empresa que represento COLPENSIONES porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular en el caso exacto de la señora la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos o contratos y teniendo en cuenta de su elección dependería su futuro pensional es decir fue negligente frente (No se entendió) ahora bien la hoy demandante tampoco uso de los mecanismo legales como para dejar sin efecto la afiliación al RAIS como lo son el retracto y la rescisión aspectos que al verificar en el formulario si lo leyó como lo afirmo pues están estipulados y ella no hizo uso de ellos así mismo es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional sentencia C242 del 2009

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 señora demandante TERESA MARTÍNEZ SANCHEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el archivo 1 del expediente digital págs. 8 a 9, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en el mismo archivo en las págs. 5 a 8 aspirando se declare la existencia de un vicio del consentimiento del contrato suscrito con la AFP PORVENIR por haberse incurrido en la omisión del deber de información de beneficios y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con PORVENIR y se condene a ésta última a trasladar todos los aportes cotizados en el RAIS junto con sus frutos y rendimientos, bonos, gastos de administración, comisiones a COLPENSIONES quien debe aceptar dichos aportes y emolumentos y registrarla como su afiliada, derechos ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a la AFP PORVENIR, ordenando a dicha AFP devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora demandante, por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, a COLPENSIONES quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, declaró no probada las excepciones propuestas y condeno en costas a PORVENIR S.A.**

En la parte considerativa de su decisión la Juez de primer grado, empezó por señalar como problema jurídico el de determinar si el traslado de régimen

magistrado ponente el doctor Mauricio González Cuervo respecto al tema de las sostenibilidad financiera del régimen pensional y como el principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Nacional adicionado por el artículo primero del acto legislativo número uno del 2005 debo reiterar el principio de que el interés general debe primar sobre el particular con dicha declaración de la ineficacia el patrimonio público se pone en riesgo toda vez que la entidad que represento debe pagar la pensión que llegare a percibir la hoy la demandante ya que su ahorro fue de manera individual no financio las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión por lo tanto solicito que se revoque el fallo y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones de todas las condenas. Muchas gracias.

pensional realizado por la demandante del régimen de prima media al RAIS es nulo o ineficaz (sic), para resolver el litigio hizo referencia al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente a la sentencia con radicado 68852 del 03 de abril de 2019, concluyendo que a las AFP desde su creación se les endilgó el deber de garantizar información completa y comprensible a sus potenciales afiliados; que con la sola firma del formulario de vinculación al RAIS no se acredita la existencia del deber de información, que a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado y que la carga de la prueba del deber de información está a cargo de la AFP demandada.

Sostiene que en el trámite procesal el fondo privado omitió su deber de acreditar la existencia del cumplimiento del deber de información en la vinculación de la demandante realizada el 24 de mayo de 1999; que no es correcto que el fondo privado excuse su omisión señalando que el motivo por el que la actora accionó el aparato judicial es el objetivo de obtener una mesada superior a la que tendría en el RAIS, pues recuerda que a los fondos privados de pensiones les asiste una obligación social frente a este tipo de derechos; por ende accedió a decretar la ineficacia del traslado y declaro no probada las excepciones propuestas por las demandadas.³

Para resolver la controversia sometida al conocimiento de esta instancia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 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 30 de agosto de 1960 (archivo No.1 folio 4), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR el 05 y 07 de noviembre de 2019, respectivamente (archivo No. 1 fls. 55-62), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho

³ Expediente digital, audiencia, record 30:46.

pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 30 de junio de 1995⁴, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 229,57 semanas cotizadas que corresponden a 4,46 años(archivo No. 1, folio 31), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo informado por la actora en su interrogatorio de parte, esta labora actualmente en la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL, y por ende ostenta la calidad de empleada pública, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Precisado lo que antecede y teniendo en cuenta que el fundamento de la demanda de ineficacia es la ausencia del suministro de información para el momento de la afiliación de la demandante al RAIS el 24 de mayo de 1999 como consta en el formulario obrante a folio 27 y en el reporte del SIAFP obrante a folio 220.

Esta sala empieza por indicar, que 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

⁴Decreto 1068 de 1995 art. 1, se aplica en este caso porque la demandante para desde el 15 de febrero de 1993, desempeña el cargo de secretaria en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. entidad encargada de administrar el Fondo Educativo Regional de Bogotá, fondo autorizado por el Decreto 3157 de 1968 que en su artículo 31 establece "Los Fondos Educativos Regionales serán administrados por las autoridades del respectivo Departamento, Distrito Especial o Área Metropolitana"; para ello están supervisados por un delegado, funcionario del Ministerio de Educación Nacional, con funciones asignadas por el Gobierno Nacional; Teniendo entonces que los FER son entidades del orden nacional, y sus funcionarios administrativos son empleados públicos o trabajadores oficiales del orden nacional, según precepto expreso contenido en el artículo 1 del Decreto 878 de 1977."

que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una

densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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:

naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte esta Sala de decisión, encuentra coincidencia con la Juez de primer grado, pues en el caso en estudio 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.

Es preciso destacar las manifestaciones expuestas de forma detallada por la demandante en el interrogatorio de parte practicado ante la Juez de primera instancia (audiencia record 10:30), en las que indicó que en 1999 existía el rumor de que el ISS estaba en crisis y por ende entraría en quiebra, razón por la cual y luego de ser visitada por ejecutivos de PORVENIR decidió suscribir formulario de afiliación a dicha AFP motivada por su afán de proteger sus aportes y su eventual derecho pensional, que creyó quedaría desprotegido ante la inminente liquidación del ISS.

Respecto a las circunstancias en que se tramitó la vinculación indicó que sostuvo una reunión individual por el término de 5 minutos con el promotor de PORVENIR S.A. quien asegura le confirmó los rumores de quiebra del ISS y le garantizó que la mejor decisión que podía tomar era afiliarse al fondo privado, que en últimas era un fondo igual al ISS, con mayor proyección, estabilidad y por ello cuando se enteró de la existencia de COLPENSIONES no solicitó su retorno, pues, asegura que siempre creyó que su garantía pensional era igual en cualquiera de las administradoras de pensiones existentes.

La demandante fue clara en indicar que no sabía que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, que no sabía que podía hacer aportes voluntarios, ni que causaban rendimientos, hecho que demuestra su falta de conocimiento de las condiciones del RAIS; afirmó que sólo hasta el año 2019 se enteró de la forma en que se pensionaría y a partir de allí se dio cuenta que no adquiriría los beneficios que el promotor de PORVENIR le ofreció en el momento de su afiliación.

Al revisar lo relatado por la demandante para esta instancia es claro que PORVENIR no cumplió con su deber de información, pues se observa que el

promotor de la AFP en su afán de captar afiliados solamente se enfatizó en vender las bondades del sistema sin entrar a valorar el caso específico de la demandante y cumplir con el deber de buen consejo, que desde dicha data ya existía en cabeza de los fondos privados.

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 Porvenir⁷, 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.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que le asiste razón a la a quo al declarar que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (24 de mayo de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, 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 que, 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.

La apelante PORVENIR como uno de los argumentos de su recurso manifestó que para el año 1999, época en que se dio el traslado de la señora

⁷ Archivo No. 1 folio 27.

demandante, no estaba vigente el deber de información en los términos señalados en el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2061 de 2015 y la Ley 1548 de 2015 y sólo se exigía la suscripción del formulario.

Al respecto se precisa que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En este sentido la sentencia SL1688-2019 reiterada en sentencias SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un

principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y el formulario de afiliación aportado (fl.27) y como ya se ha dicho de forma reiterada en esta sentencia, la señora demandante se vinculó al RAIS con PORVENIR S.A. el 24 de mayo de 1999, época para la cual ya existía el deber de información, como los explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL-1688-2019 donde detalló:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Otro de los argumentos invocados por PORVENIR en su alzada fue el referido a que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, es un precepto de carácter sancionatorio que va dirigido a los actos que impiden el derecho de afiliación, sin hacer alusión a faltas respecto del deber de información, razón por la que considera que no puede ser sustento para argumentar una declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional.

De la revisión de las consideraciones de la Juez de primer grado se observa que no le asiste razón a la recurrente, pues, no se observa que la decisión de primera instancia se haya fundamentado específicamente en el aludido precepto normativo, sino en la inexistencia del deber información que como ya se expuso no fue acreditado por el fondo privado demandado, quien en virtud de lo dispuesto en el art. 167 del CGP tenía la carga de la prueba, pues, desde el escrito genitor se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, correspondiéndole, por consiguiente al fondo privado demandado demostrar que si cumplió con el deber de asesoría e información.

Ahora conviene aclararle a la recurrente que, respecto a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que dicha preceptiva, de manera expresa, previó que:

“la vulneración del derecho a la vinculación libre a cualquiera de las instituciones del Sistema de Seguridad, trae como efecto justamente la ineficacia.”⁸

Y obviamente la falta al deber de información impide y atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, pues, como se ha concluido los fondos privados hicieron uso de estrategias de mercadeo para impulsar su crecimiento comercial, dejando de lado los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe que les asistía, en su calidad de administradoras de los fondos de pensiones, derecho social establecido en el art. 48 de la Constitución Política como *“un servicio público de carácter obligatorio”* que obviamente comporta una mayor responsabilidad en su manejo y en virtud de ello, estaban obligados a garantizar el suministro de la información clara, detallada y concreta de las ventajas y desventajas que le traería la decisión de traslado o vinculación al RAIS.

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

Ahora en cuanto a los gastos de administración de los que se ordena su devolución, 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 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.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral sentencias SL4360 de 2019 y SL-1688 de 2019.

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 las accionadas (archivo No. 1 página 169 y 214) en sus contestaciones las cuales fueron admitidas por la Juez de primera instancia en auto del 23 de junio de 2021 (archivo No. 1 fl. 221), 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 la ineficacia 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 tiempo⁹.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

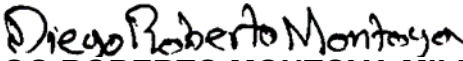
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

⁹ Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

EXP. No 22 2020 00045 01 TERESA MARTÍNEZ SANCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIGIA DEL ROSARIO LUNA DAZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 23 2020 00043 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 155), COLPENSIONES (fl 150- 152) y PORVENIR (fl 139-142), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de julio de 2021 (Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:08:56, audio 2, CD folio 133, acta folios 131 y 132), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o del traslado de la señora demandante LIGIA DEL ROSARIO LUNA DAZA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES CESANTIAS PROTECCIÓN conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver todos los valores recibidos entre el 01 de julio de 1994 hasta el 31 de mayo de 2007 con motivo de la afiliación de la demandante LIGIA DEL ROSARIO LUNA DAZA, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración o por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que además se ordena devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

Parágrafo: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que PORVENIR transfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo del demandante realizado el 01 de junio de 2007.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señora demandante LIGIA DEL ROSARIO LUNA DAZA con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro descuento, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

CUARTO: DECLARAR que la demandante LIGIA DEL ROSARIO LUNA DAZA se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

SEPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

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

La apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia proferida argumentando que en el proceso no se documentó que su representada haya violentado el deber de información por no haberle informado a la demandante las consecuencias o implicaciones de su traslado de régimen, como quiera que para el momento en que la demandante se vinculó al RAIS, esto es para el año 94, sus particularidades no permitían establecer ni consecuencias, ni ventajas, ni desventajas, ni implicaciones del traslado de régimen.

Afirma que lo que reprocha la parte demandante es que no se le hizo una proyección pensional o no se le informo cual podría ser la mesada pensional que podría recibir en uno y otro régimen, reiterando que para esa data las particularidades de la demandante no permitían determinar ninguna de estas circunstancias y de hacerlo podría haberse incurrido en un error.

Por otro lado, presentó inconformidad respecto a la condena por devolución de gastos de administración y rendimientos, los cuales precisó ya fueron trasladados a PROTECCION al momento en que la demandante decidió realizar un traslado horizontal a dicha administradora; y gastos que aduce surgieron como fruto de la buena administración que hizo el fondo de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante¹.

¹ CD Folio 134 Minuto 1:11:23. Apoderada PORVENIR: Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia como quiera que como bien se ha mencionado en el transcurso del proceso consideración de esta administradora la afiliación de la demandante y pues traslado de régimen de ahorro individual fue valido como quiera que se cumplieron con los presupuestos normativos que para la fecha existían esto es para el año 94 como bien se manifestó la demandante firmo el respectivo formulario de vinculación el cual era el único documental que se requirió para la fecha de manera valida tanto de la afiliación del sistema general de pensiones como la misma el mismo traslado de régimen pensional, tal y como se ha manifestado en distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia si bien esta apoderada no desconoce la existencia de un deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha de señalarse pues es que este deber ha tenido tanto un desarrollo legal como un desarrollo jurisprudencial progresivo, esto que implica, que a lo largo

Por su parte el apoderado de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. solicita la revocatoria del

de los años pues claramente han aumentado las exigencias que se han puesto a las administradoras frente a este deber de información es así que pues mi representada considera que el despacho no realizo la debida interpretación del deber de información aplicable al año 94 fecha en la cual la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual ya que como bien se ha señalado dentro de la jurisprudencia encontramos frente a la primera etapa del deber de información esto es una información necesaria, contenida básicamente en la ley 100 del 93 y el decreto 663 del mismo año que básicamente señalaba que deben ilustrarse sobre las características del régimen al cual el afiliado se estaba vinculando y así mismo esto era enfocado a evitar una coacción en la escogencia de régimen, situación pues dentro del presente asunto a consideración de esta apoderada pues no se evidencia, contrario a ello la demandante manifiesta que efectivamente se vinculó voluntariamente al régimen de ahorro individual, de igual manera la firma previo a la firma del formulario tuvo una asesoría con un representante de PORVENIR en donde le indicaron características del régimen de ahorro individual, así mismo si bien menciono que no tenía conocimiento respecto del régimen de prima media ha des señalarse que la misma demandante dentro de sus respuestas indica conocer uno de los requisitos para afiliarse a dicho régimen, ahora el hecho que se haya vinculado a pensiones voluntarias también es un indicativo que la demandante tenía conocimiento previo de las características propias del régimen de ahorro individual como lo es la posibilidad de hacer aportes voluntarios para incrementar precisamente ese ahorro pensional que sustentaría su pensión futura, por otro lado no comparte esta apoderada el hecho que se haya violentado o no se haya cumplido el deber de información por no informarle o por no indicarle a la demandante consecuencias o implicaciones de su traslado de régimen, no comparte esto como quiera como se indico para el momento en que la demandante se vinculo con mi representada esto es para el año 94 sus particularidades no permitían establecer ni consecuencias, ni ventajas, ni desventajas, ni implicaciones del traslado de régimen, si bien la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es relevante que dentro del traslado si el afiliado estaba próximo a pensionarse o tenía algún derecho adquirido para establecer la ineficacia del traslado lo cierto es que con los hechos de la demanda, los alegatos y con el interrogatorio de parte se puede evidenciar que lo que reprocha en realidad la parte demandante es que no se le hizo una proyección pensional o no se le informo cual podría ser la mesada pensional que podría recibir en uno y otro régimen, por lo que se reitera y como se ha señalado en el transcurso del proceso esas particularidades propias de la demandante para la fecha que se vinculo con PORVENIR pues no permitían determinar ninguna de estas circunstancias incluso si se hubiese hecho una proyección pensional como lo dije en los alegatos, pudiesen incurrir en un error como quiera que claramente las condiciones de la demandante 26 años después del traslado del régimen son muy distintas para el momento en que se traslado por lo que no se le puede endilgar a mi representada una falta del deber de información por no haber hecho proyecciones pensionales o haber señalado consecuencias frente a una situación que no estaba ni cerca a consolidarse, ahora respecto a la condena devolver de manera conjunta los gastos de administración y rendimientos que ya fueron trasladados a PROTECCION al momento en que la demandante decidió realizar un traslado horizontal a dicha administradora mi representada de igual manera se aparta de dicha condena, como quiera que como bien se ha señalado dentro del transcurso del proceso las consecuencias de aplicar la figura de la ineficacia es tener que el negocio jurídico nunca se celebro y bajo esta consideración señalarse que la generación de rendimientos únicamente se dio con ocasión de que la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual no por otra razón se hubiesen generado dichos rendimientos, en este sentido no resulta de ninguna manera proceden que el negocio jurídico nunca existió pero así mismo condenar a mi representada a que devuelva dichos rendimientos que fueron ya entregados a PROTECCIÓN y adicionalmente los gastos de administración cobrados por esa buena administración que realizo mi representada durante el tiempo en que se vinculó la demandante, adicionalmente es claro que dichos gastos de administración han estado autorizados por la ley y no fueron descontados a capricho de mi representada sino que precisamente es una prestación autorizada, por lo que de igual manera resulta de todas maneras inconducente a condenar a dicho rubro, en este sentido solicito respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá revocar en su totalidad la sentencia de instancia y en su lugar absolver a mi representada de todas las condenas impuestas. Muchas gracias.

numeral tercero en cuanto a lo que se refiere a la orden de trasladar los descuentos por gastos de administración incluida la prima de seguros provisionales; indicó que tales rubros se encuentran debidamente autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por lo que los mismos se efectuaron bajo la venía de las disposiciones vigentes como lo hace cualquier entidad financiera.

Adicionalmente, argumentó que, este descuento se realizó como una contraprestación a la buena gestión y administración de los recursos de la demandante, lo cual se ve reflejado en los rendimientos generados².

² Ibídem, Minuto 1:17:59. Apoderado PROTECCIÓN: Gracias señor juez, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión emanada en su despacho solicitándole respetuosamente a los Honorable Magistrados del Tribunal Superior en su especialidad Laboral, se permitan revocar de manera parcial la decisión del juzgador de primera instancia en lo que respecta a PROTECCIÓN de efectuar el reconocimiento y devolución de los dineros descontados por el aporte a pensión obligatoria de la demandante por conceptos de gastos de administración, esto atendiendo a que ha sido el legislador el que ha establecido o contemplado los gastos de administración como una compensación por parte de los afiliados a estas administradoras de privadas de pensiones por parte del afiliado por sus gestiones administrativas, financieras y previsoras que pues permiten que la señora LIGIA hoy por hoy tengan debidamente acreditados en su cuenta de ahorro individual unos dineros por concepto de gastos de administración y pues que en definitiva y como se soporto de manera escrita en los escritos de contestación de la demanda pues haya tenido una debida administración y un incremento en el patrimonio de la señora LIGIA a través de estos dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, el artículo 1746 pues nos pone o nos enmarca los efectos taxativos de la de estas declaratorias de nulidad o ineficacia por lo que no es de recibo por parte de este apoderado que para efectos prácticos se pretenda a través de esta ficción la inexistencia de este acto celebrado entre las partes declarar que no existió dicha afiliación a efecto de habilitar a la señora LIGIA para retornar al régimen de prima media pero no se pretenda lo mismo en cuanto a estos dineros por concepto de gastos de administración en todo caso beneficiando a la señora LIGIA estos dineros, en ese sentido a consideración de este apoderado no hay un equilibrio, no hay una razonabilidad a lo que se pretende con esa declaratoria de esa nulidad pero finalmente lo que resulta ser, es decir, no se puede esperar que para efectos de beneficiar a la señora LIGIA y que esta se pueda esta pueda retornar al régimen de prima media en ese sentido no existió un vínculo entre la accionante y las administradoras de pensiones, pero para beneficiarse de los rendimientos financieros en ese caso si existió dicho vínculo contractual, lo dicho de aplicarse de manera taxativa los efectos de la ineficacia o de esta declaratoria de nulidad lo cierto es que no debió haber existido una afiliación no debió haber no debió haberse efectuado una administración de los recursos por ende no debió haber existido un cobro de gastos de administración, y en ese mismo sentido no debió haberse causado ningún tipos de dinero por concepto de rendimientos financieros, pero lo cierto es que como todos esos efectos o ese acto jurídico si desencadenó una serie de consecuencias materiales de ese acto jurídico demandado, lo cierto es que si la señora LIGIA a de verse beneficiada por los rendimientos financieros generados por estas administradoras lo cierto y lo equitativo y justo sería que pues en este caso las administradoras conservaran esos dineros por gastos de administración cobrados por esta administración desplegada a lo largo de estos años y que se efectuó solamente la devolución de lo que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de aportes y rendimientos financieros, por lo que se solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal en el caso de mantener incólume pues esta decisión del juzgador de primera instancia por cuanto a condenar a PROTECCION de efectuar estos gastos de administración se absuelva a la misma de efectuar la devolución o reconcomiendo alguno por dineros por concepto de rendimientos financieros o

A su turno, COLPENSIONES indica, que el Juez de primer grado pasó por alto al momento de dictar sentencia el principio de la relatividad jurídica entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y las AFP y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión optaba por el juez en razón de la declaratoria o no de la ineficacia, COLPENSIONES no puede ser favorecida o perjudicada por la misma; advierte que la orden dada a COLPENSIONES de recibir a la demandante al RPM³, afecta de forma grave el equilibrio financiero de sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto la reserva pensional día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante por este tipo de procesos, atentándose incluso contra el derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenible e indefinida .

Solicitó que en caso de determinarse que, si se incumplió el deber legal de información en cabeza de las AFP, se profiera condena a cargo de los fondos privados demandados para que paguen a favor de COLPENSIONES todos los perjuicios económicos que generaría el reintegro de la demandante al RPM⁴.

en su defecto para que esto no se constituya en una condena de perjuicios a mi representada se permita con cargo de esos rendimientos financieros que hoy por hoy tiene acreditado la señora LIGIA en su cuenta de ahorro individual cobrar o descontar los gastos de administración situación pues que en todo sentido permitiría un legítimo desplazar de la actividad que fue asignada a mi representada por el Gobierno Nacional en la administración del sistema general de pensiones, se advierte que este recurso pues será ampliado de manera escrita ante el Tribunal y en ese sentido se deja sustentado hasta esta instancia, muchísimas gracias.

³ Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

⁴ Apoderada COLPENSIONES: estando dentro del termino legal me permito interponer recurso de apelación, recurso que sustento en los siguientes términos. Solicito se revoque la sentencia proferida por el Juzgado en primera instancia toda vez que al momento de dictar sentencia ni tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y las AFP y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión optaba por el juez en razón de la declaratoria o no de la ineficacia mi representada no puede ser favorecida o perjudicada por la misma, pues como se ha manifestado COLPENSIONES no tuvo nada que ver con la decisión tomada por la demandante por lo que solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a la demandante como afiliada de nuevo al régimen de prima media pues con esta decisión consecencial a la declaratoria de ineficacia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 5 a 7), aspirando se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante hacia la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por haber quebrantado esa AFP el deber de información que le asistía y el deber de buen consejo; se declare por ende la ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN S.A. y se ordene a esta última a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante a

sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta impacto de PB y la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante por este tipo de procesos, así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía de derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenible e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionado con la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales quebrando el principio de la sostenibilidad financiera, le solicito a la Sala que estudie de manera juiciosa este escenario en las que las AFP que faltó a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de ineficacia pero para COLPENSIONES representada en como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico le acarrearía pues con el regreso o retorno de la demandante de régimen de prima media existe una alta posibilidad del futuro reconocimiento del derecho pensional lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se a destinado para tales fines pues la demandante regresa después de mas de 27 años a un régimen que no la tuvo en cuenta para sus reservas y cálculos financieros, es importante manifestar que COLPENSIONES debe someterse a lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU 130 de 2003, en ultimas si se determina que no hay otra oportunidad que ordenar el retorno de la demandante al régimen de prima media solicito al Tribunal condenar a las AFP que incumplió su deber legal de información a ala afiliada pague a mi representada todos los perjuicios económicos que ello genera para mi representada lo anterior en atención a que en virtud de la teoría del daño en el Derecho civil, quien ocasiona el daño es quien debe repararlo y no un tercero del acto jurídico que en este caso es COLPENSIONES que nada tuvo que ver. De esta manera dejo sustentado el recurso de apelación ante los Honorables Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que solicito se revoque el fallo proferido por el Juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá, de esta manera dejo sustentado mis alegatos, muchas gracias.

COLPENSIONES, entidad que debe aceptar a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde el 06 de febrero de 1987. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A y a PROTECCIÓN, disponiendo a dicha AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. 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.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de abril de

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 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”.

1965 (folio 24), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 06 de noviembre de 2019 (folios 104 y 106) y ante PORVENIR en la misma calenda (fls.101-103), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁶-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 168,14 semanas cotizadas que corresponden a 3,26 años⁷, y 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 **02 de junio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1 de julio de 1994**, (folio 89.) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS⁸ y el formulario de afiliación a PORVENIR.

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

⁶ Era trabajadora del sector privado (folios 89 y 96).

⁷ Folio 96, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

⁸ CD Folio 133, contestación PORVENIR folio 41.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

En tal sentido, “*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la*

convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁹, 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

⁹ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 SL-1948 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).

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.

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 el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

¹⁰ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

más 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:

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 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 demandante¹¹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues señaló que para el año 1994 se encontraba laborando como secretaria en el colegio británico de Cartagena, lugar a donde fueron a visitarla ejecutivos de PORVENIR, quienes hacían reuniones de manera verbal en los puestos de trabajo de cada uno de los empleados; la actora dijo que la asesora le propuso que tomara la decisión de afiliarse a PORVENIR porque en ese fondo podría pensionarse de forma anticipada y con una mesada mayor a la que le correspondería de seguir afiliada al ISS, entidad que le aseguraron entraría en quiebra razón por la que sus aportes se perderían; indicó la señora demandante que la promotora de PORVENIR no le hizo una proyección de su mesada pensional, ni mucho menos le explicó de forma detallada los ítems de los que dependería el cálculo de su pensión en el RAIS.

Del relato de las circunstancias en que se dio el traslado de la demandante, encuentra esta sala que la promotora del fondo PORVENIR solamente hizo referencia a las ventajas y bondades del RAIS y, aunado a ello le ofreció a la demandante una alternativa que le garantizara la no pérdida de sus aportes, por la supuesta quiebra del ISS argumentos que obviamente sometieron a la demandante a una situación de incertidumbre que la llevo a elegir la alternativa promocionada con el propósito de proteger su futuro pensional y las cotizaciones que hasta esa época ya había causado, sin que para ese momento se preocupara por otro tipo de situaciones.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 89) 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,

¹¹ Audiencia del 26 de julio de 2021, récord 14:39, CD folio 134.

como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (CD folio 134, *archivo contestación PORVENIR 43-46*), 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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR advierte que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, como se conoce actualmente, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del

Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

***“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones:
Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los

servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, en la misma providencia ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1994 cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (06 de febrero de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL-12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 AFP¹² 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 vinculación¹³, 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

¹² CD folio 134, archivo contestación PROTECCION folio 71.

¹³ Ibidem.

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 PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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. Pertinente es aclarar, atendiendo los argumentos de la alzada vertida por 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 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 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 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁴, 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 COLPENSIONES, PROTECCION y PORVENIR, 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,

¹⁴ Contestación PROTECCION S.A. CD. folio 134.

Contestación COLPENSIONES. CD. folio 134.

Se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas en auto del 28 de junio de 2021.

señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

Atendiendo entonces lo dispuesto en el precedente jurisprudencial se ha de mantener incólume la condena proferida por el Juez de primer grado en lo que

atañe a la devolución de gastos de administración, tal como se dispuso en el numeral segundo del fallo de primer grado con su correspondiente parágrafo.

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de que se condene a las AFP demandadas al pago de todos los perjuicios económicos que genera el reintegro de la demandante al régimen de prima media, advierte esta instancia que con esta decisión no se observa la causación de algún tipo de perjuicio o daño al principio de sostenibilidad financiera, alegado por COLPENSIONES, pues los recursos que debe reintegrar el fondo privado, obviamente deben ser utilizados para el eventual reconocimiento del derecho pensional de la actora con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida y así se ha determinado en reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

«Por consiguiente, tampoco se presentó equivocación alguna por parte del juez de primer grado frente a este preciso aspecto, situación que también permite descartar una lesión al principio de sostenibilidad fiscal, en la medida que por una parte, se tiene que los efectos de la ineficacia apareja que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, de allí que a Colpensiones se le deben reintegrar todos los recursos, que sirven para el reconocimiento de un eventual derecho pensional (CSJ SL2877-2020 y SL-3661-2021)».

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

SIN COSTAS en esta instancia.

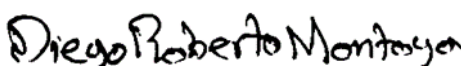
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

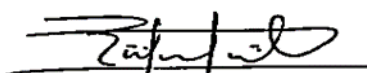
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

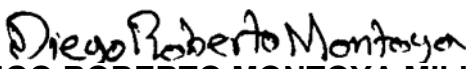
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP (RAD. 26 2019 00781 01¹)

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre 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 Y ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 264).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, (fl 251- 252), PORVENIR S.A (253-258), COLPENSIONES (fl 259-263) y UGPP (fl 269-271), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con

¹ El proceso fue remitido al Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, Despacho que mediante auto del 3 de agosto de los corrientes avocó el conocimiento del mismo (folio 241).

fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 18 de agosto de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:13:20, CD folio 246, acta folios 247), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto del traslado del señor LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR el día 11 de agosto de 2003 y consecuentemente las cosas se deben retraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ por conceptos de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los periodos que estuvo como afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL PORVENIR que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes hayan sido pagados por LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ y sus empleadores junto con los rendimientos financieros que hubieren producido el bono pensional y demás integrantes que su cuenta de ahorro individual sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, fondo de garantía, pensión mínima que le accionante durante el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de LUIS ANTONIO ALFONSO GUTIERREZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas cotizadas desde la fecha de la afiliación inicial.

QUINTO: SE ABSUELVE en lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, **DECLARAR PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la UGPP de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: ABSOLVER de todas las pretensiones a la UGPP de conforme a lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad social de no ser apelada esta decisión.

NOVENO: COSTAS como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de PORVENIR S.A., la apeló, solicitando se revoque la misma y, en su lugar se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

En sustento de ello, indica, no debió declararse la ineficacia con sustento en la falta del deber de información cuando a esa administradora no le era obligatorio brindar la asesoría para el año 2003 aportando las documentales respectivas, por cuanto dicho deber surge a partir de la Ley 1748 de 2014, precisando, para la época en que se produjo el tránsito entre regímenes estaba en vigor la Circular No. 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia para materializar el acto jurídico, la expresión de la voluntad a través del diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, con el cual se puede verificar que se le brindó la asesoría y que esta fue entendida.

En esa misma línea, indica, cuando el actor se trasladó estaba vigente el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que modifica el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 en la cual se le obligaba a esa sociedad a brindar una información clara, exigible y transparente para que el afiliado entendiera las condiciones del régimen y las implicaciones de su traslado, situación deviene acreditada con lo manifestado en el formato de vinculación.

Insiste, esa entidad no faltó a su deber de información y, por el contrario, se advierte que el demandante conocía las normas que regulaban el sistema

general de pensiones, porque no era un afiliado lego, sino un profesional del derecho, puntualizando que, en todo caso, el desconocimiento de la ley no exime de sus consecuencias.

Con relación a la orden de devolver los gastos de administración, aduce no ser ello procedente porque de conformidad con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivencia, y en esa medida, no están llamados a sufragar la pensión de vejez, razón por la cual, dice, están sujetos a la prescripción.

Pone de presente que la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020, manifestó expresamente que cuando ocurra la ineficacia del traslado, los únicos dineros que deben ser retornados a COLPENSIONES son aquellos correspondientes a cotizaciones junto a sus rendimientos, no así las cuotas de administración ni otros rubros distintos a los mencionados, anotando, hacer ello además conlleva a un enriquecimiento sin causa de COLPENSIONES porque no hay norma legal ni constitucional que obligue a las AFP a hacer tales reintegros, para lo cual acude al contenido del artículo 113 de la Ley 100 de 1993² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del

² “Muchísimas gracias su señoría estando dentro de la oportunidad presento de manera muy respetuosa recurso de apelación para que el Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar esta sentencia en su totalidad en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones teniendo en cuenta que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con sustento en una falta de información cuando lo cierto es que a mi representada no le era obligatorio brindar la asesoría para el año de 2003 aportando las documentales conforme que esa obligación nace a partir de la ley 1748 de 26 de diciembre de 2014 y se debe tener en cuenta que para la época del traslado estaba vigente la circular número 19 del 98 emitida por la Superintendencia financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos que se entendiera no solo materializado el traslado del régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario y de conformidad con las disposiciones vigentes que habían sobre el particular para la época del traslado debemos tener en cuenta su señoría que también estaba vigente el artículo 23 de la ley 795 de 2003 que es la que modifica el artículo 97 del decreto 663 de 1993 y que se obligaba a mi representada a brindar una información clara y exigible y transparente para que el afiliado entendiera las condiciones de un régimen y las implicaciones de su traslado como evidentemente se manifestó con la firma del formulario de afiliación.

Debemos también tener en cuenta su señoría que mi representada no fallo en ningún momento del deber de información y por el contrario se observa que el demandante tenía conocimiento de las normas vigentes sobre el particular en el sistema general de pensiones, además debemos tener en cuenta que el demandante no cumple las características de ser un afiliado lego como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia sino que por el contrario es un profesional del Derecho lo que le da todas las características de conocer las condiciones del régimen de ahorro o las del sistema seguridad social, debemos también tener en cuenta su señoría que su precepto y principio del Derecho que el desconocimiento de la ley no nos exime de sus consecuencias, en consecuencia no podemos decir que por el desconocimiento de la normativa el señor LUIS ANTONIO desconozca la consecuencias de sus actos.

C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:16:44, CD folio 246, acta folios 247).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (folios 3 y 4, 64) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 7, 64), aspirando se declare la nulidad o ineficacia del acto por el cual fue inducido por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a retirarse del régimen de prima media con prestación definida

Debemos también tener en cuenta su señoría que no se observó que mi representada haya faltado a su deber de información al momento del traslado pues debemos tener en cuenta que para la época del 2003 los únicos dineros, los únicos documentos que se habían dar era el formulario de afiliación acompañado con el respectivo reglamento del fondo, como en efecto lo hizo mi representada y debemos tener en cuenta que estos documentos hacen cuenta que el asesor cumplió con las normativas vigentes al momento de realizar el traslado y que el formulario suscrito por el demandante da cuenta que la asesoría fue prestada, la asesoría fue entendida y además se entendieron las condiciones del régimen de ahorro individual aceptando sus condiciones.

Ya para finalizar no se observa entonces su señoría que se haya faltado al deber de información y por ende no se está de acuerdo con la ineficacia del traslado, y por otro lado tampoco es factible declarar la devolución de los gastos de administración de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993 en el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia debemos tener en cuenta estos gastos de administración no están llamado a financiar la prestación de vejez y por esto están sujetos a la prescripción.

También es necesario poner de presente señores Magistrados que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020 ha manifestado de manera expresa que en los eventos que la ineficacia del traslado los únicos dineros que deben ser devueltos a COLPENSIONES serían las cotizaciones junto a sus rendimientos no hacen mención alguna ni a los gastos de administración ni a dineros diferentes a las cotizaciones y a los rendimientos ya mencionados debemos también poner de presente que la devolución de estos gastos de administración con destino de COLPENSIONES va a configurar a esta entidad a un enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta que no hay una norma legal ni constitucional que nos obligue a las AFP a hacer las devolución, retomo que pena no hay una norma legal que disponga tal devolución de los gastos de administración con destino a COLPENSIONES pues lo cierto es que el artículo 113 literal b de la ley 100 de 93 nos ha dicho que cuando hay un cambio de régimen pensional los únicos dineros que se deben trasladar son los concernientes a las cotizaciones junto con los rendimientos no haciendo mención tampoco en ningún lado a los gastos de administración o a dineros distintos a las cotizaciones y así sus rendimientos y es por ello que deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y las primas de seguro o cualquier otro tipo de dinero distinta a las cotizaciones y sus rendimientos de esta manera entonces considera este suscrito no se encuentran acreditados los supuestos en los cuales se condena a mi representada y en consecuencia de manera respetuosa señores Magistrados les solicito se sirvan revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelvan a mi representada de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias.”

encontrándose en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN hoy liquidada, afiliándolo al régimen privado de ahorro individual, petición que fundamenta en que, contra su voluntad y en vulneración de los artículos 53 de la Constitución Política, 1502, 1508 y 1515 del Código Civil, se le indujo en error por el fondo privado demandado al cambio de régimen pensional, mediante falsas expectativas económicas y de edad, y sin ningún tipo de explicación ni de información sobre las desventajas contra sus derechos pensionales adquiridos de cambiarse del mismo, así como tampoco de las consecuencias económicas y sociales del dicho tránsito, no obstante tener más de 15 años de afiliación en el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condena a PORVENIR a trasladarlo del RAIS al RPM administrado por COLPENSIONES, para el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos financieros, bono pensional y demás conceptos que integren su CAI, sin lugar a descontar costos cobrados por concepto de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Además, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas cotizadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de agosto de 1956 (folio 60), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante el ISS el 12 de abril de 2011 (folios 16 a 18), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no contaba con ninguna semana cotizada en COLPENSIONES (*reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES, folio 49 e historia laboral emitido por el Ministerio de Hacienda, folio 126*), advirtiéndose, según la certificación expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (folios 230 a 233), el demandante prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX entre el 1 de noviembre de 1984 y el 2 de abril de 1992, y para esa cartera ministerial entre el 3 de abril de 1992 y el 29 de octubre de 1999, a partir de los cuales se puede determinar que contaba con 9 años y 5 meses de servicios públicos a la entrada en vigor del nuevo sistema de seguridad social en pensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo informado por el actor en su

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

⁴ Según lo informado en la demanda laboraba en el Ministerio de Comercio Exterior (hecho 2, folio 4), situación que se verifica de la certificación emitida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que milita a folio 230 a 233.

interrogatorio de parte, este labora actualmente en el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, y por ende ostenta la calidad de empleado público, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, el demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **11 de agosto de 2003** con fecha de efectividad a partir del **1 de octubre de 2003**, (folios 138 y 139) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario con el cual se vinculó al mentado fondo.

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 tunc*⁵, en los términos del artículo

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

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.

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 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).

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.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a

que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR.

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

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

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

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

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

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

consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

más 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, 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 de régimen pues indicó que no recibió asesoría alguna por parte de PORVENIR y solo se le indicó que podría devolverse al régimen de prima media a los 3 años.

Adicionalmente, se incorporó comunicación No. 032789 de octubre de 2003 (folio 13) en la cual se pone de presente al convocante lo siguiente:

“(…)

Recuerde que el fundamento del régimen de Ahorro Individual es el “Ahorro” y solo con disciplina y constancia Usted va a ir construyendo poco a poco, con sus aportes y el de su empleador un patrimonio que el permita gozar en el momento del retiro de una pensión, sin ser una carga para las generaciones futuras.

No olvide que si usted se traslada al I.S.S. solo podrá regresar al regresar al Régimen de Ahorro Individual (Porvenir) hasta dentro de 5 años. Adicional a lo anterior, la Reforma Pensional (Ley 797) estableció que después de un año no podrá trasladarse de régimen cuando el (sic) faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Es por eso que en esta ocasión queremos recordarle algunos de los beneficios con los que Usted cuenta, - conforme con la legislación vigente – por tener sus pensiones obligatorias en una Administradora de Fondos de Pensiones como Porvenir (Régimen de ahorro individual), los cuales ya no tendría si se regresara al I.S.S.:

- ❖ *Usted tiene su propia cuenta individual donde se depositan sus aportes y los de su empleador.*
- ❖ *Usted construye su pensión con el capital y los rendimientos que tenga ahorrado en su cuenta individual y podrá obtener su pensión de vejez sin importar la edad definida por la Ley, cuando tenga el capital mínimo requerido en la Ley para obtener su pensión.*
- ❖ *Puede hacer Aportes Voluntarios a su cuenta individual en el Fondo de Pensiones Obligatorias, lo cual le permitirá optar por un retiro anticipado, aumentar el momento de su pensión de vejez e incluso disminuir la base para retención en la fuente según sea el caso.*
- ❖ *En el evento en que no cumpla los requisitos para acceder a cualquiera de las pensiones ya sea de vejez, invalidez o sobrevivencia, tendrá derecho a la*

⁷ Audiencia del 18 de agosto der 2021, récord 11:10, CD folio 246.

devolución de los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, es decir a recibir el valor de todos los aportes hechos a pensiones más los correspondientes intereses, incluyendo el valor del bono pensional (En caso de tener derecho a él).

- ❖ *En el evento en que no cuente con beneficiarios legales para recibir la pensión de sobrevivientes, los recursos existentes en su cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante*
- ❖ *Cuenta con un extracto trimestral mediante el cual le informamos cómo va el valor de su cuenta individual y sus rendimientos.*
- ❖ *Puede escoger entre tres modalidades de pensión: Renta Vitalicia Inmediata, Retiro Programado y Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida.*

(...)”

Sin embargo, en criterio de esta Sala, el cumplimiento del deber de información tampoco deviene acreditado con dicha documental, pues, de una parte, la misma tiene una data posterior a la celebración del acto jurídico de traslado y, de otra, si bien le ponen de presente aspectos tan relevantes como la existencia de una cuenta de ahorro individual de la cual sería titular, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, se le indicaron las modalidades de pensión, entre otros aspectos, no le indicó cómo se liquidan las prestaciones, cuáles son las condiciones para acceder a la pensión o qué ocurriría con las semanas cotizadas en CAJANAL, además de otros tópicos que caracterizan al RAIS.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el actor. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer el convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS.

De igual forma debe precisarse, el hecho que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional en derecho, ello no implica que *per sé* que conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 139), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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, 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 la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, 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 PORVENIR S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea*”.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR invoca como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el

deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del

artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de agosto de 2003, efectivo a partir del 1 de octubre de 2003), 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 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.

Frente al hecho de que el demandante antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del formulario de afiliación (folio 139), baste con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo el accionante afiliado a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), vinculado al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁸ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de

⁸ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo COLPENSIONES la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3⁹ de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario 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 afiliado el actor, 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.

Conviene anotar igualmente, 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, 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

⁹ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

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 prescripción¹⁰ (folios 83 y 112 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.

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR y COLPENSIONES –a favor de quien se surte la consulta- en auto del 13 de febrero de 2020 (folio 149).

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

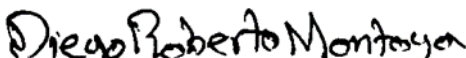
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

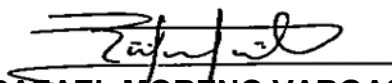
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS CONTRA GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE (RAD. 09 2019 00590 01).

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

Vencido el término de traslado para alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 09 de junio de 2021 (Cd. folio 133 record 56:26, acta a folios 134-135), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE como empleador y el señor MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS como trabajador, existieron tres contratos de trabajo vigentes entre el 1 de agosto de 2007 al 11 de septiembre de 2010, entre el 14 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2015 y entre el 15 de junio de 2016 al 16 de febrero de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** al señor GREGORY ANTONY BRUGES a pagar al señor MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS, las sumas correspondientes a los siguientes conceptos:*

*CESANTIAS \$18.680.555,56
INTERESES A LAS CESANTÍAS \$1.906.547,04
PRIMA DE SERVICIOS \$18.680.555,56
VACACIONES \$8.876.944*

Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

***TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO: CONDENAR al demandado GREGORY ANTONY BRUGES en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión proferida los apoderados del demandante y del demandado, presentaron recurso de apelación.

La apoderada del demandante dirigió su inconformidad respecto a la absolución por las sanciones contenidas en el art. 65 del CST y de la SS y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por considerar que, en el trámite procesal si se configuró la mala fe por parte de la empleadora, específicamente al denominar comisiones a lo que efectivamente era salario y que correspondía al producto del trabajo del demandante.

Otro de los puntos que atacó fue la absolución por aportes a seguridad social donde también indica que hubo mala fe por parte del empleador, acusando al empleador de faltar a la verdad al indicar que el señor demandante pagaba directamente su seguridad social, hecho que asegura fue desvirtuado en el trámite procesal donde se demostró que el señor GREGORY ANTONY BRUGES contrataba la empresa de la señora STELLA VILLAMIZAR para afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, entre los cuales precisó se encontraba el señor demandante.

Advirtió que, pese a que no se aportaron los pagos de las planillas de seguridad social, debe tenerse en cuenta lo confesado por el demandado en el interrogatorio de parte donde afirmó que el señor MACANA cotizaba sus propios aportes sobre el SMMLV y por ello proferirse condena respecto a la devolución de aportes cotizados durante la vigencia de la relación laboral declarada.

Finaliza su intervención atacando la absolución por despido sin justa causa, aduciendo que el señor demandante decidió retirarse por la falta de pago en sus acreencias y por el trato descortés que recibía por parte del empleador cada vez que le reclamaba el pago de sus derechos laborales¹.

¹ CD Folio 133. Minuto 28:49: “Apoderada parte demandante (28:49): Si gracias señora juez, excelente su sentencia pero con todo respeto interpongo recurso de apelación en los siguientes términos:

Entonces señora juez disiento de la absolución ¿sí? Frente a las sanciones indemnización por mora y la indemnización que establece el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y solicito al Honorable Tribunal de la sala laboral de Bogotá se revoque la sentencia que acaba de proferir la señora juez en este sentido; esto es en cuanto a las absoluciones relacionadas por la indemnización moratoria la sanción del artículo 99, toda vez que si bien la señora juez señala que en reiterada jurisprudencia se ha señalado que la misma no sea de manera automática es cierto así lo ha dicho en diferente jurisprudencia, pero también lo es señora juez que el señor Gregory si tuvo mala fe durante la relación laboral, tan mala fe tuvo señora juez que el mismo sabía que los pagos que estaba haciendo correspondían a un salario y es por ello que en los extractos bancarios de manera quincenal el mismo la consignación que hacía que para él era comisiones y que muy bien lo dijo la señora juez era del salario del demandante el mismo las hacía valer como consignaciones, eso no es que por gusto del banco como así lo señalo don Gregory en su interrogatorio que era voluntad del banco que le colocaba la asignación por nomina, No, el señor Gregory sabía lo que estaba haciendo él sabía que ese valor que le consignaba por comisiones era el valor del esfuerzo de trabajo que tenía el demandado ¿sí? Y que eso correspondía al salario, luego la mala fe es latente, es palpable, ósea por ello disiento y ruego al tribunal se revoque la absolución frente a esas dos sanciones tanto la moratoria como la del artículo 99, toda vez que si el señor Gregory si sabía que estaba bajo la cuerda de un contrato laboral y no como él lo tenía disfrazado a través de un contrato

La apoderada del señor demandado sustentó su apelación, dirigida a obtener la revocatoria de los numerales primero y segundo de la sentencia, en los argumentos que pasan a exponerse:

Acusó a la Juzgadora de primera instancia de incurrir en la aplicación indebida de los artículos 23 y 24 del CST al dar por demostrado, sin estarlo, que existió subordinación en la relación contractual entre el señor Gregory como representante del establecimiento de comercio Maxiventas y el señor Miguel Macana como prestador del servicio.

Asevera que contrario a lo concluido por la Juez, la parte demandada si logró desvirtuar la presunción de contrato de trabajo con los interrogatorios del demandante, del demandado y con el testimonio del señor Andrés, pues afirma que todos coincidieron en asegurar que el señor MACANA ingresaba y se presentaba durante ciertos días a cierta hora en las instalaciones de Maxi ventas, de lo que infiere que no estaba sometido al cumplimiento de un horario; afirmó que se probó que el demandante no estaba obligado a prestar sus servicios de forma personal y que incluso podía delegar a otra persona para realizar las actividades objeto del contrato, situación que nunca se dio pero que tampoco, nunca se prohibió en la ejecución contractual.

Enfatizó que el demandante tenía absoluta independencia para la prestación de su servicio, hecho que en opinión de la recurrente, se ratifica con la escasez probatoria

de prestación de servicios, tanto así que es en la misma contestación que de una manera como un poco no sé cómo des atendible a lo que se le estaba llamando responde la contestación que el allega al proceso porque tenía como convencimiento que ósea no iba a obtener la prosperidad de las pretensiones seguramente, pero el señor si era consciente de lo que estaba haciendo, por ello solicito al Honorable Tribunal Superior se revoque en cuanto a la mora y la sanción del artículo 99 y en su lugar se condene al demandado frente a dichas absoluciones.

Así mismo frente a los aportes de la seguridad social es claro que el señor Gregory también hace referencia en su interrogatorio y por ello sigo insistiendo que el señor tuvo mala fe y sabía lo que estaba haciendo ¿Por qué? Porque al absolver el interrogatorio de parte en su declaración señala y es claro decir que el pagaba la seguridad social y no la pagaba directamente, la pagaba el demandante pero que el contrataba la empresa se la señora Stella Villamizar de una firma Asociación... No recuerdo, que es de una firma para que hicieran el pago de la seguridad social de los trabajadores entre ellos el del señor Macana, luego el acepta doctora y señores magistrados que efectivamente el señor Macana durante los contratos que bien señala la señora juez en su providencia el señor Macana los cotizó bajo el salario mínimo, entonces independientemente de que no se haya allegado las planillas señores magistrados considero que está probado que el señor Macana y aceptado por el demandado que el señor Macana realizó las cotizaciones a la seguridad social bajo el salario minino, por ello también solicito se revoque en ese sentido ordenando se le devuelvan los aportes a la seguridad social que hizo el señor Macana durante el tiempo establecido en los tres contratos bajo el salario mínimo.

De otra parte, frente al despido es claro que el señor Suarez en su declaración Andrés Suarez el mismo respondió que efectivamente que el despido se dio por solicitudes que hizo el señor Macana al señor Gregory en cuanto se le pagaran sus prestaciones sociales que era costumbre del señor Macana responderle de manera descortés para cuando le solicitaba sus derechos, entonces se sigue presentando la mala fe del señor Gregory para sus trabajadores entre ellos el señor Macana y queda claro y así lo señaló el señor Gregory en su interrogatorio que el actuó de una manera un poco grosera ¿Si' no lo dijo exactamente que si fue grosero pero que el señor Macana se retiró porque una vez solicita se le paguen sus derechos entonces sigue latente la mala fe del señor Gregory y por ellos señores magistrados solicito se revoque la absolución de la indemnización del despido y en su defecto se condene al demandado, se le conceda lo pretendido por el aquí demandante, En lo demás solicito se mantenga la sentencia y se continúe con las costas a costa de la parte demandada, muchas gracias señora Juez."

del demandante quien nunca probó que tuviera que asistir todos los días en un horario estricto por instrucciones del establecimiento de comercio Maxiventas; tan así que no se pudo probar que existiera una sanción o un descuento por las llegadas tarde que reclamó el demandante².

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 MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 a 5, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 5 a 7, aspirando se declare que: entre las partes existió un contrato de trabajo realidad, bajo la modalidad de término indefinido entre el 01 de agosto de 2007 al 11 de febrero de 2018; que lo devengado por el demandante por concepto comisiones en realidad debe considerarse salario y que el vínculo fue terminado por despido

² CD. Folio 133, Minuto 36:22: “Apoderada parte demandada: Señora juez muchísimas gracias entonces procedo a hacer uso de la palabra presentando recurso extraordinario de apelación que voy a exponer de la siguiente manera, el alcance de la impugnación pretende que la sala laboral del Tribunal superior de Bogotá revoque la sentencia proferida el día de hoy 09 de julio del 2021 por parte del juzgado 27 laboral del circuito de Bogotá dentro de este proceso existencia la declaración de la existencia de tres contratos laborales, en cuanto a la demostración del cargo se acusa a la sentencia en incurrir en la aplicación indebida de los artículos 24 y 24 del CST en virtud de la presentación del siguiente defecto fáctico y es dar por demostrado sin estarlo que existió subordinación en la relación contractual entre el señor Gregory como representante del establecimiento de comercio Maxiventas y el señor Miguel Macana como presentación del servicio.

Presento el recurso de apelación basado en los siguientes razonamientos el despacho judicial presenta condena en contra de mi representado por cuanto considera que las instrucciones que se le impartían al señor Macana por parte del señor Gregory constituía Subordinación, sin embargo la autonomía y la independencia como elemento esencial del contrato de prestación de servicios fue algo que logro probarse dentro del interrogatorio de parte por rendido por el señor miguel Ángel Macana como del señor Andrés y el señor Gregory, toda vez que ellos aseguran aunque el señor Macana debía ingresar y debía presentarse durante ciertos días a cierta hora en las instalaciones de Maxiventas él podía realizar su labor y ejecutar su contrato y ejecutar el objeto contractual sin cumplir un horario, podía hacerlo en una hora en dos o en cinco tal como él lo determinara y como él pudiera hacerlo, tan así que otra persona pudiera incluso podía prestar el servicio no se exigía la prestación personal del servicio, hecho probado en el interrogatorio del señor Macana y el señor Carlos Andrés cuando asegura que nunca se dio pero por una exigencia o prohibición por parte del señor Gregory sino porque simplemente dentro de su ejecución contractual nunca contemplaron que lo hiciera otra persona lo que no significa que estuviera haciendo un hecho exigible que lo prestara directamente el señor Miguel, en ese sentido la sentencia C-154 de la corte constitucional es clara cuando hace una diferenciación clara entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral y aclara que para que exista un contrato laboral y se desvirtúe el contrato de prestación de servicios deben existir los tres elementos del contrato , horario, remuneración y subordinación, en este caso la subordinación insisto que no existió. Por su parte el Consejo de estado en sentencia del 06 mayo del 2015 reitera que el contratante y el contratista puede existir una relación de coordinación de actividades que es un concepto que incluye esta sentencia y que esto sea considerado subordinación , el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad para la cual fue contratada lo que incluye y lo dice taxativamente la sentencia el cumplimiento de un horario, seguir instrucciones, incluso entregar informes y reportes de gestión al contratante sin que esto se considere necesariamente subordinación, en ese sentido es claro que el señor Macana tenía absoluta independencia para la prestación de su servicio, no se probó dentro de ninguna forma que él tuviera que asistir todos los días en un horario estricto a las instrucciones del establecimiento de comercio Maxiventas y tan así que no se pudo probar que existiera una sanción o un descuento por las llegadas tarde que asegura el demandante, pues es el mero testimonio del señor Macana o el señor Carlos Andrés no es un material probatorio idóneo para la demostración de este hecho lo que sí es que el señor Gregory Manifiesta que ese fue un acuerdo que hicieron entre compañeros si es que llegó a existir ese descuento que él no tenía conocimiento del mismo , en ese sentido pues solicito a los honorables magistrados que se desvirtúe la existencia de los contratos laborales y que siga declarando la existencia de los contratos de prestación de servicios y en ese sentido pues por supuesto que se revoque la condena a mi poderdante de pagar auxilio a cesantías, intereses a cesantías, vacaciones y demás prestaciones sociales. Con respecto a los demás declaraciones hechas por la señora juez en su sentencia estoy de acuerdo y en este sentido dejo expuesto el recurso de apelación solicitándole al juez de qué manera muy respetuosa se permita admitir.

indirecto; como consecuencia de lo declarado solicita se condene al demandado al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, estos emolumentos causados durante la vigencia de la relación laboral y teniendo en cuenta los salarios que el trabajador devengaba cada año, devolución del pago que por aportes a seguridad social tuvo que hacer el demandante, reajuste de aportes, auxilio de transporte, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa, devolución de las sumas de dinero que le fueron descontadas al demandante sin autorización, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró *que* entre el señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE como empleador y el señor MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS como trabajador, existieron tres contratos de trabajo vigentes entre el 1 de agosto de 2007 al 11 de septiembre de 2010, entre el 14 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2015 y entre el 15 de junio de 2016 al 16 de febrero de 2018; condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones; absolvió al demandado de las demás condenas incoadas en su contra y condenó en costas a la pasiva.

La Juez de primera instancia fijó como problemas jurídicos los siguientes: i) determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso afirmativo, ii) determinar los extremos de la relación laboral y por último, iii) si es procedente condenar al demandado al pago de las acreencias laborales que reclama el demandante.

Previo a resolver los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, invocó el art. 23 y 24 del CST y la sentencia SL-1826 del 2021; SL-9801 de 2015; hizo referencia a que en el proceso no es objeto de controversia: i) que el señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE es el propietario del establecimiento de comercio DISTRIBUCIONES MAXIVENTAS ubicado en esta ciudad, por cuanto dicha afirmación fue incluso ratificada con el certificado de existencia y representación legal aportado en el expediente y en el interrogatorio de parte surtido al demandado; ii) que el señor MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS prestó sus servicios como vendedor al señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE en calidad de propietario del establecimiento de comercio DISTRIBUCIONES MAXIVENTAS; hecho que también encontró ratificado con los contratos de prestación de servicios, los desprendibles de nómina, las cuentas de cobro que aportó el señor demandado, con el testimonio del señor CARLOS ANDRES SUAREZ PEÑA y con el interrogatorio del demandado.

Precisado lo anterior, prosiguió la Juez por indicar que con los medios probatorios relacionados se logró demostrar la prestación personal del servicio por parte del demandante y por ende, se logró activar la presunción de contrato de trabajo a su favor la cual no fue desvirtuada por el demandado, anotó que lo único que allegó el demandado para cumplir con su carga probatoria fueron los contratos de prestación de servicios, las cuentas de cobro y los comprobantes de egreso, documentos a los que no le resto valor probatorio pero advirtió que no eran suficientes para derruir la presunción perseguida en la demanda.

Advirtió que las actividades desarrolladas por el demandante hacían parte del giro ordinario de las actividades de la empresa, porque él era el encargado de hacer la toma de pedidos a los clientes de MAXIVENTAS cumpliendo con la programación y ordenes que le imponía el demandado, como se logró probar con las pruebas practicadas en audiencia.

Respecto a la pretensión dirigida a declarar un solo contrato, la Juez encontró que al revisar los contratos de prestación de servicios aportados por el demandado no se encontró demostrado que entre los periodos de interrupción entre uno y otro contrato se haya logrado demostrar que el demandante haya prestado su servicio personal y que lo único que si se logró acreditar fue la prestación del servicio para los periodos del 01 de agosto de 2007 al 11 de septiembre de 2010; del 14 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2015 y del 15 de junio de 2016 al 24 de junio de 2018³, con los contratos de prestación de servicios aportados por el mismo demandado y que guardan correspondencia con las documentales traídas al proceso por el señor demandante.

Respecto a las acreencias laborales reclamadas por el actor luego de hacer una relación de las pruebas aportadas concluyó que: i) el demandante no tiene derecho a auxilio de transporte por cuanto durante toda la relación laboral devengó más de dos SMMLV. ii) por auxilio de cesantías determinó que por el primer contrato se le adeuda al demandante la suma de \$4.977.777,78; por el segundo contrato la suma de \$9.333.611,11 y por el tercer contrato la suma de \$4.369.166,67, para un total adeudado de \$18.680.555,56; iii) en cuanto a intereses a las cesantías estableció que se adeuda la suma de \$509.925,93 por el primer contrato, por el segundo contrato la suma de \$991.698,80 y por el tercer contrato \$404.922.31 para un total de \$1.906.547,04; iv) en cuanto al pago de compensación de dinero por vacaciones condenó por las sumas de: \$2.488.888,89; \$4.666.805,56 por el segundo contrato y

³ CD. folio 133 minuto 14:37.

\$1.721.250 por el tercer contrato, para un total de \$8.876.944,45; v) por prima de servicios condenó a los siguientes montos: Por el primer contrato \$4.977.777,78, por el segundo contrato \$9.333.611,11 y por el tercer contrato \$4.369.166,67., para un total de \$18.680.555,56. vi) Respecto a la devolución de descuentos sin autorización del trabajador advirtió que la parte actora no aportó prueba que demuestre que el empleador le descontó dinero por llegar tarde; vii) no condenó al pago de aportes en seguridad social en salud y riesgos laborales, teniendo como referencia lo decidido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-297 de 2018 y SL-4632 de 2020 por no ser procedente cancelar al trabajador directamente los aportes en salud y riesgos laborales que no fueron pagados oportunamente por el empleador, por cuanto lo procedente en dichos casos sería la reparación de perjuicios o el reintegro de los gastos que tuvo que asumir el trabajador por no estar cubierto en salud o riesgos laborales, perjuicios y gastos que afirmó no fueron acreditado en el plenario; viii) en lo que tiene que ver con la devolución del pago de aportes por seguridad social en pensión absolvió por que no encontró que el demandante aportara prueba de los pagos que tuvo que asumir por dicho riesgo.

En lo que corresponde a la sanción moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías, advirtió que en el asunto objeto de estudio el demandado no hizo el pago de las prestaciones sociales al demandante en el término legal establecido toda vez que estaba bajo el convencimiento que la relación suscrita entre las partes era un contrato de prestación de servicios y no un contrato de trabajo, consideró la falladora que el actuar del empleador no estuvo revestido de mala fe y por ello no condenó el reconocimiento de esta sanción.

Por último y, en lo que tiene que ver con la indemnización establecida en el art. 64 del CST consideró que los únicos elementos probatorios con los que contó la juzgadora para valorar la procedencia de condena por dicho concepto, fue el dicho del demandante y el testimonio del señor CARLOS ANDRES SUAREZ, medios de prueba que no brindaron muchos indicios de las circunstancias en que se terminó la relación laboral.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de varios contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la cual precisa esta Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia⁴.

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (folios 123-126) y se constata con los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes (CD folio 130, archivo 13), por lo que el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía a la demandada desvanecer la presunción en comentario.

Así, se tiene que al expediente la parte demandante allegó como prueba de la prestación del servicio a favor del señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE las siguientes:

⁴ “La regla general del artículo 167 del Código General del Proceso, según la cual, al actor le incumbe demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones, admite excepciones. Así, desconoce la recurrente que el legislador ha previsto presunciones legales que permiten inferir la existencia de unos hechos a partir de la demostración de otros, como es el caso del artículo 24 del estatuto sustantivo laboral.

Conforme al artículo en cita, basta que el demandante acredite la prestación personal del servicio y los extremos temporales para que se presuma la existencia de una relación de trabajo, con lo cual, se traslada la carga probatoria al extremo pasivo, quien deberá acreditar que las actividades se desarrollaron con la independencia y autonomía propia de los contratos civiles y comerciales (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018 y CSJ SL1166-2018, entre otras).”

A folios 18-20 obra contrato de prestación de servicios suscrito el 15 de junio de 2016, documento del que se destaca: i) se encuentra suscrito por ambas partes, el señor GREGORY ANTONY BRUGEZ MANRIQUE en calidad de contratante y propietario del establecimiento de comercio MAXIVENTAS y el señor MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS en calidad de contratista; ii) como objeto del contrato se dispuso: *“EL (LA) CONTRATISTA en su calidad de independiente, se obliga para con EL CONTRATANTE a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado, el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento y que consistirá en visitar a un número de clientes asignados, por zona asignada, para tomar los pedidos de los productos que comercializa el CONTRATANTE, para lo cual tomará el correspondiente pedido por cliente (tiendas, misceláneas, panaderías, cigarrerías, ferreterías y demás negocios que vendan al detal) y lo llevará a las oficinas del CONTRATANTE, sin que exista horario determinado, ni dependencia. PARAGRAFO. Los pedidos serán de pago de contado y contra entrega a personal debidamente autorizado por EL CONTRATANTE; en caso de crédito éste sólo se le otorgará al cliente ya seleccionado y que se le ha establecido previamente un cupo y recaudado el pago exclusivamente por personal autorizado por el CONTRATANTE.”*

A folios 16 a 20 aportó el certificado de matrícula de persona natural del señor ANTONY GREGORY BRUGES MANRIQUE expedido por la cámara de comercio de Bogotá el 12 de febrero de 2019, con el que se acredita que: i) el establecimiento de comercio MAXIVENTAS es de propiedad del demandado. ii) que su actividad económica principal es el *“comercio al por menor en establecimientos no especializados con surtido compuesto principalmente por alimentos, bebidas o tabaco; comercio al por menor de otros productos alimenticios NCP, en establecimientos especializados; comercio al por menor de otros artículos domésticos en establecimientos especializados.”*

A folios 112 a 114 obran facturas con membrete del establecimiento de comercio MAXIVENTAS y del señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE, donde se registra como asesor el señor MIGUEL ANGEL MACANA CUBILLOS.

A folios 115 y 116 obran documentales con membrete de MAXIVENTAS donde se registran las facturaciones que como vendedor realizaba el señor MIGUEL ANGEL MACANA.

Igualmente solicitó que, se practicara el testimonio del señor CARLOS ANDRES SUAREZ el cual fue decretado y recepcionado en audiencia calendada 06 de mayo

de 2021⁵; informó el testigo que el demandante prestaba sus servicios como vendedor en la empresa de propiedad del señor ANTONY GREGORY más o menos desde el año 2007, indicó que conocía ese hecho por que el señor MACANA iba a ofrecer productos a la panadería ubicada en la casa donde el testigo residía; continuando con su relato manifestó el testigo que en el año 2016 también ingresó a laborar como vendedor para la empresa de propiedad del señor ANTONY GREGORY, razón por la que empezó a tener un contacto directo con el señor MACANA y por ende, le consta que el demandante fue vendedor, que inició su labor en Bogotá y que luego por un periodo de tiempo, que no precisó, prestó servicios fuera de la ciudad; que le consta que terminó la relación laboral para febrero de 2018, por que el señor MACANA le solicitó al demandado el reconocimiento de prestaciones sociales; las cuales el testigo aseguró que tampoco se le reconocieron.

De la relación de los insumos probatorios aportados por el demandante, se concluye que dan cuenta de la prestación personal del servicio como vendedor de productos alimenticios a favor del demandado, en representación del establecimiento de comercio MAXIVENTAS; por ende, el actor logró activar la presunción de que trata el art. 24 del CST y de la SS, como acertadamente lo concluyó la Juez de primer grado.

Precisado lo anterior, pasa esta sala por valorar las pruebas aportadas por el demandado a fin de determinar si logró desvirtuar o no la presunción que se declaró en beneficio del señor demandante.

La parte demandada en su escrito de defensa alega que lo que verdaderamente existió entre las partes fueron tres relaciones contractuales regidas por contratos de prestación de servicios que estuvieron vigentes entre: el 10 de enero de 2007 al 11 de septiembre de 2010, del 14 de febrero de 2011 al 27 de julio de 2015, del 15 de junio de 2016 al 16 de febrero de 2018⁶.

Afirmó que, en este caso no se cumplen los requisitos para la existencia de un contrato laboral por cuanto no existió un horario, ni algún tipo de subordinación máxime cuando alega que ni siquiera se exigía prestación personal del servicio.

Previo requerimiento realizado por la Juez de primer grado en audiencia de que trata el art. 77 celebrada el 16 de febrero de 2021⁷, la parte demandada aportó nueve

⁵ CD. Folio 132. Minuto 47:20.

⁶ Folios 123-126.

⁷ CD. Folio 130, Archivo No. 11.

contratos de prestación de servicio vigentes para los periodos que a continuación se relacionan⁸:

FECHA INICIO	FECHA FINAL	FOLIOS
14/02/2011	1/07/2011	49 a 54
2/07/2011	1/11/2011	27 a 28
11/01/2012	11/05/2012	23 a 26
1/09/2012	1/12/2012	55 a 59
1/02/2013	31/12/2013	13 a 21
1/02/2014	31/12/2014	37 a 41
1/02/2015	31/12/2015	45 a 47
15/06/2015	15/06/2017	1 a 5
24/06/2017	24/06/2018	31 a 34

Igualmente aportó, cuentas de cobro y comprobantes de egreso, por las ventas que realizaba el señor MIGUEL ANGEL MACANA que de lo único que dan fe es de la prestación del servicio ya acreditada por el actor.

También aportó a folios 128 y 129 un compromiso de pago y una letra de cambio suscritos por el señor MIGUEL ANGEL MACANA, de los que no se advierte cosa distinta a un compromiso de pago por una obligación dineraria que adquirió el señor demandante con el señor GREGORY ANTONY BRUGE, documental que no arroja mayores insumos probatorios para desvirtuar la presunción que cobija al demandante.

Es de recordar que la apoderada de la pasiva en su alzada hizo referencia a que la presunción establecida a favor del demandante se logró desvirtuar con el interrogatorio del demandado y con el testimonio del señor CARLOS ANDRES SUAREZ, pues, aseguró que ambos coincidieron en afirmar que el señor MACANA ingresaba y se presentaba durante ciertos días a cierta hora en las instalaciones de MAXIVENTAS, de lo que a su consideración se infiere que el demandante no estaba sometido al cumplimiento de un horario y que adicional a ellos el demandante como contratista no estaba obligado a prestar sus servicios de forma personal y pudiendo incluso delegar a otra persona la ejecución de sus actividades.

De la revisión de las pruebas a las que hace referencia la recurrente ha de advertir esta colegiatura que lo único que se logró fue blindar la presunción decretada veamos porque:

⁸ Ibidem. Archivo No. 13.

El señor demandado en su contestación y en el interrogatorio practicado por la Juez de primera instancia afirma que sostuvo varias relaciones contractuales de carácter comercial con el señor GREGORY ANTONY BRUGES MANRIQUE, las que tenían por objeto que el señor demandante en su calidad de contratista prestara servicios de asesoría comercial y distribuciones de los productos alimenticios comercializados por MAXIVENTAS., de forma independiente y sin estar sometido a algún tipo de subordinación con el señor demandado, pues dijo que no se le exigía el cumplimiento de un horario, porque una vez se le asignaba la cuota que le correspondía, el contratista era quien determinaba en cuanto tiempo la cumplía.

En los contratos de prestación de servicios⁹ aportados se observa que en la cláusula primera donde se pactó el objeto del contrato se describe de forma detallada la actividad para la cual fue contratado el demandante y que consistía en: *“visitar a un número de clientes asignados, por zona asignada, para tomar los pedidos de los productos que comercializa el CONTRATANTE, para lo cual tomará el correspondiente pedido por cliente y lo llevará a las oficinas del CONTRATANTE.”*

Y en la cláusula cuarta donde se pactaba el VALOR DEL CONTRATO se definió que se le pagaría al contratista la suma del 5% si vendía más de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000) y el tres por ciento si vendía menos de dicho valor y además se pactó que tendría que cumplir con una tabla de pedidos diarios.

Al revisar lo pactado en dichas clausulas se infiere que la labor del demandante no era libre e independiente, pues de la simple lectura de lo dispuesto se advierte que la ejecución del contrato ya estaba supeditado al cumplimiento de unos lineamientos unilaterales definidos por el contratante, de los que sólo se infiere la injerencia de este en la forma, la periodicidad y las condiciones en las que el contratista debía ejercer el objeto contractual, desnaturalizándose de entrada la connotación comercial del contrato y dando paso a la existencia de una relación subordinada.

Ahora al valorar las pruebas a las que hace referencia la impugnante y que dan cuenta de las circunstancias de ejecución de la labor encomendada, se logró comprobar que el señor MIGUEL ANGEL MACANA estaba supeditado a las instrucciones, autorizaciones, órdenes y lineamientos que impartía el señor ANTONY GREGORY, pues el mismo demandado aceptó que era él quien definía las rutas y los clientes que debía visitar el demandante, hecho ratificado con el testimonio del señor CARLOS ANDRES SUAREZ, quien también se desempeñó como vendedor

⁹ Folios 18-20 y CD folio 130 Archivo 13.

en MAXIVENTAS y por ende pudo dar fe de las circunstancias en que se desarrolló el vínculo entre las partes, pues durante dos años (2016-2018) fue compañero de trabajo del demandante, desarrollando la misma labor en Bogotá.

Respecto a las circunstancias en que se desarrollaba el contrato el testigo indicó que: i) el señor MACANA empezó a laborar como vendedor en Bogotá y luego fue asignado para cubrir rutas en pueblos aledaños a la capital. ii) el señor GREGORY realizaba reuniones todos los días a las 7:00 am con los vendedores de Bogotá a fin de asignar las zonas, clientes y cuotas con la que debían cumplir todos los días los vendedores, iii) indicó que el señor GREGORY y el señor MACANA se reunían todos los sábados a fin de que el demandante reportara las ventas que hizo en las visitas a los pueblos, reportara el cumplimiento de la ruta y de la cuota y a fin de que se le asignara la ruta y cuota que debía cumplir la semana siguiente. iv) indicó que si los vendedores no cumplían con la cuota simplemente no se les facturaba, razón por la que el demandante y el testigo debían cumplir a toda costa con las metas fijadas por el contratante. v) indicó que siempre debían pedir permiso para ausentarse de su sitio de trabajo.

Afirmaciones que sin lugar a dudas ratifican la subordinación jurídica que existía entre las partes y que incluso ratificó el señor demandado en su interrogatorio donde aceptó que era él quien asignaba las rutas y los clientes que debía visitar el señor MACANA; aceptó que el señor MACANA debía reportarle semanalmente lo que hacía y también llama la atención que tanto el demandado como el testigo hicieron referencia al reconocimiento de incentivos a los vendedores que superaran el cumplimiento de la cuota diaria, hechos que sin lugar a dudas reafirman la existencia de un contrato de trabajo, no asistiéndole razón a la impugnante y precisándose que lo único que se logró corroborar fue el detrimento de la supuesta autonomía del demandante, pues se acreditó sin asomo de duda que la dirección entera de la actividad del demandante provenía del señor GREGORY.

Por lo motivado entonces no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y el llamado a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar lo atinente a los extremos laborales y salarios devengados, por no haber sido tales asuntos objeto de apelación.

Ahora en cuanto a los motivos de inconformidad del demandante esta instancia anticipa que tampoco están llamados a prosperar.

En lo que tiene que ver con la petición de sanción moratoria y sanción por no pago de las cesantías la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado de forma reiterada que:

“Esta Sala de la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada y pacífica que la indemnización por mora establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe (SL8216-2016).

Igualmente, se ha puntualizado que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Es decir que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho, como es el caso en el que se discute la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (CSJ SL 39695, 2 ago. 2011; CSJ 44218, 27 nov. 2012 y CSJ SL8077-2015, reiteradas en CSJ SL16884-2016).”

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

Al respecto estima la Sala, no es desdeñable la posición del llamado a juicio al resistirse a pagar prestaciones sociales, pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no compartidos por esta Corporación a la luz de las leyes del trabajo, aspecto que apenas se vino a dilucidar a través del presente litigio, pero atendibles por cuanto ubican al encartado en el terreno de la buena fe, dado que las razones expuestas, se itera, aunque no compartidas, sí justifican la omisión del pago de prestaciones sociales

En esas circunstancias, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en tanto la absolución de las sanciones pretendidas por el actor.

En cuanto a la absolución por devolución de lo aportado por el demandante por concepto de seguridad social de conformidad con lo concluido en el fallo, se encontró acreditada la existencia de 4 contratos de trabajo, dentro de los cuales era responsabilidad del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social, sobre el salario que debía devengar el demandante, por tratarse de un trabajador vinculado a través de contratos de trabajo, sin embargo, como acertadamente lo anotó la Juez de primer grado, en primer lugar no es procedente en este tipo de casos ordenar el pago directo al trabajador de los aportes correspondientes a salud y riesgos laborales, tesis que ha definido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL-3009-2017 reiterada en sentencia SL-3990 de 2020 entre otras donde se dispuso:

"Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica"»

Teniendo en cuenta lo anterior y como en el caso en estudio no existe prueba de que se haya causado algún daño al demandante en detrimento de su salud o que haya tenido que sufragar directamente algún tipo de gastos médicos para la atención de este tipo de riesgos, no es dable emitir condena al respecto.

Y en lo que tiene que ver a la devolución de aportes en pensión, si bien es cierto el demandado aceptó en su interrogatorio que en un tiempo los aportes se pagaban a través de una empresa encargada de realizar este tipo de afiliaciones y que luego el demandante se encargó de pagar directamente, tal manifestación no puede tenerse como fundamento sólido para irrogar una condena encaminada a devolver los aportes que por pensión pago el demandante, máxime cuando la carga de la prueba, en este tipo de pretensiones es únicamente del demandante quien es el obligado a

demostrar que efectivamente asumió el pago de sus aportes pensionales directamente de su patrimonio, ante la AFP de su elección, los periodos en que sufragó esos pagos y los montos que debió pagar, prueba que en este caso brilla por su ausencia, como efectivamente se concluyó en primera instancia.

Y en lo que tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa de que trata el art. 64 del CST fundamentada en este caso en la existencia de un despido indirecto, tampoco será resuelta favorablemente a los intereses del demandante, tal como se pasa a explicar.

Conviene recordar que para que opere el despido indirecto o auto despido, la actitud del trabajador debe ser activa, en cuanto ejercita la iniciativa de terminar unilateralmente el contrato y por ello, la carga de la prueba sobre las causas que motivaron el despido esta a cargo de dicha parte, a fin de que se pueda determinar que efectivamente el hecho imputado al empleador fue el que llevó al fenecimiento del vínculo laboral y no la voluntad libre y espontánea del trabajador.

Descendiendo al caso de autos, se tiene que el demandante indicó que el contrato se terminó porque el señor MIGUEL ANGEL MACANA decidió retirarse por el incumplimiento en el pago de sus prestaciones sociales y el señor GREGORY hizo referencia en su interrogatorio al hecho de que el contrato se terminó porque el señor demandante se apropió de dineros de su propiedad, hechos que no fueron acreditados en el devenir procesal por ninguna de las partes.

Específicamente al despido indirecto el demandante no aportó prueba de su renuncia motivada, obsérvese que la Sala solo cuenta con el dicho del actor, versión de la cual no es posible configurar fehacientemente que la renuncia se presentó y las razones que llevaron al demandante a finalizar su contrato de trabajo, imponiéndose la confirmación de la sentencia en este punto.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se confirmará en su totalidad la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAROL STEPHANY
ALONSO VEGA CONTRA GES MALL´S S.A.S. (RAD 28 2018 00560 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 154- 179), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de junio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. fl. 149, récord 35:06), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre CAROL STEPHANY ALONSO VEGA y la Sociedad GES MALL´S existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el primero de febrero del año 2016 y el 20 de noviembre del año 2017.

SEGUNDO: DECLARAR que el pago denominado auxilio de rodamiento reconocido a la demandante, constituía factor salarial para el año 2016, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a GES MALL´S cancelarle a la demandante la suma de \$1 976 103 pesos por conceptos de acreencias laborales para la vigencia de la relación laboral, junto con la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, todo conforme a las consideraciones dadas en la parte motiva de esta decisión

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones de buena fe y compensación propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: CONDENAR al extremo pasivo a pagar en favor de la aquí demandante las diferencias que por concepto de aportes a seguridad social en pensión le correspondan a la demandante, al fondo de pensiones Protección por el periodo comprendido entre 01 de febrero y el 31 de diciembre del año 2016, teniendo en cuenta además del salario básico de \$2 000 000 de pesos el auxilio de rodamiento en cuantía de \$500 000 pesos, Conforme se explicó en la parte motiva de la decisión.

SEXTO. ABSOLVER a la empresa accionada GES MALL´S S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora CAROL STEPHANY ALONSO VEGA.

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la encartada y que denominó “inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

OCTAVO: Sin **COSTAS** en esta instancia.”

Contra la decisión de primera instancia la parte demandante presentó recurso de apelación exponiendo los siguientes argumentos:

Indica que en la sentencia hubo una indebida valoración de los medios de prueba aportados por la parte demandada de forma extemporánea y que se encuentran al interior de la actuación, por lo que a su parecer es evidente que existe una mala fe del empleador al no haber realizado el pago de la liquidación final de prestaciones de la señora demandante, más cuando se reconoce que el salario que devengaba la demandante ascendía a la suma de \$2.500.000; indica que no puede darse valor probatorio al otro si suscrito entre las partes en el año 2017, por cuanto dicho documento pretendía disfrazar emolumentos que constituyen salario; asegura que en el presente proceso no existe una compensación como lo indicó la Juez, ya que los dineros adeudados por la demandante fueron cancelados en su momento y advierte que la demandada debe ser condenada en costas¹.

¹ Folio 149, minuto 37:12. Buenas tardes señora juez, de acuerdo con la manifestación que usted me acaba de indicar como apoderada de la parte demandante Carol Stephany Alonso Vega, manifiesto al despacho que interpongo recurso de apelación en contra la sentencia de oralidad de primera instancia que acaba de emitir el juzgado 28 laboral del circuito de Bogotá hoy 28 de junio del 2021, para que se revoque parcialmente la decisión aquí tomada.

Señora juez como le venía diciendo interpongo recurso de apelación de manera parcial al fallo de sentencia que usted acaba de emitir hoy 28 de junio del 2021, en que solamente se acepta el numeral uno el cual declara el contrato de trabajo desde el primero de febrero del 2016 al 20 de noviembre del 2017 y en el que no hace la condena en costas para ninguna de las partes. El recurso de apelación lo sustento teniendo en cuenta que como se ha planteado desde la presentación del escrito genitor de la demanda la sociedad demandada se ha sustraído de cumplir sus obligaciones en el pago de la indemnización, el pago de las prestaciones sociales y el pago del salario a mi poderdante señora Carol Stephany Alonso Vega, ya que desde el momento de la contestación de la demanda y dentro del curso procesal la pasiva ha negado el pago el cual la demandante ha tenido derecho desde el momento del inicio de la relación laboral, ya que la demandada nunca realizó una liquidación final bajo las excusas de que no contaba con el dinero, de que la crisis económica no le permitía realizar un pago de las prestaciones adeudadas, lo que con este, esta manifestación por parte de la pasiva muestra su mala fe en terminar su relación laboral de manera correcta como era presentarle una liquidación con saldo a favor o saldo en contra y así mi poderdante podía verificar si estaba o no estaba de acuerdo con su liquidación y es solamente en el curso del proceso laboral su señoría que tuvo que instaurar mi poderdante que la demandada presenta dicha liquidación sin ninguna explicación, aduciendo que existen unos valores adeudados que nunca fueron autorizados por mi poderdante para su descuento, iniciando así un proceso ejecutivo que no tiene razón de ser, ya que los dineros que en algún momento fueron prestados a mi poderdante, fueron cancelados en su totalidad, es mas en el acta de terminación del vínculo laboral se indicó que era lo que se podía descontar dando claridad mi

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CAROL STEPHANY ALONSO VEGA las pretensiones elevadas a folio 2, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folio 3, solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017; que el contrato se terminó por renuncia y,

poderdante que si había una suma pendiente por cobrar por parte de la empleadora fueron correspondientes a los valores suministrados en dicha acta obrante a folio 31 al folio 38 y específicamente en el folio 37 del plenario se indican los valores a descontar, documento el cual la demandante no hizo ninguna clase de pronunciamiento lo que es una clara aceptación del documento.

De igual forma, señora juez se acreditó la prestación personal del servicio y el contrato de trabajo, pero desde el momento del interrogatorio mi poderdante ha desconocido que exista otro si del contrato de trabajo, ya que como lo indique en su momento es documento que data del 01 de enero del año 2017, lo cual no corresponde a la realidad, ya que la señora Lucy representante legal de la sociedad Ges Mall indica que el horario laboral de la demandante era de Lunes a Viernes de 9-5 O 10-6 pm, con lo que queda demostrado que la fecha que indica en el documento denominado otro si no corresponde a la verdad real; porque es un documento que está demostrando una desalarización o disfrazando un salario que percibía mi poderdante, por lo que no se puede desmejorar las condiciones salariales de mi poderdante con un supuesto otro si que en este momento está la señora juez valorando.

De igual forma la pasiva, continua adeudando el pago de la seguridad social integral eso es pensión, salud, riesgos profesionales durante toda la relación laboral y como quiera que la demandada aporta un informe histórico resumido obrante a folio 81 del primero de enero del 2016 solo por un valor de \$2 000 000 quedando pendiente para ese año el pago diferencial entre el salario realmente devengado y el valor reportado en la planilla mencionada anteriormente, adicionalmente no se observa en la contestación de la demanda el pago de los aportes a la seguridad social del año 2017, es decir también adeuda a mi poderdante el pago de la indemnización moratoria por falta de los aportes señora juez que existe una ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, ya que se indica que las cotizaciones deben de estar pagas al momento de la terminación del contrato laboral esto sin importar la forma en la que se pueda terminar el vínculo laboral ya que el incumplimiento del pago de los aportes a seguridad social es exclusivo como usted lo menciono en el fallo que deben ser en cabeza del empleador por lo tanto la mora en el pago de las cotizaciones no pueden ser carga del empleado

Por ultimo señora juez usted realiza énfasis en un documento que desea tener en cuenta acá que es el pdf de fecha del 18 de agosto del 2017 préstamo a la señora Carol Stephany Alonso Vega por valor de \$800 000 pesos el cual es documento que apoderado de la pasiva presenta al juzgado, haciendo incurrir en error al juzgado presentado pruebas sobrevinientes al proceso luego del cierre de la etapa probatoria, el correo enviado mediante correo electrónico que sellaba pruebas documentales las cuales mediante correo 26 de mayo del presente año a la hora de las 4:57 descorrí el supuesto traslado del juzgado manifestando al despacho que reza en mi calidad de apoderada de la parte actora por medio del presente escrito me dirijo al despacho para descorrer el traslado de los documentos aportados el día de hoy por la pasiva mediante correo electrónico con el que con debido respeto solicito a la señora juez desestimar las pruebas presentadas el día de hoy por la parte pasiva en razón a que la etapa probatoria ya se encuentra concluida más aun cuando se llevó a cabo los alegatos de conclusión el pasado 15 de febrero de la presente anualidad, es decir la etapa probatoria ya feneció y no es momento procesal de sobrevenir pruebas o presentar documentos para intentar hacer incurrir en error al juzgado, por lo anterior señora juez no es procedente por parte del juzgado abrir una etapa probatoria de la cual ya se encontraba terminada ¿Cómo puede el despacho en su actuar dejarse incurrir en error por el correo enviado por apoderado de la pasiva? Ya que el aporta pruebas que no se pueden valor, más aun cuando anexa documentos que si bien algunos se encuentran dentro del proceso, ahora colocan una nota en cada anexo tratando llegar a una respuesta que es lo que intenta hacer la representante legal de la pasiva, lo cual se puede deducir que quieren llevar a que la señora juez actué de forma errónea. Así entonces señora juez con lo que acabo de sustentar como recurso de apelación es claro que existe una indebida valoración del despacho de los medios de prueba aportados y que se encuentran al interior de la actuación por lo cual a mi parecer se está tomando una decisión extra petita, por lo cual es evidente que existe mala fe del empleador al no realizar los pagos a favor de la señora Carol Stephany Alonso Vega, más cuando ella conoce el valor que ella tenía como salario y que las prestaciones sociales deberían realizarse por valor de \$2 500 000 tal y como se ha demostrado en las pruebas que se encuentran dentro del plenario en los mensajes de WhatsApp de la señora Lucy Risaralda no indica que haya presentado alguna liquidación al momento de la terminación del contrato. No existe una compensación como se indica dentro del proceso ya que los dineros adeudados por mi poderdante fueron cancelados en su momento tal y como se demostró en el transcurso del proceso y en el interrogatorio y reiteró no existe otro si que sea reconocido, ya que no es un documento que no está suscrito por la representante legal de la compañía y data de una fecha que no es un día hábil para trabajar y no era un día hábil para mi poderdante prestar sus servicios como empleada en la empresa empleadora, muchas gracias señora juez bajo estos razonamientos solicito se conceda el recurso de apelación.

en virtud de dichas declaraciones solicita se condene a la demandada al pago de salarios causados en el 2017, compensación de vacaciones, reajuste de primas, reajuste de cesantías, reajuste de los intereses a las cesantías, estos conceptos durante todo el tiempo laborado, sanción por no consignación de las cesantía, sanción moratoria, pago de aportes al sistema de seguridad sociales en salud y pensión, sanción por el no pago de aportes a seguridad social y parafiscales, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. Por otro lado, la parte demandada presento demanda de reconvención solicitando se condene a la señora CAROL ALONSO VEGA a pagar a favor de la sociedad GES MALL'S S.A.S. la suma de \$1.697.647 por concepto de saldo de créditos otorgados y al pago de costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a las aspiraciones de la demandante inicial** pues se accedió a la declaratoria de contrato de trabajo, en los extremos temporales alegados en la demanda; declaró que el pago denominado "AUXILIO DE RODAMIENTO" constituía factor salarial para el año 2016; condenó al pago de acreencias laborales por valor de \$1.976.103 junto con la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS; condenó al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión por el periodo comprendido entre el 01 de febrero al 31 de diciembre de 2016 teniendo como IBC la suma de \$2.500.000 y absolvió a la demandada de las demás condenas incoadas en su contra, declaró probada la excepción de compensación y buena fe y no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

La Juez de primera instancia definió como problema jurídico el de determinar si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago del salario correspondiente al mes de noviembre de 2017, la compensación monetaria de sus vacaciones, el reajuste de sus prima de servicios y el auxilio de cesantías durante todo el tiempo laborado, junto con la indemnización moratoria, la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías de forma completa al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR (sic), pago de aportes al sistema de seguridad social integral, sanción moratoria por la falta de pago de los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, corrección monetaria en caso de que no prospere las indemnización moratoria.

De otro lado precisó que la parte demandada presentó demanda de

reconvención contra la señora CAROL STEPHANY ALONSO VEGA donde debía establecerse si la demandante adeuda a la sociedad GES MALL'S S.A.S. la suma de \$1.697.647 por concepto de saldo de los préstamos que se le reconocían a la demandante durante la vigencia de la relación laboral.

Previo a resolver los problemas jurídicos puestos a su conocimiento la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá tuvo como hecho probado que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia desde el 01 de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017.

Luego en lo que respecta a las pretensiones de condena la a quo, se remitió a lo dispuesto en los arts. 127 y 128 del CST y con base a las pruebas aportadas, concluyó que el auxilio de rodamiento que se le reconocía a la demandante tenía carácter salarial, razón por la que determinó que el salario real devengado ascendía a la suma de \$2.500.000, arribó a dicha conclusión porque en el plenario la encartada no demostró que dicho auxilio fuera reconocido a la trabajadora con el fin de cubrir sus gastos de movilización o desplazamiento, infiriendo que el pago retribuía directamente la prestación del servicio de la demandante.

Ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante sólo para el año 2016; advirtió que en el año 2017 las partes suscribieron otro si al contrato de trabajo mediante el cual pactaron excluir como factor salarial el auxilio de rodamiento y que a partir de dicha data la demandante no aportó prueba de que dicho auxilio era una remuneración directa por la prestación de sus servicios, razón por la que concluyó que para esa data no era procedente concederle factor salarial a dicha bonificación.

Luego de realizar las operaciones aritméticas del caso determinó que por diferencias de prestaciones sociales se le adeudaba a la demandante: i) prima de servicios: \$458.334; ii) cesantías: \$458.334 ii) intereses a las cesantías: \$50.416; iii) vacaciones: no emitió condena por cuanto en el plenario no obra prueba de que las partes hayan acordado el reconocimiento de las vacaciones en dinero sumado a que el derecho a vacaciones tan solo se causó hasta el 01 de febrero de 2017.

En lo que tiene que ver con la liquidación y salarios adeudados a la finalización del vínculo laboral consideró que la liquidación aportada por la empresa a folio 107, se encuentra ajustada en derecho y por ende condena a la demandada a que reconozca y pague a favor de la demandante la suma de \$5.288.446.

Respecto al pago de aportes en seguridad social indicó que en el plenario se encuentra acreditado que la empresa realizó aportes al sistema integral de seguridad social desde marzo de 2016 hasta noviembre de 2017 teniendo como IBC la suma de \$2.000.000; por lo anterior, condenó a pagar las diferencias por concepto de reajuste de aportes en seguridad social en pensión teniendo en cuenta como IBC la suma de \$2.500.000 para el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y en lo que tiene que ver con aportes en salud y riesgos laborales, indicó que lo que procede es el reconocimiento de perjuicios y en el trámite procesal no se solicitaron ni se acreditó la existencia de los mismos.

Indicó que no es procedente condenar por indemnización por el no pago de aportes al sistema de seguridad social y, parafiscales advirtió que de conformidad a lo dispuesto en el art. 179 de la Ley 1607 de 2012 otorgó facultadas a la UGPP para imponer este tipo de sanciones, no siendo procedente emitir condena alguna por este concepto a favor de la trabajadora por ser competencia de la UGPP sancionar al empleador omisivo.

También indicó que se acreditó que la demandante solicitó préstamos a la empresa, pues así lo aceptó en el interrogatorio de parte practicado, aclarando que como era la encargada del manejo de la nómina ella misma hacía los descuentos; quedando como saldo a la terminación de la relación laboral \$2.379.427, en virtud de ello declaró probada la excepción de compensación afirmando que las condenas en favor de la demandante ascienden en la suma de \$8.655.530, monto al que ordenó descontar la suma de \$2.000.000 por abono de la liquidación final de prestaciones de conformidad a lo aportado a folios 66 y 67, quedando un saldo de \$6.655.530; advirtió que como la demandante adeuda a la empresa la suma de \$4.679.427, autorizó a la demandada realizar el descuento de dicho monto.

Profirió condena por sanción moratoria al considerar que existió mala fe en el

reconocimiento de la liquidación final de prestaciones sociales, precisó que la empleadora canceló la suma de \$2.000.000 a favor de la demandante por abono de la liquidación final, razón por la que condenó a la demandada a pagar la suma diaria de \$66.667 desde el 21 de noviembre hasta el 26 de diciembre de 2017 en la suma de \$2.400.000.

En lo que atañe a la sanción por no consignación de las cesantías advirtió que no emitiría condena por considerar que no existió una conducta de mala fe por parte de la empleadora al momento de la liquidación de las cesantías.

No condenó en costas por que la sentencia proferida fue parcialmente favorable a las pretensiones de la demandante y por cuanto las excepciones propuestas también resultaron parcialmente probadas.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandante, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la empresa GES MALL´S S.A.S. desde el 01 de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017, pues en principio no fue objeto de inconformidad dicha declaratoria, la demandante así lo solicitó en la demanda y la demandada aceptó el vínculo en los extremos alegados por la actora; hecho que incluso se ratificó con las documentales aportadas a folios 7, 62 a 63.

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de la demandante, única recurrente.

De la revisión de la sentencia y de los argumentos de la alzada esta instancia observa que la a quo accedió a las pretensiones de la demanda, sin embargo, la demandante resultó inconforme con lo decidido por cuanto: i) se le restó

naturaleza salarial al auxilio de rodamiento que devengaba la demandante para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 al 20 de noviembre de 2017. ii) se declaró probada la excepción de compensación; iii) no se condenó al pago de aportes de seguridad social integral para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 al 20 de noviembre de 2017 con base en el salario realmente devengado; iv) no se condenó al pago de indemnización por falta de pago de aportes en seguridad social integral; v) no se condenó en costas.

Así las cosas, sobre los cinco puntos indicados versara el estudio de esta instancia.

En primer término, se tiene que la demandante advierte que durante la vigencia de la relación laboral su salario real ascendía a la suma de \$2.500.000 y la a quo declaró que el auxilio de rodamiento equivalente a la suma de \$500.000 tenía factor salarial para el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016, restándole dicho carácter a partir del 01 de enero de 2017 considerando que las partes habían firmado otro si donde se pactaba específicamente que dicho auxilio no era factor salarial, acuerdo que no se encontraba afectado por algún vicio del consentimiento.

Advierte esta instancia que a folio 7 obra certificación laboral expedida por la empresa demandada el 07 de noviembre de 2017 donde deja constancia que: i) la señora CAROL STEPHANY ALONSO VEGA laboraba para esa empresa en el cargo de asistente administrativa; ii) desde el 01 de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017. iii) devengando como salario la suma de \$2.500.000.

Respecto a dicha documental advierte esta sala que se tiene como un hecho cierto el contenido de esta certificación, máxime cuando es un documento aportado por la actora bajo los parámetros de lo dispuesto en el art. 244 y 245 del CGP y no fue tachado por la parte demandada, advirtiendo eso sí que la carga de probar en contra de lo certificado en dicho documento corre únicamente por cuenta del empleador².

Adicional a ello la señora demandante aportó a folios 14-24 extractos de la cuenta de ahorros de la que es titular, en las que se observa que a partir de

² Ver Sentencia SL-2728 de 2021.

enero a noviembre de 2017, la empresa demandada le consignaba el salario teniendo como base la suma de \$2.500.000; lo anterior se infiere de la revisión y el cotejo de las documentales aportadas por la demandada a folios 68³, 84, 86⁴, 87 y 88⁵, que dan cuenta que sobre el salario de \$2.500.000 se realizaban descuentos de salud y pensión y descuentos de cuotas por préstamos concedidos a la demandante.

La demandada también aportó a folio 64 el otro si suscrito entre las partes el 01 de enero de 2017 donde se lee que las partes acordaron la flexibilización del salario determinando que la suma de \$500.000 que se le reconocían a la demandante de forma mensual correspondería a “ayuda de desplazamiento transporte” a partir del 01 de enero de 2017.

De la relación de las pruebas aportadas en la demanda es claro que la Juez de primer grado erró al considerar que el denominado “auxilio de rodamiento” ya no constituía salario a partir del 1 de enero de 2017, teniendo como referencia la simple existencia formal de un pacto de exclusión salarial, que se dio 11 meses después de que las partes dieran inicio a la relación laboral.

Contrario a lo concluido por la a quo, es pertinente anotar que está acreditado documentalmente⁶ que desde el 01 de febrero de 2016 la demandante empezó a devengar como retribución a sus servicios la suma de \$2.500.000, hecho que incluso fue ratificado con las pruebas practicadas por primera instancia en audiencia de fecha 15 de febrero de 2021⁷, de lo que resulta evidente inferir que, con la suscripción del otro si obrante a folio 64 el empleador pretendía camuflar un pago que venía siendo retributivo del servicio desde la génesis del contrato de trabajo, como la misma Juez lo determinó; no encontrando esta colegiatura razones válidas y atendibles como para que la a quo desnaturalizara el carácter salarial de dicho auxilio, reconociendo como legítimo un pacto que a todas luces buscaba desmejorar los derechos de la trabajadora. Sobre este particular, vale recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia ha sentado con antelación que aun cuando exista un pacto de desalarización entre las partes que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad,

³ Desprendible de nómina para el periodo de enero de 2017.

⁴ Autorizaciones de descuento de cuotas para pagos de préstamos concedidos a la demandante.

⁵ Desprendibles de nómina para los periodos marzo y abril de 2017.

⁶ Folios 8-30.

⁷ Folio 142.

puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial⁸.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el auxilio denominado “ayuda de desplazamiento de transporte” es a todas luces retributivo del servicio teniendo en cuenta que desde el inicio de la relación laboral se le reconocía a la demandante, sin que para esa data se hubiese especificado de forma detallada su finalidad, aunado al hecho de que en la certificación laboral expedida por el empleador el mismo la reconoce como salario y que no demostró que realmente dicho monto fuera destinado para cubrir los gastos de desplazamiento y movilidad de la extrabajadora, se ordenará el reajuste de las cesantías, primas de servicio e intereses a las cesantías a favor de la demandante y de los aportes en pensión causados desde el 01 de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017 teniendo como base salarial la suma de \$2.500.000 y no como lo limitó la a quo sólo al periodo de 2016, en este punto se modificará la sentencia de primer grado.

Es importante aclarar que en el proceso quedó probado que la demandante durante la vigencia de la relación laboral recibió el pago de los siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR	FECHA	FOLIO
Abono liquidación final	\$ 1.000.000	18/12/2018	66
Abono liquidación final	\$ 1.000.000	26/12/2018	67
PRIMA IER 2016	\$ 833.333,00	20/06/2016	71,72
PRIMA IER 2017	\$ 1.132.626,00	22/06/2017	73-76
CESANTIAS	\$1.833.333	15/02/2017	133

Es decir, que tan sólo recibió durante la vigencia de la relación laboral por las prestaciones reclamadas la suma de \$5.799.292, cuando por liquidación total de prestaciones le correspondía la suma de \$9.624.734, resultando entonces que a la demandante se le adeuda por liquidación final de sus prestaciones la suma de \$3.825.442 y no \$5.288.446 como lo advirtió la juez de primer grado, sin embargo, teniendo en cuenta que la cifra calculada en segunda instancia desmejora la situación de la demandante única apelante, se mantendrá lo

⁸ Ver sentencia CSJ SL8216-2016 reiterada en sentencia SL-177-2020.

decidido por la falladora de primer grado en lo que tiene que ver con el monto final de liquidación de prestaciones sociales.

LIQUIDACIÓN PROCESO 2018-00560							
INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO	CESANTÍAS	INTERESES A LA CESANTIAS	PRIMA	
1/02/2016	31/12/2016	334	\$ 2.500.000	\$ 2.319.444	\$ 258.231	\$ 2.319.444	
1/01/2017	20/11/2017	323	\$ 2.500.000	\$ 2.243.056	\$ 241.502	\$ 2.243.056	
TOTAL				\$ 4.562.500	\$ 499.734	\$ 4.562.500	\$ -
TOTAL LIQUIDACION CON SALARIO REAL							\$ 9.624.734
TOTAL DEVENGADO POR LA DEMANDANTE							\$ 5.799.292
VALOR ADEUDADO							\$ 3.825.441,80

Ahora y en lo que atañe a la excepción de compensación se tiene que la apoderada de la parte demandada afirma en la contestación⁹ y en la demanda de reconvención que la señora demandante le adeuda la suma de \$1.697.647 por concepto de préstamos solicitados y reconocidos a la trabajador y por su parte la apoderada de la parte demandante afirma que los dineros adeudados por su poderdante fueron cancelados en totalidad a la demandada y aunado a ello manifiesta que los descuentos no fueron autorizados por la actora.

En la contestación a la demanda se indicó que a la demandante le hicieron los siguientes préstamos:

CONCEPTO	VALOR	FECHA
VENTA UN TUMI CONVERTIBLE BACK PACK	\$ 2.337.200,00	27/05/2016
VENTA IPAD MINI	\$ 500.000,00	Finales de dic. 2016
PRESTAMO	\$ 2.000.000,00	25/08/2016
PRESTAMO	\$ 1.500.000,00	16/02/2017

⁹ Folio 58

Los cuales suman un total de \$6.337.200 y que fueron autorizados por la demandante como consta a folios 83, 84 y 86, hecho confesado por la demandante al absolver el interrogatorio¹⁰.

Al revisar las documentales que dan cuenta de las condiciones en que se pactaron los préstamos, se advierte que en la solicitud de préstamo suscrita por la demandante el 25 de agosto de 2016 por valor de \$2.000.000 se pactó que los descuentos se realizarían en dos cuotas una primera el 05 de septiembre de 2016 por valor de \$500.000 y la segunda el 05 de octubre de 2016 por valor de \$1.500.000¹¹.

Cotejados los extractos de la demandante correspondientes a los meses de septiembre de 2016 (fl.10) y octubre de 2016 se observa que a la demandante se le hicieron descuentos por valor de \$500.000 pesos para cada uno de dichos meses y luego en noviembre de 2016 se realizó un nuevo descuento por valor de \$500.000; por lo que se infiere que quedó un saldo de \$500.000.

Respecto al préstamo del 16 de febrero de 2017 se tiene que la demandante autorizó se descontara la suma de \$500.000 el 05 de marzo de 2017 y de \$1.000.000 el 05 de abril de 2017¹², al verificar los extractos de cuenta de dichas mensualidades se tiene que en abril de 2017 se reflejó un único descuento de \$500.000, por cuanto se colige que por dicho préstamo quedo un saldo de \$1.000.000; para un total de saldo insoluto de préstamos autorizados por la trabajadora de \$4.837.200.

A pesar de que la demandante en su interrogatorio afirma que ya no adeudaba suma alguna por concepto de préstamos solicitados a la demandada por cuanto ya habían sido cancelados, lo cierto es que con las pruebas relacionadas no se observa el pago total de las obligaciones que había adquirido la demandante con su empleadora, asistiéndole razón a la Juez de primer grado al acceder a la declaratoria de la excepción de compensación y autorizar a la demandada para que realizara el descuento de la suma de \$4.679.427, monto que consideró insoluto y que esta instancia no entrará a modificar en atención al principio de la

¹⁰ CD Folio 142 minuto 39:00.

¹¹ Folio 84.

¹² Folio 86.

no reformatio in pejus, al que incluso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia en forma reiterada como consta en sentencia SL5596-2019, radicado 77172, con ponencia del Magistrado, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, donde señaló:

“Pues bien, cabe recordar que el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consiste en que el superior no puede empeorar, agravar o perjudicar la situación del apelante único que busca mejorar su situación, o respecto de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, puesto que constituye un límite al poder jurisdiccional del juez de alzada, como garantía del derecho fundamental al debido proceso.”

En atención a lo señalado, no es posible desmejorar al apelante único cuyo resultado de su apelación no le fue favorable, por el contrario, lo desfavoreció, al aumentar los valores que por saldo insoluto de préstamos se autorizó descontar de su liquidación.

En lo que tiene que ver con el tercer punto de inconformidad que se motivó en la absolución por el pago de aportes a seguridad social integral para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 al 20 de noviembre de 2017 con base en el salario realmente devengado; reitera esta colegiatura que en la resolución del primer punto de inconformidad se dejó claro que se accedería a la condena por reajuste de aportes en pensión devengados por la demandante para el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2016 al 21 de noviembre de 2017 teniendo como IBC la suma de \$2.500.000.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con la pretensión de condena por aportes en riesgos laborales y salud se mantendrá incólume lo decidido por la Juez de primera instancia, porque no es procedente en este tipo de casos ordenar el pago directo al trabajador de los aportes correspondientes a salud y riesgos laborales, tesis que ha definido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL-3009-2017 reiterada en sentencia SL-3990 de 2020 entre otras donde se dispuso:

"Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del

mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica"»

Teniendo en cuenta lo anterior y como en el caso en estudio no existe prueba de que se haya causado algún daño a la demandante en detrimento de su salud o que haya tenido que sufragar directamente algún tipo de gastos médicos para la atención de este tipo de riesgos, no es dable emitir condena al respecto; aunado al hecho de que a la demandante se le garantizó su protección por estos riesgos, pues, aunque la demandada haya pagado con un IBC menor cumplió con el pago de aportes de forma oportuna¹³.

Igual suerte correrá la pretensión que persigue la condena por sanción por no pago de los aportes, tenga en cuenta la recurrente que según los lineamientos del Artículo 314 de la Ley 1819 de 2016, que se encargó de modificar el Artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, la UGPP es la entidad que tiene la autoridad de imponer sanciones a los empleadores como a los aportantes por las irregularidades en los aportes a seguridad social y parafiscales, no asistiéndole a la demandante legitimación alguna para solicitar el pago directo a su favor de dicha sanción, como acertadamente lo determinó la a quo.

En lo que corresponde a la condena en costas, último motivo de apelación, 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

¹³ Folios 81 y 82.

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, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, por ello se revocará el numeral octavo de la sentencia recurrida y en su lugar se condena en costas a la parte demandada, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de: **DECLARAR** *que el pago denominado auxilio de rodamiento reconocido a la demandante, constituía factor salarial durante toda la vigencia de la relación laboral, esto es desde el 01 de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.*

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de: **QUINTO: CONDENAR** *al extremo pasivo a pagar en favor de la aquí demandante las diferencias que por concepto de aportes a seguridad social en pensión le correspondan a la demandante, al fondo de pensiones Protección por el periodo comprendido entre 01 de febrero de febrero de 2016 al 20 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta como IBC la suma de \$2.500.000, Conforme se explicó en la parte motiva de la decisión.*

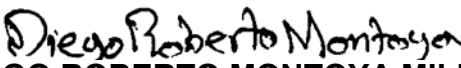
TERCERO: REVOCAR el numeral **OCTAVO** de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de: **OCTAVO:**

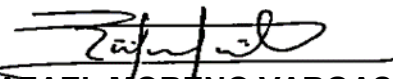
CONDENAR en costas a la parte demandada GES MALL´S S.A.S. por resultar vencida en juicio.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: SIN COSTAS en Esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

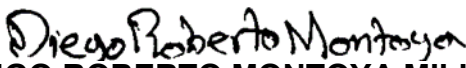
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EYDI DIAZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y
PORVENIR S.A. (RAD. 29 2020 00276 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre 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 Y ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio 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 4-7), PORVENIR S.A (fl12-14), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez

Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de agosto de 2021 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:04:23, acta Archivo 17 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y del traslado de la señora EIDY DIAZ identificada con cedula de ciudadanía número 31.890.549, realizada ante FONDO DE PENSIONES COLPATRIA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 26 de febrero 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante EYDI DIAZ, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: De no ser apelada la presente sentencia por parte de COLPENSIONES enviar de Consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicita en su apelación se ordene a la administradora del fondo privado la devolución de los gastos de la administración conforme lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, quien ha dicho que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto a los rendimientos financieros, precisando tal declaración obliga a las entidades de régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (Audiencia virtual record: 1:06:00)¹

¹ “Gracias su señoría otorgado el momento procesal oportuno me permito presentar recurso parcial de apelación en contra el numeral 2 de la sentencia proferida por su señoría, sin desestimar de ninguna medida en lo que tiene que ver con la devolución de las cotizaciones en rendimientos declarados en la presente sentencia, solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que adicione a este numeral para culminar a los gastos de administración a cargo de PORVENIR y a favor de mi representada en atención a la línea jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en uno en una de las sentencia 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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (Archivo 2 págs. 51 y 52 y Archivo 4 págs. 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Archivo 2 págs. 52 y 53 y Archivo 4 págs. 5 y 6), aspirando se declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia de lo anterior se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, 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 PORVENIR S.A., ordenando a esa administradora devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, disponiendo que lo único que no debía**

cual me permito exponer la 3464 de 2019 radicación 76284 del 14 de agosto de 2019, donde la magistrada ponente la Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo expuso las consecuencias prácticas de la ineficacia y dentro de ella su parte final expuso lo siguiente: por lo mismo la sala ha doctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto a los rendimientos financieros, así mismo ha dicho que esta declaración obliga a las entidades de régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, así las cosas le solicito al Honorable Tribunal seguir esta línea jurisprudencial y ordenar y adicionar a este numeral 2 la devolución de los gastos de administración a favor de mi representada, así dejo sustentado el recurso de apelación muchas gracias sus señoría.”

devolver era lo relacionado con los gastos de administración dado que hacen parte de la gestión a favor de la actora mientras estuvo afiliada al RAIS.

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

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 29 de abril de 1962 (Archivo 2 pág. 13), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 29 de julio del 2020 (Archivo 2 págs. 11 y 12), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no cuenta con cotizaciones ya que sus aportes iniciaron el 1° de marzo de 1997 con el empleador Fundación CardiolInfantil (*Resumen Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 12 pág. 26*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **26 de febrero de 1999** con fecha de efectividad a partir del

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”.

27 de febrero de 1999, (Archivo 12 págs. 24, 56 y 75) por la afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR (*rta hecho 2 contestación demanda Archivo 12*), específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la

perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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).

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.

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de

cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas,

como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 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 demandante (Audiencia del 5 de agosto del 2021, Record: 24:09),

no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Dicho deber tampoco se advierte probado del interrogatorio absuelto por el representante legal de PORVENIR⁵ 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 COLPATRIA hoy PORVENIR (Archivo 12 pág. 75), este 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, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (Archivo 12 págs. 80 a 82), 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

Audiencia del 5 de agosto del 2021, récord 14:00.

prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de febrero de 1999, efectivo el 27 de febrero de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

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

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

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

Ahora, para resolver la inconformidad expuesta en la alzada por COLPENSIONES, relacionada con la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta⁶ (Archivo 7 pág. 4), 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.

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,

RESUELVE

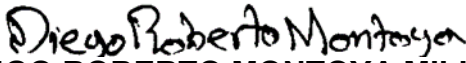
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordena a la AFP PORVENIR a la devolución de los gastos de administración por el periodo de afiliación de la accionante a dicha administradora.

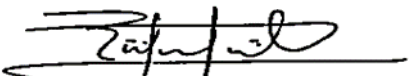
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 19 de mayo del 2021 (Archivo 13 expediente virtual).

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DANIEL GERARDO
PARDO ROMERO CONTRA UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN. (RAD. 30
2018 00490 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 128 a 142 y 143 a 145), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 09 de marzo de 2021, en la que se resolvió (Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, récord 30:38, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams):

“PRIMERO: DECLARAR que entre la Universidad Manuela Beltrán como empleadora y el señor DANIEL GERARDO PARDO ROMERO identificado con la cedula de ciudadanía No 1 018 448 289 como trabajador existió un contrato a término fijo desde el diez de enero al veintidós de junio del 2017, desempeñando los cargos de dependiente judicial y coordinador del centro de conciliación, terminado unilateralmente por el empleador y sin justa causa devengando como último salario la suma de \$1 600 000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la demandada UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN a pagar a favor del demandante señor DANIEL GERARDO PARDO ROMERO identificado con la cedula de ciudadanía No 1 018 448 289 las siguientes sumas y conceptos por reliquidación:

- a) \$376 197 pesos por diferencias salarial
- b) \$730 001 pesos por diferencia en las cesantías
- c) \$39 663 pesos por diferencia de los intereses a las cesantías

- d) \$703 001 pesos por diferencia de la prima de servicios
- e) \$346 179 pesos por diferencia en las compensaciones en dinero de las vacaciones
- f) \$2 348 555 pesos por la diferencia en la indemnización por despido sin justa causa
- g) \$25 281 665 por indemnización moratoria causada entre el 23 de junio del año 2017 hasta el 14 de noviembre del año 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ORDENESE la entrega del título judicial por la suma de \$607 216 a la parte actora y téngase en cuenta al momento de efectuar la liquidación para su pago.

CUARTO: ABSUÉLVASE a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones propuestas por la accionada.

SEXTO: CONDENESE en COSTAS a la demandada, Líquidense por secretaria incluyendo por concepto de agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$ 1 000 000 de pesos.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada apeló la decisión proferida solicitando se revoque lo decidido con base en los siguientes puntos:

Afirma el apoderado recurrente que el demandante nunca presentó algún tipo de inconformidad frente a la forma en que se liquidaron sus prestaciones sociales; aseguró que el demandante no presentó comunicación alguna el 21 de junio de 2017, en la que presuntamente señala el señor Daniel que aportó una comunicación y que prueba de ello es que el documento no tiene sello o firmas de recibido.

En segundo lugar advirtió que la demandada no obró de mala fe, porque nunca se negó a asumir el pago de la liquidación que le correspondía al demandante; pago que aduce realizó de forma oportuna y completa.

Indicó que el otro si aportado en la demanda donde se indicó el cambio de cargo del demandante nunca se materializó porque no llegó a nómina, aunado a que no se encuentra firmado por el demandante.

Solicita que se verifique la liquidación de las prestaciones objeto de condena porque asegura que no concuerdan con lo ordenado en la sentencia y los montos señalados resultan desproporcionados.

Y como último punto de inconformidad advierte que debe revisarse la procedencia de la condena por sanción moratoria, pues asevera que en el trámite procesal quedó acreditado que la Universidad terminó el contrato reconociéndole una indemnización al demandante, lo que a su modo de ver, se traduce en que la demandada no pretendió desconocer sus obligaciones laborales ni dinerarias.

Igualmente solicitó que, en caso de que se considere que procede la condena por moratoria ella se modifique, teniendo en cuenta el porcentaje que no se pagó y no la totalidad del valor de la liquidación¹.

¹¹ CD folio 134, minuto 33:29: Apoderado demandada: Su señoría yo me permito interponer recurso de apelación el cual procederé a sustentar de manera inmediata, considero que se parte de dos premisas por parte del juzgado y una por la cual parte de una premisa según la cual tiene en cuenta una presunta manifestación realizada el día 21 de junio de 2017, en la que presuntamente señala el señor Daniel que aportó una comunicación, sin embargo este documento no se podría tener en cuenta porque resulta que dentro del hecho 14 de la demanda se estableció que ese documento jamás había sido incluido por la Universidad, es decir la universidad no contaba y nunca se le expresó ninguna inconformidad frente al acto, se puede observar en el documento no tiene ningún sello de recibido, no tiene ninguna constancia de entrega y además existen dos certificaciones dentro de los documentos aportados por la Universidad que dan fe y acreditan con el libro radicator diario que jamás se recibió, entonces partimos de la base en la cual nunca hubo inconformidad ni se presentó por lo que la premisa a partir de la cual el señor juez indico que la universidad sabía de qué por lo tanto no tanto no había justificación no es cierta

En segundo lugar se parte de otra circunstancia o mejor se omite otra circunstancia en el acto y es la siguiente la Universidad nunca se negó a pagar, es importante tener en cuenta que la mala fe de la institución no se presume y dentro de la universidad y de hecho dentro del proceso se encuentra acreditado que la Universidad siempre estuvo dispuesta a asumir los costos de la liquidación, tanto es así que la pago oportunamente, la pago en su totalidad pero en efecto digamos también y aquí llega el segundo precepto se desconoce rotundamente la prueba numero 1.10 aportada con la contestación de la demanda; Esta prueba muestra como el día diez de junio la universidad invita al señor Daniel y le comunica a todas las áreas de la institución que se va a realizar la firma de otro si, debido a eso es que en las áreas como se explicó dentro de la contestación y dentro del proceso las áreas realizan los ajustes correspondientes, es cierto tal cual el señor juez lo considera y precisamente en efecto a ello es que la universidad dice bueno si nos equivocamos porque antes de hecho haberle hecho firmar el otro si se realizan las acciones correspondientes al cambio, sin embargo al no firmarse el otro si, el otro si no llega a nómina y eso también se explica dentro de la contestación de la demanda y debido a tal circunstancia de hecho no se llegó a acreditar, se acreditó que el otro si no fue firmado voluntariamente por el señor Daniel y él no logró demostrar lo contrario, sin embargo se hace la liquidación, se paga la liquidación y entonces vienen ahora unas cifras que realmente no concuerdan con lo que se está señalando, es decir si estamos hablando que la liquidación, la diferencia digamos presupuestal hay que tener en cuenta que la base del valor sobre la cual se hizo la liquidación del salario era \$ 1 504 000 pesos aproximadamente según obra dentro de la demanda, por tal razón s a eso se le añade que la suma que se pretende establecer quiere decir que la liquidación está mal elaborada porque aproximadamente se está calculando sobre una base de \$1 800 000 que no tiene nada que ver de hecho desborda incluso el salario posterior que manejó durante diez días, entonces realmente digamos es desproporcionado el tema, es decir la operación matemática esta incorrectamente elaborada que es nuestra segunda discusión.

Finalmente frente al tema de la mora quiero reiterarle o quiero puntualizar dentro del proceso que acredito y fue suficientemente acreditado que la Universidad termino el contrato con indemnización es decir la universidad no pretendió desconocer sus obligaciones laborales ni dinerarias, en segundo lugar se pagó la indemnización de manera oportuna, adicional a ello se le puso de presente la liquidación y ninguna

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 DANIEL GERARDO PARDO ROMERO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 36-38), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 33 a 36 y 48 a 49, encaminadas principalmente a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 10 de enero de 2017 al 12 de junio de 2017, para que el demandante desempeñara el cargo de DEPENDIENTE JUDICIAL, devengando como salario la suma de \$1.374.800, mensuales; que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo realidad desde el 12 de junio de 2017 hasta el 22 de junio de 2017, para que el demandante desempeñara el cargo de COORDINADOR DE CENTRO DE CONCILIACIÓN, devengando como salario la suma de \$1.600.000 mensuales; se declare que la demandada no pagó a la fecha de terminación del contrato la indemnización y la liquidación de prestaciones sociales con el salario

manifestación en contrario y reitero la manifestación y el documento tenido en cuenta fue desconocido y no se valoró ese desconocimiento y de hecho se desconocieron tres pruebas más bajo la presunción de que se habían sido radicados frente a la cual no existe prueba, adicional a ello se le entrego también una certificación laboral estableciendo los extremos y el cargo de dependiente que tampoco fue discutido es decir que la universidad nunca supo que había una discusión frente al tema y actuó bajo el convencimiento invencible de que no tenía una categorización sin embargo tampoco se presenta la notificación de esta demanda procede a pagar el excedente que el valor del mismo demandante pide en la demanda, es decir eso también es muy importante resulta que el demandante hace una liquidación y dice mire ustedes me adeudan tanto y nosotros la revisamos y decimos estamos de acuerdo, pues si usted dice digamos frente a eso y reconociendo el erro estamos de acuerdo pagamos ese tema pero ahora se está haciendo una liquidación con una base salarial totalmente diferente y reitero totalmente excesiva frente a la suma realmente correspondiente, reiterando que la liquidación inicial se realizó bajo un promedio salarial de \$1 500 000 según obra en el documento de la liquidación que se puede observar en la prueba 1.11 dentro de la demanda. Finalmente debido a ellos la universidad actuó de manera invencible y tan pronto conoció la demanda procedió a pagar prueba de que nunca jamás pretendió negarse al pago, por lo tanto considero que las premisas y de hecho las pruebas sobre las cuales se basa la sentencia primero fueron indebidamente valoradas, pero al margen de ello y respetuosamente considero que las premisas pues parten precisamente de esa indebida valoración y son falsas frente al argumento, es decir estamos hablando de un argumento y de una premisa, por tal motivo su señoría me permito dejar en estos términos el recurso de apelación, solicitando además se aclare también si respecto de esas sumas que se está hablando son excedentes hay que también prever lo que ya se pagó y entender dos circunstancias la primera que se pagó oportunamente y que el excedente no puede generar una mora tan alta es decir estamos hablando de que también debería ser porcentual si lo que se pretende es aplicar una sanción moratoria tan drástica debería ser porcentual al valor que no se pagó y no total al acto porque reitero no hubo mal fe y eso lo acredita que se pagó en los términos y que de hecho se indemnizó entonces considero que como su señoría lo establece hay que proteger los derechos del trabajador pero ello no implica ser excesivo frente al empleador bajo la medida de considerar ninguna de las pruebas ni consideraciones que aportó a la demanda, de esta manera dejo establecido mi recurso le agradezco mucho señor juez

correspondiente al cargo de COORDINADOR DE CENTRO DE CONCILIACIÓN y en virtud de dichas declaraciones pretende, se profiera condena en contra de la demandada por reliquidación de sus prestaciones finales e indemnización por despido teniendo como base salarial el monto de \$1.600.000, se condene a la demandada al pago de sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST desde el 22 de junio de 2017, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones², en tanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo, a término fijo, entre las partes., por el periodo comprendido entre el 10 de enero al 22 de junio de 2017, para que el demandante desempeñara el cargo de DEPENDIENTE JUDICIAL y luego de COORDINADOR DE CENTRO DE CONCILIACIÓN, devengando como salario la suma de \$1.600.000, contrato que se terminó sin justa causa por parte del empleador, se condenó al pago de reliquidación de prestaciones reclamadas, reliquidación de indemnización por despido sin justa causa; se condenó al pago de sanción moratoria; se absolvió a la demandada de las demás condenas incoadas en su contra; se autorizó la entrega del título de depósito judicial constituido por valor de \$607.216; se declararon no probadas las excepciones propuestas por la demandada y se condenó en costas a cargo de la demandada.

El a quo determinó como problemas jurídicos: i) determinar el salario devengado por el actor; ii) verificar si era procedente acceder a la reliquidación de prestaciones sociales; iii) si era viable acceder al reconocimiento de indemnización moratoria; iv) si era procedente declarar la procedencia de las excepciones propuestas por la demandada.

Luego de hacer un relato de la normatividad aplicable al caso, de las tesis expuestas por las partes y de las pruebas aportadas consideró que: i) existió entre las partes una única relación laboral en los periodos antes referidos, bajo la modalidad de contrato a término fijo; ii) que el demandante desempeñó al inicio el cargo de DEPENDIENTE JUDICIAL hasta el 09 de junio de 2017; iii) que el demandante desempeñó el cargo de COORDINADOR DEL CENTRO DE

² CD Folio 134, minuto 30:38.

CONCILIACIÓN de la UMB³ desde el 10 de junio de 2017 al 22 de junio de 2017; iv) que el contrato se dio por terminado de forma unilateral por parte del empleador reconociendo la respectiva indemnización.

Luego de valorar el otro si aportado en el proceso y el desprendible de nómina de la primera quincena de junio de 2017, consideró que la verdadera intención del empleador era otorgarle al demandante el cargo de COORDINADOR a partir del 10 de junio de 2017, reconociéndole como salario la suma de \$1.600.000 mensuales, valor que definió tener en cuenta como último salario devengado por el actor.

Luego de cotejar la liquidación de prestaciones aportada por ambas partes con la realizada por el juzgado, teniendo como base salarial la suma de \$1.600.000, definió que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de diferencias de prestaciones como pasa a relacionarse: por salarios la suma de \$376.197; por cesantías \$730.001; por intereses a las cesantías \$39.663; por prima de servicios la suma de \$703.001, por vacaciones la suma de \$346.179 y por indemnización por despido sin justa causa la suma de \$2.348.555.

En lo que atañe al reconocimiento de sanción moratoria determinó que el contrato de trabajo terminó el 22 de junio de 2017, por cuanto para esa data era obligación del empleador pagar las prestaciones causadas a favor de su extrabajador; afirmó que si bien es cierto la demandada alega que el trabajador fue renuente a recibir el pago de su liquidación final, ello no justifica que el empleador a fin de evitarse la sanción establecida en el art. 65 del CST, no realice el trámite de pago dispuesto en el art. 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó aquel precepto, y que consiste en la consignación de los emolumentos causados por liquidación final en la cuenta dispuesta para tal fin en el BANCO AGRARIO entidad que expide un título de depósito judicial que debe ser puesto a disposición de los jueces laborales a través de la oficina de reparto judicial, para que se expida la autorización de pago previo conocimiento del beneficiario del título; trámite que a juicio del a quo la Universidad Manuela Beltrán no realizó de forma oportuna, sin existir razones atendibles que justifiquen la mora y que acrediten la buena fe de la encartada, fundamento sobre el que erigió la condena por sanción moratoria

³ Universidad Manuela Beltrán.

en cuantía de \$50.984 pesos diarios causados desde el 23 de junio de 2017 al 14 de noviembre de 2018 condena que asciende a la suma de \$25.281.665.

Respecto a la solicitud de indexación no se profirió condena, el a quo negó este pedimento por considerar que la condena por sanción moratoria lleva consigo la recuperación de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y consideró que ordenar una indexación implicaría imponer una doble sanción por una misma causa.

Frente a la excepción de pago total de la obligación, autorizó que se entregara a la demandante el depósito judicial constituido por valor de \$607.216, para que sea tenido en cuenta como parte del pago de la liquidación ordenada en la sentencia.

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

Así las cosas, lo primero que debe advertir esta colegiatura es que no fue motivo de discusión en el proceso que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia desde el 10 de enero de 2017 al 22 de junio de 2017, hecho que incluso se precisó en detalle por el Juez de primera instancia quien encontró probado que entre las partes en litigio existió un único contrato de trabajo que se mantuvo en los extremos temporales ya referidos, bajo la modalidad de contrato a término fijo, punto que no fue objeto de inconformidad de las partes.

Ahora al revisar los fundamentos de la alzada propuesta por el apoderado de la demandada, esta sala definirá como problemas jurídicos a resolver: i) si el otro si de fecha 12 de junio de 2017 surtió efectos en cuanto a lo que tiene que ver con el ascenso del demandante al cargo de COORDINADOR y el reconocimiento de la suma de \$1.600.000 por concepto de salario a partir del 10 de junio de 2017. En caso afirmativo, se entrará a determinar si: ii) se encuentra ajustada a derecho la liquidación de prestaciones y derechos laborales objeto de condena en primera

instancia. iii) si procede la condena por sanción moratoria y si su cálculo debe ser proporcional a lo adeudado por prestaciones insolutas.

Para resolver el primer punto de queja propuesto por el apoderado de la demandada se tiene que el señor DANIEL GERARDO PARDO ROMERO en el relato de los hechos fundamento de su demanda afirma que el 10 de enero de 2017 inició a laborar con la Universidad Manuela Beltrán para desempeñar el cargo de DEPENDIENTE JUDICIAL devengando como salario la suma de \$1.374.800 pagaderos de forma mensual, hecho que se ratifica con lo aceptado por la demandada en el hecho No. 1 de la contestación a la demanda⁴, con el contrato de trabajo a término fijo aportado por la demandada a folios 82-83 y con las planillas de pago de aportes a seguridad social integral, también aportadas por la demandada a folios 101-103.

Argumentó la parte actora que en el mes de junio de 2017 fue citado a la oficina de Gestión Humana de la Universidad Manuela Beltrán con el fin de que firmara otro si al contrato de trabajo donde las partes acordaban el ascenso al cargo de COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN devengando como salario al suma de \$1.600.000 y el correspondiente cambio de funciones.

Frente a este hecho la parte demandada acepta que el demandado fue llamado para suscribir el referido otro sí, pero aclaró que dicho documento no fue firmado por el señor DANIEL PARDO alegando no encontrarse de acuerdo con las condiciones establecidas por el empleador para el ascenso a dicho cargo.

Después de escuchar las pruebas practicadas por el Juez de primera instancia en audiencia del 23 de octubre de 2019⁵, se tiene que en el interrogatorio de parte realizado al señor demandante, él afirma que el 10 de junio de 2017 fue llamado a la oficina de Gestión Humana para firmar otro si al contrato de trabajo inicial donde se acordaba su ascenso al cargo de COORDINADOR DE CENTRO DE CONCILIACION y un salario de \$1.600.000, afirmaciones que guardan correspondencia con la lectura del documento aportado por la demandada a folio 84, donde se consignó:

⁴ Folio 69.

⁵ Cd. Folio 127.

“Las partes de común acuerdo establecen que a partir de la suscripción del presente OTRO SI el trabajador desempeñará el cargo de COORDINADOR CENTRO DE CONCILIACIÓN (fl.84).”

“En este mismo sentido las partes acuerdan que, a partir del doce (12) de junio de 2017, se efectúa un cambio en la asignación salarial, quedando el trabajador con una asignación salarial mensual de UN MILLON SEISCIENTOS MIL PESOS M CTE (\$1.600.000). (fl.84 vto)”

Y si bien es cierto el recurrente afirma que dicho documento no fue firmado por el demandante, razón por la que no puede endilgársele validez lo cierto es que con el devenir procesal se lograron recaudar indicios que permiten concluir que lo pactado en esa oportunidad si produjo efectos entre las partes como se pasa a explicar con detalle.

El demandante en el relato claro y detallado de las condiciones en que se desarrolló la relación laboral con la universidad, manifestó que quien le informó de su designación como COORDINADOR fue el señor EDUARDO JULIAN RAMIREZ quien para la época se desempeñaba como director del Consultorio Jurídico de la Universidad Manuela Beltrán; afirmó que el señor Director le había anticipado la posibilidad de su nombramiento como COORDINADOR y que por ello le indicó que debía realizar un curso como conciliador en derecho ante la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., afirmación que fue ratificada con el testimonio de la señora OMAIRA LILIANA RODRIGUEZ⁶, quien indicó en su declaración que el director del consultorio jurídico y el señor demandante, se inscribieron, cursaron y se certificaron como conciliadores en derecho ante dicha entidad.

Dijo que antes de su nombramiento, apoyó todos los trámites de creación del centro de conciliación por indicaciones del señor EDUARDO JULIAN RAMIREZ⁷, tanto así que ayudó a redactar los estatutos de funcionamiento del centro de conciliación y precisó que una vez le informaron de su designación como coordinador el director lo presentó como tal ante todas las áreas de la universidad.

⁶ Testigo solicitada por la demandante, quien para la época de los hechos se desempeñaba como secretaria de consultorio jurídico.

⁷ Director del consultorio jurídico de la Universidad Manuela Beltrán para la época de los hechos.

Lo dicho coincide con las manifestaciones de la señora JENNY ROCIO RODRIGUEZ SANCHEZ representante legal de la encartada⁸, quien en su interrogatorio aceptó que el 10 de junio de 2017 se le envió un correo a todas las áreas de la universidad informando del nombramiento del señor DANIEL GERARDO PARDO ROMERO como COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN a partir del 12 de junio de 2017, hecho que incluso se ratifica con las documentales aportadas a folio 4 carnet entregado al señor DANIEL PARDO donde se identifica como COORDINADOR DE CENTRO DE CONCILIACIÓN; con el comprobante de nómina con el que se le pagó la prima del primer semestre del año 2017 (fls.29-30, 96), en el que se registró que el cargo del demandante es el de COORDINADOR y como salario básico la suma de \$1.600.000 y con la copia impresa del correo electrónico remitido al demandante el 10 de junio de 2017 donde se cita al demandante para la suscripción del otro si (fl.93).

Entonces de los insumos probatorios relacionados, para esta sala de decisión queda claro que la designación del demandante como COORDINADOR DEL CONSULTORIO JURIDICO de la Universidad Manuela Beltrán si se materializó tanto así que su nombramiento fue comunicado a todas las áreas de la universidad, específicamente a las que tenían funciones de gestión de talento humano, pues se le expidió un carnet al actor que lo identificaba con su nuevo cargo y aunado a ello la primera quincena fue cancelada teniendo en cuenta el nuevo cargo y el nuevo salario.

En este punto no es admisible lo indicado por la representante legal en el interrogatorio donde aseguró que por error se promulgó la comunicación del nombramiento del demandante sin la previa aceptación del designado, afirmación que para esta instancia no tiene credibilidad, pues de la simple lectura del correo aportado a folio 93 por la pasiva, se observa que al demandante se le comunica la fecha en que debe asistir a firmar el otro si de nombramiento en su nuevo cargo, de lo que se infiere que el señor DANIEL PARDO ya tenía conocimiento de su ascenso, afirmación que cobra firmeza con lo declarado por el demandante y la testigo OMAIRA LILIANA RODRIGUEZ, quienes al unísono indicaron que: i) el demandante ya venía preparándose para asumir el cargo de COORDINADOR; ii) que había realizado el curso de conciliador en derecho ante la cámara de

⁸ Folio 114.

comercio ello con el fin de dar cumplimiento a uno de los requisitos para su nombramiento; iii) que él y el personal administrativo de la universidad tuvieron conocimiento de la designación en el nuevo cargo para inicios de junio de 2017; iv) que desde dicha data e incluso con anterioridad el demandante venía apoyando los procesos administrativos y legales para la creación del centro de conciliación; v) que el demandante fue quien creo los estatutos de la nueva dependencia. vi) que a partir del ascenso del demandante como COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN se estaba iniciando un proceso de contratación de un nuevo dependiente judicial.

Aunado a lo anterior en el otro si obrante a folio 84 se describen de forma detallada las funciones que tenía a su cargo del COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN entre las que para este caso puntual se destacan: 4) Definir en compañía del Director los protocolos para la atención de las solicitudes de los servicios que se prestan, y velar porque los mismos se cumplen a cabalidad; 7) Llevar bajo su responsabilidad el manejo de toda la documentación general del Centro de Conciliación el cual comprende todos los utilizados para la prestación del servicio. 11) Tramitar la elaboración de los documentos señalados por la Dirección del Centro en forma ágil y eficiente. 15) Colaborar en la atención de todas las solicitudes y requerimientos que el Ministerio de Justicia y del Derecho y demás entidades que ejercen control, inspección y vigilancia a los centros de conciliación y conciliadores, cuando así lo requieran (sic) 18) Ejercer todas las labores encomendadas tendientes a obtener el logro de los objetivos del Centro.

Ahora al revisar las copias impresas de los correos electrónicos aportadas por el demandante a folios 17-24, documentales que fueron aportadas en cumplimiento de los parámetros establecidos en el art. 244 y 245 del CGP y que no fueron tachadas por la demandada, se acredita el cumplimiento de las funciones anteriormente relacionadas, nótese que en el primer correo calendado 15 de junio de 2017 (fl. 17) el señor DANIEL GERARDO PARDO hace un requerimiento al área de tecnología de la Universidad Manuela Beltrán, que tenía por objeto “*la creación de una carpeta o disco restringido*” para uso exclusivo de los funcionarios del centro de conciliación, ello para dar cumplimiento a las

exigencias del Ministerio de Justicia y del Derecho; labor que tiene relación con la función designada en el numeral 15 del otro si⁹.

Igualmente, en los correos aportados a folios 18-24 se observa un cruce de correos entre el señor demandante en calidad de COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN y la JEFE DE COMUNICACIONES- ZAIRA VERA BAQUERO, a través de los cuales gestionan y coordinan documentos, la activación de la página web el contenido que se publicaría, los trámites que se ofertarían en dicho centro previo a su apertura al público, labores que sin duda alguna guardan concordancia con lo dispuesto en los numerales 4, 7, 11 y 18 del otro si y que con antelación fueron descritas.

Así las cosas, esta instancia judicial llega a la misma conclusión del a quo y tiene por probado que efectivamente el otro si de fecha 12 de junio de 2017 materializó sus efectos, pues el señor DANIEL GERARDO PARDO ROMERO desde dicha data empezó a desempeñar oficialmente el cargo de COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACION de la universidad convocada a juicio, razón por la que desde esa data la pasiva debió reconocerle como salario la suma de \$1.600.000, monto que en esta sentencia se tendrá como último salario devengado por el trabajador y que debe ser tenido en cuenta en la liquidación de sus prestaciones sociales como acertadamente lo consideró el Juez de primer grado.

En segundo término esta instancia entrará a verificar los valores por los cuales se profirió condena por concepto de diferencia de acreencias laborales e indemnización por despido sin justa causa.

El Juez de primer grado profirió condena por los siguientes montos y conceptos:

- Por diferencia de salarios \$367.197.
- Por diferencia de cesantías \$730.001.
- Por diferencia de intereses a las cesantías \$39.663.
- Por diferencia de primas de servicios \$703.001
- Por diferencia de vacaciones \$346.179.P

⁹ “15) Colaborar en la atención de todas las solicitudes y requerimientos que el Ministerio de Justicia y del Derecho y demás entidades que ejercen control, inspección y vigilancia a los centros de conciliación y conciliadores, cuando así lo requieran (sic)”.

- Por diferencia de indemnización por despido sin justa causa \$2.348.555.

El demandante en su interrogatorio aceptó que recibió el pago de la liquidación final de sus prestaciones sociales, la cual fue calculada por la universidad demandada teniendo como base salarial la suma de \$1.374.800 como se observa a folio 31 y 97 reconociéndole un pago neto de \$9.224.670 por el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2017 al 22 de noviembre de 2017, discriminado así:

- Cesantías \$ 660.123.
- Intereses a las cesantías \$35.867.
- Vacaciones \$311.239.
- Prima de servicios \$670.550 (fl.96)
- Salario de 7 días \$320.787.
- Subsidio de transporte \$60.969
- Indemnización por despido sin justa causa \$7.928.013.

Revisado lo anterior y teniendo en cuenta que en la liquidación final de prestaciones para el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2017 al 11 de junio de 2017 debía tenerse como salario la suma de \$1.374.800 y para el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2017 al 22 de junio de 2017 la suma de \$1.600.000, realizando las correspondientes operaciones aritméticas se encontraron las diferencias que se relacionan a continuación:

LIQUIDACIÓN PROCESO 2018-00490									
INICIO	FINAL	DIAS	SALARIO + AUX DE TRANS	CESANTÍAS	INTERESES A LA CESANTIAS	PRIMA	VACACIONES	SALARIO	INDEMNIZACION DESPIDO
10/01/2017	11/06/2017	152	\$ 1.457.940	\$ 615.575	\$ 31.189	\$ 615.575	\$ 307.787	\$ 0,00	
12/06/2017	22/06/2017	10	\$ 1.683.140	\$ 46.754	\$ 156	\$ 46.754	\$ 23.377	\$ 373.331,00	
TOTAL				\$ 662.329	\$ 31.345	\$ 662.329	\$ 331.164	\$ 373.331,00	\$ 9.386.667,00
PAGADO AL DEMANDANTE FOLIOS 31 Y 97				\$ 660.123	\$ 35.867	\$ 670.550	\$ 311.239	\$ 320.787,00	\$ 7.928.013,00
DIFERENCIAS				\$ 2.206	\$ -	\$ -	\$ 19.925	\$ 52.544,00	\$ 1.458.654,00
TOTAL PAGADO AL DEMANDANTE							\$ 9.926.579,00		
VALOR ADEUDADO							\$ 1.533.328,83		

Por lo que resulta, como saldo insoluto de prestaciones y derechos laborales a favor del demandante la suma total de \$1.533.328,83 y no la suma de \$4.543.596 por la que condenó el Juez de primer grado, asistiéndole razón al recurrente respecto a que no se realizó el cálculo de la liquidación en debida forma.

Por lo anterior, deberá modificarse el numeral segundo literales a, b, e y f, con los valores descritos en la tabla antes reseñada y se deberán revocar las condenas por intereses a las cesantías por cuanto con el pago recibido por el demandante por dicho concepto se sufragó en su totalidad lo adeudado por ese ítem¹⁰; y por prima de servicios prevista en el literal “d)” toda vez que las partes soportaron el pago de dicha acreencia a folios 29, 30 y 96.

Finalmente, en lo atinente a los reparos formulados respecto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.** a la cual fue condenada la pasiva, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe¹¹. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹².

De tal manera, en el presente asunto y como se dijo en líneas anteriores, la universidad demandada debió pagar las acreencias laborales del actor teniendo

¹⁰ Ver tabla folio 13.

¹¹ Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

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

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

como base salarial la suma de \$1.600.000, para el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2017 al 22 de junio de 2017, por ende como se efectuó la liquidación desconociendo tal situación, justificándose en que presuntamente el demandante no había aceptado el ascenso al cargo de COORDINADOR DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN, afirmación que del análisis del material probatorio quedo plenamente desvirtuada, estimándose la posición de la llamada a juicio como contraria a los postulados de la buena fe, al resistirse a pagar las acreencias debidas al actor con el verdadero salario por éste devengado, razón por la cual resulta ajustada a derecho la decisión del Juzgador de primer grado.

En cuanto al punto propuesto por el recurrente de que se liquide la sanción moratoria en proporción a la condena proferida, advierte esta colegiatura que el art. 65 del CST es claro al disponer la base que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la sanción moratoria:

“ARTICULO 65: INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO: Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (Subrayas fuera del texto)”

Por cuanto para el cálculo de este tipo de sanciones no se toma en consideración el valor que se adeude por prestaciones sociales, sino solamente el último salario diario devengado que para el caso equivale a la suma de \$53.333 pesos diarios, como efectivamente lo determinó el a quo.

Corolario a lo dicho se confirmará la condena por la sanción moratoria impuesta en primera instancia.

De esta manera, queda agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme a las motivaciones precedentemente expuestas, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo literales a), b), e) y f); se revocará la condena impuesta en los literales c) y d) y en lo demás se **CONFIRMARÁ** 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,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo, literales a), b), e) y f) de la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y en su lugar se dispone:

“SEGUNDO: CONDÉNESE a la demandada UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN a pagar a favor del demandante señor DANIEL GERARDO PARDO ROMERO identificado con la cedula de ciudadanía No 1 018 448 289 las siguientes sumas y conceptos por reliquidación:

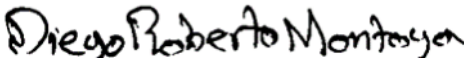
- a) \$52.544 pesos por diferencias salarial*
- b) \$2.206 pesos por diferencia en las cesantías*
- e) \$19.925 pesos por diferencia en las compensaciones en dinero de las vacaciones*
- f) \$1.458.654 pesos por la diferencia en la indemnización por despido sin justa causa.”*

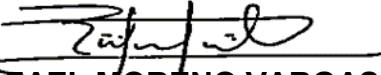
SEGUNDO: REVOCAR los literales c) y d) del numeral segundo de la sentencia, conforme lo expuesto en la parte motiva, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de la condena impuesta por prima de servicios e intereses a las cesantías.

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HUGO RAFAEL GRANADOS MORENO CONTRA LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO (RAD. 30 2018 00728 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por ambas partes y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la demandada, de la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril del 2021 (Cd. fl. 125, Record 2:32:48, acta a folios 123 y 124), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLÁRESE** que entre la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM hoy patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM cuyo vocero y administrador es la Fiduciaria de la Previsora Sociedad Anónima FIDUPREVISORA S.A. como empleadora y el señor HUGO RAFAEL GRANADOS MORENO identificado con la Cedula de Ciudadanía Numero: 19 488 573 de Bogotá como trabajador existió un contrato de trabajo sin solución de continuidad el cual se extendió desde el 28 de mayo del 2012 al 31 de enero del 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DECLÁRESE** probada parcialmente la excepción de prescripción de la prima de servicios, prima de junio, prima de navidad legal y convencional, prima de vacaciones causadas con anterioridad al 31 de enero del 2013 y no probadas las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

TERCERO: CONDÉNESE a la Fiduciaria de la Previsora Sociedad Anónima como vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes de Caprecom a pagar al señor HUGO RAFAEL GRANADOS MORENO las siguientes cantidades de dineros y conceptos:

- a) \$7.387.941 por cesantías
- b) \$886.552 por intereses a las cesantías
- c) \$2.647.126 por prima de navidad convencional
- d) \$2.647.126 por prima de junio convencional
- e) \$4.226.198 por compensación en dinero de las vacaciones
- f) \$2.647.126 por prima de vacaciones convencional
- g) \$3.585.098 por prima de retiro
- h) \$927.700 por devolución aportes a pensión
- i) \$29.700 por devolución a riesgos laborales
- j) \$724.600 por devolución aportes a salud
- k) \$6.990.941 por indemnización por despido sin justa causa
- l) \$13.444.117 por indemnización artículo primero del decreto 797 de 1949
- m) A la indexación de los conceptos consignados en los literales e, h, i, j de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ABSUÉLVASE a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDÉNESE en COSTAS a la demandada, Líquidense por secretara incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$2 200 000.

SEXTO: COMPÚLSESE copias de la demanda, de la contestación de la demanda, del CD que contenga todo lo actuado de este proceso, del acta que contenga la parte resolutive, a la Contraloría general de la Republica y al Procuraduría General de la Nación para su competencia en asuntos de Juicio Fiscal y proceso disciplinario para que se investigue la actuación de los Doctores: Carmen Helena Guerrero Ordoñez, Luz Ángela Ramírez Salgado, Camilo Rincón Cuervo, José Rafael Domínguez Ayala en sus condiciones de la Caja de Previsión Social de Comunicación Regional Bogotá y Cundinamarca.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, respecto de los siguientes aspectos (Cd fl. 125, record: 2:37:40)¹:

¹ “La parte demandante se encuentra conforme parcialmente con la sentencia que su despacho acaba de proferir, sin embargo, conforme al artículo 66A del CPT Y SS se fija el marco del recurso de apelación en los siguientes puntos:

El Primer punto objeto de la apelación tiene que ver con la absolución al auxilio de transporte convencional, la sustentación para la resolución, refiere que la parte demandante no probo tener el derecho para su causación, allí rogamos al juez Ad Quem que se haga una interpretación bajo el principio de favorabilidad y se siga la hermenéutica fijada por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia que al momento de acreditar ante el superior relacionaremos en número y que determina que la interpretación que se debe hacer de la norma convencional donde dice que todos los trabajadores de Caprecom tendrán derecho a auxilio de transporte en la forma que lo establezca o en la suma que lo establezca el gobierno nacional, debe interpretarse, No bajo las condiciones que el trabajador debe devengar únicamente hasta dos salarios mínimos, sino que se debe determinar es que el valor que establezca para correspondiente año es el que tiene derecho todos los trabajadores de Caprecom, y esto tiene sentido además porque el CST y las normas propias de los trabajadores oficiales determinan los derechos mínimos que tienen derecho los trabajadores y las organizaciones sindicales y las empresas tienen la posibilidad con la restricción del acto legislativo del 2005 de determinar mejores condiciones

- Auxilio de transporte convencional: Señala se debe condenar a su pago pues la interpretación que se le debe hacer a la norma convencional es que todos los trabajadores tendrán derecho a tal auxilio en la forma o suma que lo establezca el gobierno nacional y no bajo las condiciones de que el trabajador devengue únicamente hasta dos salarios mínimos.
- Indemnización moratoria: Frente a la estimación de los noventa días que tiene la entidad para calcular el momento a partir del cual inicia su reconocimiento y liquidación por supuesto, advirtiendo el despacho la reconoció a partir del 14 de junio del año 2017 (sic), cuando el extremo final determinado en la sentencia fue el 31 de enero del año 2016, por tal razón el pago luego de los 90 días iniciaría el 01 de mayo del año 2017 (sic) y no el 14 de junio del año 2017 (sic), lo que significan 45 días de diferencia.
- Revisión de las sumas reconocidas en la primera instancia: En la medida de que se debe tener en cuenta el salario que establece el contrato de prestación de servicios al momento de la terminación del contrato.

Por su parte la apoderada de CAPRECOM no se encuentra de acuerdo con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, solicitando se revise el material probatorio adosado a los autos, junto con la manifestación de los testigos, expresando no hay una sola prueba ni memorando donde se le exija al

laborales de que la propia ley determina, de tal manera que no tendría ningún asidero legal trasgredir una norma legal en la convención colectiva que no va a reconocer un mejor derecho por eso rogamos al juez Ad Quem a que se acceda al reconocimiento del subsidio de transporte porque efectivamente al trabajador si le asiste este derecho.

El segundo punto de nuestra apelación tiene que ver con la indemnización moratoria frente a la estimación de los noventa días que tiene la entidad para calcular el momento a partir del cual inicia su reconocimiento y liquidación por supuesto. Este Humilde abogado ha entendido que el despacho la reconoció a partir del 14 de junio del año 2017, ahora bien teniendo en cuenta el extremo final determinado en el numeral primero de la sentencia en la parte declarativa, se dijo que el contrato termino el 31 de enero del año 2016, por tal razón los 90 días contarían todo febrero, todo marzo y todo abril y se iniciaría su pago el 01 de mayo del año 2017 y no el 14 de junio del año 2017, lo que significa 45 días de diferencia y esta interpretación también tiene el soporte jurisprudencial de la Corte Suprema de justicia donde ha señalado que los días no deben entenderse como días hábiles, sino como días corrientes y que en esa medida no hay razón para que se descarte los fines de semana sábado-domingo, los días festivos para la contabilización de los días sino que se deben contar como días totalmente validos de lunes a domingo y de todo el mes.

El tercer punto de nuestra apelación tiene que ver con que se haga una revisión de las sumas reconocidas en la primera instancia en la medida de que se tenga en cuenta el salario que establece el contrato de prestación de servicios al momento de la terminación del contrato y que sustentaremos en el recurso ante el superior, de esta forma señor juez delimitamos nuestro recurso de apelación, muchas gracias.”

demandante que cumpliera un horario o recibiera órdenes para así completar los tres elementos del contrato de trabajo, solicitando se revoque su declaratoria y por ende el pago de las prestaciones salariales tanto legales como extralegales, precisando tales prestaciones no son obligaciones en los contratos de prestación de servicios pactados por periodos de tiempo y no se puede pretender que surjan condenas en contra de la entidad que representa, en tanto los contratos de prestación de servicios nunca estuvieron viciados de ninguna nulidad, ni objetados por el contratista ni por la entidad contratante. Así mismo indicó el señor Hugo Rafael Granados no perteneció a la Convención Colectiva porque era contratista y no tenía derecho, a tales beneficios (Cd fl. 125, record: 2:37:40²).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 75 a 77, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 77 a 80, aspirando se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 28 de

² “Gracias señor juez, igualmente hago uso del recurso de apelación que la ley me concede para que los honorables magistrados revisen el material probatorio con el cual usted tomó de soporte para dictar el fallo condenatorio contra la entidad que represento. Señores Magistrados como lo manifesté en los alegatos esto es un tema de justamente análisis probatorio y como lo manifestó el señor juez en su parte considerativa del fallo cuando analizó los tres elementos del contrato de trabajo, prestación personal del servicio, remuneración y finalmente el elemento importante que es la subordinación; La subordinación solicito señores magistrados que nuevamente se revise el material probatorio sobre todo las pruebas documentales arrimada al expediente para ver si de acuerdo con lo que manifestaron los testigos que el señor Hugo Rafael Granados cumplía horario, no hay dentro del proceso un solo memorando donde se le exija, se le exigió al señor Hugo Rafael Granados que realmente cumplía horario o que realmente recibía órdenes donde los testigos presenciaron de primera mano ellos que el señor Hugo Rafael Granados recibía órdenes, para luego completar los tres elementos y así declarar el contrato de trabajo, por esa razón solicito señores magistrados a que se revoque la declaratoria de existencia de contrato realidad de trabajo desde la fecha aquí expuestas desde el 28 de mayo del 2012 al 31 de enero del 2016, por esa razón señores magistrados igualmente solicita la parte demandada a que se revoque el pago de las prestaciones salariales reclamadas como legales y extralegales aquí exigidas y que ha sido condenada al pago a la entidad que represento, estas prestaciones no son obligaciones en los contratos de prestación de servicios pactados por periodos de tiempo y no se puede pretender en este estrado judicial a que surjan condenas en contra de la entidad que represento, ya que los contratos de prestación de servicios nunca estuvieron viciados de ninguna nulidad, nunca estuvieron digamos objetados incluso por el contratista y mucho menos por la entidad contratante.

El señor Hugo Rafael Granados como lo manifestó en su interrogatorio no perteneció a la Convención colectiva con las directivas porque como él lo manifestó era contratista y no tenía derecho, él sabía y tenía conocimiento y su actuar era como contratista, por esa razón señores magistrados solicito que se revise nuevamente el material probatorio y que se revoque las condenas en contra de la entidad que represento, muchas gracias señor juez y solicito que me conceda el recurso de apelación, gracias.”

mayo del 2012 al 31 de enero del 2016, prestando sus servicios como trabajador oficial, siendo beneficiario por extensión a terceros de la convención colectiva de trabajo 1997-1998 celebrada entre CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM, en consecuencia solicita se condena al pago de derechos legales y convencionales tales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones legales, prima convencional de junio, prima convencional de navidad, prima de vacaciones, auxilio convencional de transporte convencional, prima convencional de retiro, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización moratoria, reintegro de los dineros cancelados a seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, indexación de aquellos conceptos y sumas que sean susceptibles de actualización, tales como los reembolsos a seguridad social y compensación de vacaciones, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se accedió a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo desarrollado por la demandante en calidad de trabajador oficial del 28 de mayo 2012 al 31 de enero de 2016, imponiendo condena por cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad convencional, prima de junio convencional, compensación en dinero de vacaciones, prima de vacaciones convencional, prima de retiro, devolución de aportes a pensión, salud y riesgos laborales, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria e devolución del dinero cancelado por la actora por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y ARL y la indexación de la compensación en dinero de las vacaciones y aportes a seguridad social, considerando que la convención no podía ser aplicable por no ser el sindicato de Caprecom de carácter mayoritario, absolviendo de las demás pretensiones.

De tal manera, lo primero que se advierte es que el presente proceso se conoce además de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de CAPRECOM como quiera que en el caso de autos la Nación resulta garante de las obligaciones a cargo de la demandada, de conformidad con lo establecido en el Artículo 40 del Decreto 2519 del 2015³.

³ **Artículo 40. Financiación de las acreencias laborales y de la liquidación.** El pago de las indemnizaciones, acreencias laborales y gastos propios del proceso Liquidatorio, se hará con cargo a los recursos de CAPRECOM EICE, en liquidación. En caso que los recursos de la Entidad en Liquidación no

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

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En este orden de ideas, conviene, en primer lugar, señalar que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM” fue creada mediante la Ley 82 de 1912 como un Establecimiento Público, entidad transformada posteriormente en Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Comunicaciones y posteriormente al Ministerio de Protección Social por disposición del Decreto 205 del 2003, después Ministerio de Salud y Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo, razón por la cual sus funcionarios eran trabajadores oficiales por regla general, como lo establece el artículo 5º inciso tercero del Decreto 3135 de 1968⁴, salvo las excepciones allí señaladas.

Respecto del cabal entendimiento de esta norma, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en sentencia 26446 del 3 de marzo de 2006, expresando:

sean suficientes, la Nación atenderá estas obligaciones con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación.

⁴ Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. (...)

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado exequible mediante Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional; Ver: Artículos 1 y ss. Decreto Nacional 1848 de 1969, Artículo 2 Decreto Nacional 1950 de 1973, Radicación del Consejo de Estado 1072 de 1998, Concepto de la Secretaría General 1340 de 2000, Concepto de la Secretaría General 1540 de 1994.

“(…) conforme a los criterios orgánico y funcional, utilizados para clasificar a los servidores del Estado, tanto en el orden central como en el orden territorial, relacionados el primero con la naturaleza jurídica de la entidad a la que se prestó el servicio, y el funcional relativo a la actividad para la cual laboró el servidor, la regla general es que son empleados públicos las personas que laboran en el gobierno central y los entes territoriales centrales, en tanto que solamente son trabajadores oficiales los que laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas o, bien, en las empresas industriales y comerciales en los diferentes niveles. (subrayas del Despacho).

Ciertamente, conforme a los criterios referidos, en la legislación nacional se clasifican a los servidores del orden nacional y territorial, en términos equivalentes; así, el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, que rige para el nivel central, determina que las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; pero, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Así mismo, indica la norma en mención que quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; (…)”.

Así las cosas, advierte la Sala el señor HUGO RAFAEL GRANADOS MORENO suscribió diferentes vinculaciones jurídicas con CAPRECOM por medio de ORDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS tal como se verifica en los contratos de folios 32 a 36, 39 a 42, 44 a 46, 48, 49, 50 a 57 y 67 a 72.

De este modo, debe recordarse en primer lugar que el artículo 2° del Decreto 165 de 1997 que modificó el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, enseña que son CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán realizarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, no generan en ningún caso, relación laboral ni prestaciones sociales y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Sin embargo, los textos relacionados “con que las actividades no puedan realizarse con personal de planta” y el no generar en ningún caso “relación laboral y prestaciones sociales” fueron declarados exequibles condicionalmente, siempre y cuando no se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997 que:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en punto a los contratos de prestación de servicios en el sector público, indicó:

“(…) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio en forma personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o a personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono.

De lo anterior se desprende claramente que cuando el prestador de los servicios en el sector público está sometido a horario, se está en presencia de un elemento indicativo de subordinación laboral, puesto que precisamente la imposición de dicho horario por parte de quien se beneficia de la prestación del servicio implica un poder del mismo, que desconoce por su propia naturaleza la eventual autonomía del primero en tanto no le permite desarrollar la labor contratada dentro de un marco de libertad que es la característica de una prestación de servicios como la que regula la disposición en comento.

Sobre el particular, en sentencia del 11 de diciembre de 1997, con radicación 10153, dijo esta Sala de la Corte:

(…)

Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente caber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que se sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de la subordinación laboral, en cuanto implica “control especial del patrono...” (Sentencia del 17 de mayo de 2004. Rad. 22.357).

Ahora, sobre la realidad como se prestaba el servicio del demandante a favor de CAPRECOM, se recibieron en primera instancia las declaraciones de las señoras CARMEN YURANNY TORRES PEREZ⁵, GUSTAVO ADOLFO LARA

⁵ Cd fl. 125, record: 21:22

HUERTAS⁶, y CLEOFÉ YOHANNA ORTIZ DEL VALLE⁷, quienes prestaron sus servicios para la entidad demandada, conociendo de la labor por el demandante desarrollada, señalando que éste prestaba los servicios y apoyo técnico de sistemas, siendo el encargado de arreglar y verificar que la prestación de los servicios de sistemas de cómputo fuera adecuada, precisando era a quien se llamaba cuando fallaba el funcionamiento de los pc, impresoras y demás equipos, por ende este siempre se encontraba en las instalaciones de la entidad demandada presto al llamado de los funcionarios que requerían el servicio de mantenimiento o arreglo.

Afirmaron que el accionante recibía órdenes de los ingenieros de sistemas nombrando por ejemplo al señor MANUEL SIERRA, manifestaron que para el cumplimiento de tales labores el actor poseía su escritorio, su computador, claves del sistema y demás elementos de oficina suministrados por CAPRECOM; de otro lado coincidieron las deponentes en afirmar que el accionante cumplía un horario de trabajo de 8 A.M. a 5:00 P.M. de Lunes a Viernes, señalando que su labor no era autónoma ni independiente pues debía acatar las directrices dadas por los Ingenieros del área, lo cual les consta en tanto ellos como compañeras del demandante presenciaron tales circunstancias, aunado a señalar que las funciones eran realizadas por el actor directamente en la sede de Caprecom pues allí donde ejercía su función.

Así pues, las declaraciones vertidas por los testigos merecen plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos los declarantes, conocen por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajaron con el demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente el actor estaba sujeto a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por la encartada, aspectos que constituyen “*elementos indicativos de la subordinación laboral*”⁸, y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con estas declaraciones que la actividad se cumplía en las instalaciones de la demandada y con los elementos que ésta le suministraba, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto,

⁶ Cd fl. 125, record: 37:12

⁷ Cd fl. 125, record: 54:44

⁸ Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral

bajo las directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido.

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan las diferentes Ordenes de Prestación de Servicios suscritos entre el demandante y Caprecom, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

En este punto, previo a continuar con el examen, debe señalarse, en lo que tiene que ver con el tema de la solución de continuidad, conviene precisar que la relación que nos ocupa, solicitada desde el 28 de mayo del 2012 y hasta el 31 de enero del 2016, no fue de manera continua como lo consideró el Juez de primer grado pues a dicha conclusión no se puede allegar con el precario material probatorio adosado a los autos (documental y testimonial), ello por cuanto si bien obra una certificación a folio 20 expedida por CAPRECOM en donde se señala que el demandante presto servicios del 2012 al 2015, no se indican los extremos de cada vinculo y aun cuando los testigos refirieron que cuando ellos ingresaron al servicio de CAPRECOM en el año 2013 el actor ya se encontraba prestando sus servicios, tales manifestaciones no son suficientes para extraer la fecha inicial de la relación contractual aquí pretendida, y por el contrario de las ordenes de servicio que se encuentran en el expediente aportadas por la parte actora, se advierten interrupciones de 36, 3 y 4 días así:

Fecha Inicio	Fecha Final	Remuneracion	Folios	Solucion Continuidad
1/04/2013	30/11/2013	\$ 1.792.549	67 a 72	
7/01/2014	27/06/2014	\$ 1.792.549	48,49, 50 a 57	36 dias
1/07/2014	31/12/2014	\$ 1.792.549	44 a 46	3 dias
5/01/2015	30/06/2015	\$ 1.792.549	39 a 42	4 dias
1/07/2015	31/01/2016	\$ 1.792.549	32 a 36	

Nótese si bien a folios 64 y 65 hay dos certificaciones de CAPRECOM donde se señala que cumplió a satisfacción con las ordenes de servicio ON01 – 2002 del 3 de septiembre del 2013 y ON01 – 0261 del 28 de mayo del 2012, no se expresa la fecha inicial y final de tales ordenes de servicio, que den lugar a establecer una continuidad de labores.

Por esta razón no puede entonces concluirse que, en efecto, haya existido un sólo contrato de trabajo en las fechas señaladas en la demanda, sino que en la realidad hubo labores en virtud de varios vínculos contractuales. Por ello, como la parte interesada no logró, acorde al artículo 167 del C.G.P., acreditar una sola relación laboral, y como quiera que todas las pretensiones de la demanda se fundamentan en la existencia de un solo vínculo de naturaleza laboral, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que fue demostrada dentro del presente asunto.

Lo anterior siguiendo esta Sala de Decisión el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral que desde la sentencia con radicación 27371 del 19 de octubre de 2006, reiterada en la SL 14208 del 2017⁹ y la SL 1674 del 2019¹⁰,

⁹ “Y en el presente caso nos encontramos frente a la existencia de solución de continuidad de los servicios prestados por la demandante, dos relaciones laborales, se trae a colación lo adocinado por la Corte que en los casos en los cuales las pretensiones están construidas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes, (...).

En sentencia CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, reiterada en la CSJ SL5165-2017, en procesos semejantes seguidos contra el mismo ISS, se expuso lo siguiente:

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 continúa sostenida por las partes.”

¹⁰ “En un caso con similares contornos, en sentencia CSJ SL, 2 de mar. 2006, rad. 26707, la Sala puntualizó:

“(…) En cuanto a los extremos del contrato de trabajo, auscultadas las pruebas pertinentes, la demandante no logró demostrar la existencia de un único vínculo laboral en el período reclamado, pues efectivamente mediaron márgenes de tiempo entre la finalización de un contrato y el nacimiento de otro, que para la Sala son suficientes para estimar la existencia de más de una relación contractual, como sucede respecto del contrato No. 063 que venció el 31 de julio de 1996 y el siguiente No. 457 que comenzó el 28 de agosto del mismo año, donde transcurrieron 27 días, y en relación a este último que culminó el 27 de noviembre de 1996 frente al posterior No. 785 que se inició el 23 de diciembre de igual año, con un lapso de interrupción de 25 días (folio 123 del cuaderno de anexos).

determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato, se debe analizar la última de ellas, en este caso la del **7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016**.

Por las anteriores razones, se declarará entonces que las partes en realidad estuvieron unidas por dos contratos de trabajo desarrollados del 1° de abril al 30 de noviembre del 2013 y del 7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016, precisando si bien en la relación laboral del 2014 al 2016 hubo interrupciones estas son ínfimas pues corresponden a 3 y 4 días, revocándose parcialmente en este aspecto el fallo de primer grado dada la Consulta que se surte en favor de CAPRECOM, lo que conlleva a la modificación de todas las sumas objeto de condena pese a que el demandante solicita su revisión en aras de incrementar su valor y no disminuirlo, pues como ya se indicó en esta instancia no se encontró acredita una sola relación laboral desde el año 2012.

Determinada entonces la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados (7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016), abordaremos el estudio de la procedencia de las condenas deprecadas, dilucidando previamente la procedencia de la aplicación de la convención colectiva, en atención a que en primera instancia se condenó a prestaciones allí establecidas.

Al efecto, a folios 21 a 27 se halla copia de la Convención Colectiva 1996-1998, suscrita el 14 de noviembre del 1996 (fl. 27 vto) entre Sintracaprecom y Caprecom, donde se verifica el sello de constancia de depósito oportuno del 25 de noviembre de 1996 (fl. 21), señalando esta Corporación el actor SI es beneficiario de la convención colectiva suscrita por CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM, pues al darse por probada la existencia del contrato realidad, la calidad de trabajador oficial y que el sindicato firmante de la

De tal modo, que como la parte actora fundamenta y respalda sus pedimentos en una sola relación laboral, para efectos de proceder a estimar las condenas se tendrá en cuenta el ulterior vínculo que se ejecutó entre el 23 de diciembre de 1996 y el 25 de julio de 1997 (...).

Criterio reiterado en sentencia CSJ SL, 19 de oct. 2006, rad. 27371, donde sostuvo:

“(…) 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”.

convención colectiva tiene el carácter de mayoritario, según da cuenta la misma convención (fl. 23 artículo 20), esta Sala, conforme a los artículos 470 y 471 del C.S.T. y la sentencia del 20 de marzo de 2013, Rad. 42605, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referidas a la extensión de la convención colectiva a terceros cuando el sindicato tenga un número de afiliados que exceda la tercera parte de los trabajadores de la empresa, se dará paso al estudio de las acreencias laborales extralegales solicitadas.

Así mismo se advierte la ausencia de la denuncia de la convención ni evidencia alguna que permita determinar que el accionante haya renunciado expresamente a los beneficios convencionales, por lo que la misma se encuentra vigente desde el 14 de noviembre de 1996 (Art. 76 Convención Colectiva fl. 27 vto) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., aunado a que no obra prueba en el proceso, de que la Asociación Sindical haya dejado de tener la representación mayoritaria.

Bajo las premisas anteriores a continuación se estudiarán tanto las condenas impuestas a cargo de la demandada (en virtud de la Consulta) como las solicitadas por el actor en su apelación, previo examen de la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la encartada (fl. 108)¹¹, verificándose en ésta instancia, la reclamación administrativa con la cual se interrumpió la contabilización del término de prescripción, tuvo lugar el **12 de julio del 2018** (fls. 10 a 13)¹², acudiendo a la jurisdicción el demandante el **19 de diciembre del 2018** (fl. 87) y realizando la notificación a la demandada del auto admisorio de la demanda (*notificado a la demandante por anotación en el estado del 31 de enero del 2019 fl. 88*) el 21 de febrero del 2019 (fl. 90), por lo que con la reclamación elevada el 12 de julio del 2018, logró interrumpir el término de prescripción previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, operando tal fenómeno respecto de los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al **12 de julio del 2015**, excluyéndose de tal fenómeno a las cesantías, la indemnización moratoria y la eventual devolución de los aportes a seguridad social que pudo haber cancelado el actor en un 100%, por cuanto éstas se hacen exigibles a la terminación del contrato y frente a los aportes estos resultan imprescriptibles. Se modifica en este punto la sentencia

¹¹ Por auto del 12 de abril del 2019 se tuvo por contestada la demanda (fl. 113)

¹² A la cual se le dio respuesta negativa el 25 de julio del 2018 (fls. 18 y 19)

recurrida, en tanto se señaló como data de prescripción la de los derechos causados con anterioridad al 31 de enero del 2013 (3 años anteriores a la finalización del contrato).

En esta dirección, se pasará al examen de las pretensiones convencionales no reconocidas (auxilio de transporte), como también la revisión de las condenas impuestas en primer grado, previa determinación del salario devengado por el demandante del 2015 al 2014, para lo cual se tomaran los referidos en las ordenes de servicio No. OR11-133 - 2015 y No. OR11 - 444 - 2015 (fls. 32 a 36 y 39 a 42) de **\$1.792.549**.

La **prima de junio** está consagrada en el artículo 49 convencional (fl. 26), la cual señala que se pagarán 15 días de salario por concepto de dicho rubro, en este orden de ideas y atendiendo la prescripción de los derechos causados con anterioridad al **12 de julio del 2015**, no se ordenará su pago dada la consulta en favor de la demandada, pues en el contrato desarrollado del 7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016 solo se causarían la de junio del 2014 y la de junio del 2015 las cuales se encuentran prescrita. Se revoca tal condena.

En relación con la **prima de navidad** (art. 50 convencional fl. 26), advierte la Sala frente a esta acreencia recientemente la Sala de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 593 del 17 de febrero del 2021, expuso que la normatividad que contempla dicha prima, esto es, el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968, solo la torna excluyente cuando el beneficiario tenga derecho a primas anuales de cuantía igual o superior que sean similares, señalando de manera textual:

“En lo atinente a la supuesta incompatibilidad a la que se refiere el instituto convocado al proceso, dado que al demandante le fue reconocida la de servicios con venero en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, no es admisible, pues como se explicó en la sentencia CSJ SL, del 1º sep.2009, rad. 33676, para que se exima a un trabajador oficial de la prima de Navidad legal, es menester que se demuestre que tenía “derecho a primas anuales de cuantía igual o superior cualquiera sea su denominación”, consagradas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos internos de trabajo.

*Ese supuesto no está probado en el asunto bajo escrutinio, pues la cláusula 50 de la convención colectiva de trabajo lo que consagró fue la prima semestral de servicios para compensar la legal que, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corte, no está prevista a favor de los trabajadores oficiales, **sin que se haya***

demostrado, se insiste, que la demandante devengaba una prima anual extralegal que excluyera la legal de Navidad, ya que no es dable jurídicamente darles un tratamiento normativo igualitario a prestaciones de estirpe sustancialmente diferente.”

De esta manera, dentro de autos no se acreditó que el actor devengara una prima anual de cuantía igual o superior a la aquí estudiada¹³, por ende se revisará la suma por la cual se condenó a la accionada en virtud de la consulta y advirtiéndole en esta instancia solo se declaró la existencia del último vínculo probado (7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016), obteniendo por ende como suma adeudada **\$896.275**, modificándose la sentencia de primera instancia que fue por \$2.647.126, precisándose hay prescripción de derechos causados con anterioridad al 12 de julio del 2015.

Año	Tiempo Laborado	No. Días	Último Salario	Salario Diario	Proporción	Subtotal
dic-15	1 de enero al 31 de diciembre	360	\$ 1.792.549	\$ 59.752	15	\$ 896.275
2016	NO SE CAUSO EL CONTRATO FINALIZO EL 31 DE ENERO DEL 2016					
TOTAL						\$ 896.275

Ahora en cuanto al **auxilio de transporte**, tal como lo refiere la parte actora en la alzada este beneficio de acuerdo al artículo 47 convencional (fl. 26) se concede a todos los servidores de Caprecom sin condicionar el número de salarios que devenguen; por ende se procederá a su reconocimiento a partir de julio del 2015, atendiendo la data desde la cual se declaró probada parcialmente la prescripción (12/07/2015), teniendo en cuenta el valor legalmente establecido por el gobierno nacional todo ello de conformidad con el Decreto 1258 de 1959, en este sentido el auxilio de transporte debido asciende a **\$521.700**, por lo que se adiciona la sentencia de primera instancia en este punto.

Año	No. Meses	Valor Auxilio	Subtotal
Julio a Diciembre del 2015	6	\$ 74.000	\$ 444.000
Enero del 2016	1	\$ 77.700	\$ 77.700
Total			\$ 521.700

En cuanto a la **prima de retiro** consignada en el artículo 58 Convencional (folio 26 vto.), después de un nuevo estudio, estima ahora la Sala, resultan aplicables

¹³ ARTICULO 50. PRIMA DE NAVIDAD. CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores **quince (15) días** adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de navidad, los cuales no constituirán factor salarial.

los criterios jurisprudenciales establecidos para el caso de los trabajadores oficiales de CAPRECOM, vertidos entre otras en las sentencias SL-2709 de 2019 y SL-4105 de 2020, en las que el órgano de cierre puntualizó:

“Para resolver es necesario acudir a lo dispuesto por el artículo 58 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folio 806 del expediente, el cual textualmente dice:

“ARTÍCULO 58: PRIMA DE RETIRO. “CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos, el equivalente a dos (2) meses de salario”.

A su vez, el Acuerdo 20 de 1970, visible a folios 417- 418 del expediente, respecto de lo debatido establece:

“Artículo 2º La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, reconocerá a sus trabajadores una prima pagadera por una sola vez cuando se produzca la separación definitiva de la Caja a efectos de obtener la pensión de jubilación, consistente en sesenta (60) días de salario básico”.

De un análisis atento de los postulados transcritos, no se encuentra relación alguna entre ellos y, por el contrario, se observa que ambos regulan supuestos diferentes, cuyos destinatarios no son los mismos, pues mientras lo dicho en el acuerdo se dirige a los servidores públicos de la entidad, la cláusula de la Convención Colectiva beneficia solo a los trabajadores oficiales. Adicionalmente, los requisitos que establecen ambas para su aplicación son diferentes, si se tiene en cuenta que mientras el artículo 2 del Acuerdo 20 de 1970 consagra el derecho a la prima por separación definitiva, a partir de la terminación del vínculo, debido al reconocimiento de la pensión de jubilación, para acceder a la prima de retiro contenida en el artículo 58 de la Convención Colectiva de Trabajo la única exigencia consiste en el retiro del trabajador.

Al respecto en decisión CSJ SL, 10 julio 2012, radicado 38985, la Sala adoctrinó lo siguiente:

“Situación diferente se presenta respecto de la “PRIMA DE RETIRO”, prevista en el artículo 58 anteriormente transcrito, pues a juicio de la Sala, el hecho de que el contrato de trabajo hubiera terminado en forma unilateral y sin justa causa, no es razón para privar a la demandante de esa prima, pues la citada preceptiva no establece ninguna restricción para acceder a dicho beneficio, menos aún, exige que el retiro del trabajador deba ser voluntario para esos efectos, como en forma equivocada lo dedujo el Tribunal”.

Así las cosas, sin que se requieran consideraciones adicionales, es claro que el Tribunal no cometió el desatino que se le endilga, de modo que este punto no prospera».

Acorde a lo señalado esta colegiatura acoge dicha postura, concluyendo, el artículo 58 de la Convención Colectiva de Trabajo sólo exige el retiro del trabajador y por ende confirmara la condena impuesta por este concepto que conforme lo liquidó el a quo corresponde a la suma de dos SMMLV condena que asciende a \$3.585.098.

En lo que tiene que ver con la **prima de vacaciones**, se advierte la de orden legal no procede para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como lo es la extinta CAPRECOM, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, tal prerrogativa se

aplica para aquellos del ORDEN NACIONAL como lo es la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas.

No obstante lo anterior, atendiendo lo establecido en el artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo (fl. 26 vto), que dispone que “CAPRECOM reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales conforme a lo establecido en la Ley”, estima la Sala reconocer ésta prestación, por cuanto, de un nuevo estudio frente a este tema, se considera que para que la disposición convencional no constituya una norma en blanco y en aras de darle un efecto útil, se acuda en virtud de dicho texto convencional, al artículo 25 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Por ende como quiera que tal normativa establece que “será equivalente a quince días de salario **por cada año de servicio**”, le corresponde al demandante la suma de **\$896.275** solo por el año 2015, pues no se contempla la liquidación proporcional por el tiempo servido y hay prescripción de derechos del 12 de julio del 2015 hacia atrás. Se modifica la condena a la demandada, por virtud de la consulta y dado que se modificó la declaratoria de un solo contrato de trabajo.

Fecha Inicial	Fecha Final	Último Salario	Salario Diario	Días	Subtotal
7/01/2014	6/01/2015	PRESCRITO			
7/01/2015	6/01/2016	\$ 1.792.549	\$ 59.752	15	\$ 896.275
7/01/2016	31/01/2016	NO SE CUMPLIO EL AÑO			
TOTAL					\$ 896.275

Frente a la **compensación en dinero de las vacaciones**, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute, razón por la cual frente a este aspecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981-2019, Radicación no. 74084 del 20 de febrero de 2021, ha señalado que para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el termino para su contabilización es de 4 años y un mes, así:

“(ii) Con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 «causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.

(iii) A su turno, y luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas» (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

De lo anterior se puede deducir que el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

De otro lado, vale la pena aclarar que el término de prescripción de 4 años, contados a partir «de la fecha en que se haya causado el derecho» previsto en el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978 no aplica a los trabajadores de estas empresas estatales, según el criterio expuesto por esta Sala en sentencia CSJ SL 5830, 12 nov. 1993, reiterada en CSJ SL 14234, 5 sep. 2000:

Para proceder con método, observa la Sala que el citado Decreto delimita claramente el campo de su aplicación al estatuir que el mismo <fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la Administración Pública del Orden Nacional> (artículo 1º), a propósito de lo cual concreta en el artículo 2º.: < Para los efectos de este Decreto se entiende por entidades de la Administración Pública del orden Nacional la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales". De donde es fácilmente deducible que están excluidas de su normatividad las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las sociedades de economía mixta, que <están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control" (Artículo 1º. PARAGRAFO (sic) del Decreto 1050 de 1968).

"Es decir, que aunque en el título del aludido Decreto se dice que por él <se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional>, ha de entenderse, en los términos de los artículos 1º y 2º de aquel, que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional a quienes van dirigidas las normas del Decreto, o sea sus destinatarios específicos, son los de <la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales>; ninguno otro."

Postura que también se ha acogido en las sentencias SL-885 de 2020, Radicación No. 64397 del 10 de marzo de 2020 y SL989-2021, Radicación No. 78535 del 8 de marzo de 2021.

Por tal razón, al haber sido el demandante trabajador de CAPRECOM -Empresa Industrial y Comercial del Estado-, y no encontrarse afectado su derecho por el fenómeno prescriptivo¹⁴, pues el contrato tuvo vigencia del 7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016, se procederá a revisar la condena impuesta por el a quo,

14

Año vacaciones	Se causan	Reclamo ante empleador hasta	3 años y 1 mes prescripcion
7/01/2014	7 de enero del 2015	7 de enero del 2016	7 de febrero 2019
7/01/2015	7 de enero del 2016	7 de enero del 2017	7 de febrero 2020
7/01/2016	7 de enero del 2017	7 de enero del 2018	7 de febrero 2021

en los términos establecidos en el Decreto 1848 de 1969 artículo 43¹⁵, en tanto el artículo 54 convencional señala que se deben reconocer conforme a lo establecido en la Ley (fl. 26 vto).

De este modo se obtiene una suma de **\$1.852.301**, monto inferior al que se fijó en la condena de primera instancia **-\$4.226.198-**, el cual se modificará por la consulta en favor de Caprecom pese a la solicitud de revisión por parte del demandante, pues como ya se indicó se revocó la declaratoria del contrato de trabajo en las fechas señaladas en la demanda, procediéndose al estudio únicamente del último contrato aquí acreditado.

Fecha inicial	Fecha final	Ultimo Salario	Salario Diario	Dias	Subtotal
7/01/2014	6/01/2015	\$ 1.792.549	\$ 59.752	15	\$ 896.275
7/01/2015	6/01/2016	\$ 1.792.549	\$ 59.752	15	\$ 896.275
7/01/2016	31/01/2016	\$ 1.792.549	\$ 59.752	1	\$ 59.752
Total					\$ 1.852.301

Respecto de la condena por **cesantías**, la Sala procederá a liquidar esta prestación siguiendo lineamientos de la CSJ Sala de Casación Laboral (Sentencia SL1012 Radicación No 44651 del 28 de enero del 2015¹⁶), estudio que se realiza con fundamento en la Ley 6 de 1945 art. 17, Decreto 1160 de 1947 artículo 6, Decreto 3118 de 1968 art 27 y Ley 344 de 1996. Así las cosas, de las operaciones realizadas teniendo en cuenta los salarios anunciados en líneas precedentes, el valor por concepto de cesantías obtenido es de **\$3.709.581**, por lo que se modifica su condena.

¹⁵ Artículo 43°.- Derecho a vacaciones:

1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.
2. El personal científico que trabaje al servicio de campañas antituberculosas, así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos X y sus ayudantes, tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis meses de servicios.
3. Los trabajadores oficiales ocupados en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, tienen derecho a vacaciones proporcionales por las fracciones de año, cuando no alcancen a completar un año de servicios

¹⁶ “Auxilio de Cesantía: Esta prestación se liquida conforme a los art. 27 del D. 3118/1968, 6° del D. 1160/1947, 13 de la L. 344/1996 y el 17, lit. a) de la L. 6ª/1945 que la estableció. En atención a los extremos señalados en precedencia, el último salario devengado y la posición de la Sala en punto a que la prescripción de las cesantías sólo comienza contarse a partir de la fecha en que se da por terminado el vínculo laboral, se tiene que el valor por el cual será condenado el demandado asciende a la suma de \$1.998.745.”

Año	Días	Salario	Cesantía
2014	354	\$ 1.792.549	\$ 1.762.673
2015	360	\$ 1.792.549	\$ 1.792.549
2016	31	\$ 1.792.549	\$ 154.358
TOTAL			\$ 3.709.581

De otra parte, frente a la pretensión de **intereses a las cesantías** a la cual se condenó de manera legal, baste con señalar la ley no las prevé como prestaciones a favor de los trabajadores oficiales, de suerte que se descarta el derecho al pago de la pretendida pretensión dado que no existe disposición legal alguna que prevea su reconocimiento, se revoca ésta condena en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la accionada. Sobre el punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 26605 del 18 de octubre de 2006, sostuvo:

“... En relación con esta pretensión ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación en el sentido de que no existe norma legal que disponga este derecho para los trabajadores oficiales, esto por cuanto el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en la forma como fue modificado por el artículo 3 de la Ley 41 de 1975, consagra esa prestación, pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro (Sentencia de mayo 17 de 2004, Rad. 22357), por consiguiente se absuelve por esta reclamación”.

En el mismo sentido se pronunció la sentencia SL 4373 del 9 de octubre del 2019¹⁷.

En lo que atañe a la **indemnización por despido injusto**, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 40, 43 y 51¹⁸ del Decreto 2127 de 1945 como quiera que se trata de un trabajador oficial, advirtiéndose el contrato tuvo como fecha de inicio el 7 de enero del 2014, éste fue objeto de prórrogas cada seis meses, por lo que el último contrato debió tener lugar entre el 7 de enero y 6 de

¹⁷ “6.- Intereses sobre el auxilio de cesantía. Habida cuenta que no existe norma legal que los reconozca a los trabajadores oficiales, ya que el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el 3º de la Ley 41 de 1975, los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, más no de la entidad oficial como la aquí demandada, no procede impartir condena sobre este aspecto.”

¹⁸ Artículo 40. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses...”

Artículo 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, **se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses**, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo...”.

Artículo 51. “Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo...”.

julio del 2016¹⁹, lo cual nos llevaría a concluir que para el 31 de enero del 2016 (*extremo final del contrato aquí declarado*) aún faltaban 5 meses para cumplirse el plazo presuntivo.

No obstante lo anterior, revisado el material probatorio no se logra establecer que la desvinculación del accionante se hubiera dado por la decisión arbitraria y unilateral de CAPRECOM o si fue por una decisión voluntaria del actor, pues no obra en el acervo probatorio recolectado demostración de la razón de la terminación del contrato de trabajo, por cuanto para el efecto, era necesario que se demostraran los motivos que tuvo el empleador para finiquitar el contrato, por manera que al no probarse de manera certera las razones que llevaron a la terminación del vínculo, no se puede acceder a su reconocimiento; carga que le correspondía a la parte actora tal y como lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 06 de marzo de 2012 y 24 de julio de 2013, Rads. 36572, 42167 y 34260, por hacer mención de algunas, por lo que se revoca la decisión sobre tal tópico.

Ahora, respecto de la **devolución de los aportes al sistema de seguridad social a favor de la demandante**, de conformidad con lo concluido en el fallo, se encontró acreditada la existencia de una relación laboral, dentro de la cual era responsabilidad del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social, sobre el salario que debía devengar el demandante, por tratarse de un trabajador vinculado a través de un contrato de trabajo, precisando que los pagos efectuados por el actor para la ejecución del contrato de trabajo desarrollado del 5 de enero del 2015 al 31 de enero del 2016 al sistema de seguridad social, se encuentran acreditados a folios 86 a 116 y en esa medida resulta procedente la condena en la forma solicitada desde la demanda (fl. 6 pretensiones No. 2.10 a 2.12).

19

PRORROGAS CONTRATOS
del 7 de enero del 2014 al 6 de julio del 2014
del 7 de julio del 2014 al 6 de enero del 2015
del 7 de enero del 2015 al 6 de julio del 2015
del 7 de julio del 2015 al 6 de enero del 2016
del 7 de enero del 2016 al 6 de julio del 2016

En ese orden se procede a realizar los cálculos matemáticos para determinar el valor que se le adeuda a la demandante por aportes en salud y pensiones en los periodos que se encuentren acreditados, tomando el valor de las cotizaciones efectuadas conforme se registra en las certificaciones de pago y atendiendo el porcentaje que le correspondía pagar al empleador en la anualidad en las que se encuentran probadas las cotizaciones²⁰, advirtiéndose en este punto el fenómeno prescriptivo no se hace presente²¹, obteniendo la Sala como valor a reintegrar a la demandante por concepto de aportes a seguridad social en salud la suma de \$301.687, en pensiones de \$433.080 y por ARL \$18.500²², modificándose en estos puntos el fallo de primer grado.

DEVOLUCIÓN APORTES SALUD							DEVOLUCIÓN APORTES PENSIONES						
AÑO	MES	IBC	Valor Porcentaje Cotización	VALOR CONSIGNADO	FOLIOS EXP	DEVOLUCIÓN DE LAS 2/3 PARTES	AÑO	MES	IBC	Valor Porcentaje Cotización	VALOR CONSIGNADO	FOLIOS EXP	DEVOLUCIÓN DEL 75%
2014	ABRIL	\$ 717.000	\$ 89.625	\$ 90.500	47	\$ 60.333	2014	ABRIL	\$ 717.000	\$ 114.720	\$ 115.900	47	\$ 86.925
2015	FEBRERO	\$ 717.000	\$ 89.625	\$ 90.600	38	\$ 60.400	2015	FEBRERO	\$ 717.000	\$ 114.720	\$ 116.000	38	\$ 87.000
	SEPTIEMBRE	\$ 717.000	\$ 89.625	\$ 90.700	31	\$ 60.467		SEPTIEMBRE	\$ 717.000	\$ 114.720	\$ 116.100	31	\$ 87.075
	NOVIEMBRE	\$ 717.000	\$ 89.625	\$ 90.500	30	\$ 60.333		NOVIEMBRE	\$ 717.000	\$ 114.720	\$ 115.800	30	\$ 86.040
	DICIEMBRE	\$ 717.000	\$ 89.625	\$ 90.500	29	\$ 60.333		DICIEMBRE	\$ 717.000	\$ 114.720	\$ 114.700	29	\$ 86.040
TOTAL						\$ 301.867	TOTAL						\$ 433.080

²⁰ Solo se allego prueba de pago del año donde los porcentaje correspondían en pensiones 16% y en salud 12.5%.

²¹ Sentencia SL807, Radicación No. 39010 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral el 13 de noviembre de 2013 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, al resolver el recurso extraordinario de casación en un caso de similares connotaciones donde se concluye la devolución del porcentaje de cotización al trabajador que le correspondía efectuar al empleador no se afecta por el fenómeno de la prescripción:

*“...Por tanto, se fulminará condena en contra del Instituto en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador, es decir, el 75% con arreglo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, equivalente a la suma de \$847.872,00, durante el tiempo que le prestó servicios y que fueron probadas, por cuanto esta obligación por ser atinente a derechos pensionales, **no está afectada por el fenómeno de la prescripción**...” (negrilla fuera de texto)*

²² Conforme al Decreto 1562 del 2012 el 100% de su pago está a cargo del empleador.

Artículo 6°. Monto de las cotizaciones. El monto de las cotizaciones para el caso de los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo o como servidores públicos no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores y su pago estará a cargo del respectivo empleador.

DEVOLUCIÓN APORTES ARL					
AÑO	MES	IBC	VALOR CONSIGNADO	FOLIOS EXP	EMPLEADOR
2014	ABRIL	\$ 717.000	\$ 3.700	47	\$ 3.700
2015	FEBRERO	\$ 717.000	\$ 3.700	38	\$ 3.700
	SEPTIEMBRE	\$ 717.000	\$ 3.700	31	\$ 3.700
	NOVIEMBRE	\$ 717.000	\$ 3.700	30	\$ 3.700
	DICIEMBRE	\$ 717.000	\$ 3.700	29	\$ 3.700
TOTAL					\$ 18.500

Respecto de la **indemnización moratoria**, recurrida en la alzada por la parte demandante, se ha de recordar esta se encuentra establecida en el Decreto 797 de 1949 y procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe, incluso para cuando se trate de trabajadores oficiales, conforme lo cita la Sala de Casación Laboral en la extinguida Sección Segunda, Sentencia Nov. 20 de 1990²³.

Bajo la premisa anterior a juicio de la Sala la conducta de CAPRECOM, durante la ejecución del contrato de trabajo, no puede considerarse como demostrativa de buena fe, pues abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo que mantuvo por más de 1 año, por lo que no se puede entender que la accionada actuó de buena fe.

²³“(…) será el patrono oficial quien deba demostrar así mismo su buena fe para liberarse de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 cuando deje de pagar, dentro del plazo fijado en la norma, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que haya quedado debiendo al trabajador a la finalización del contrato. Precizando el punto para el sector oficial la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral en sentencia de 23 de Septiembre de 1982 se pronunció así:

“Tiene razón el censor, en principio, puesto que el tribunal hizo al parecer una aplicación automática de la norma sancionatoria (Decreto 797 de 1949), ya que no se detuvo a examinar la conducta de la demandada, como era de rigor dentro de un recto entendimiento de la ley (...). Mas no puede olvidarse que de acuerdo con esa misma jurisprudencia, la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento o la mora” (G.J. No. 2410, pág. 953)”.

De esta manera, habrá de confirmarse la condena al pago de la indemnización moratoria, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, empezaría a causarse 90 días después de la terminación del contrato de trabajo que a través de este proceso se declaró, advirtiendo en este punto la Corporación conforme lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencias SL 981-2019, Rad. 74084 del 20/02/2019 y SL2584-2019, Rad.74357²⁴ del 03/07/2019, este lapso se debe contar en días **calendario** y no hábiles, expresándose en la primera de las providencia referidas: “(...) *en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales.*”

En este orden de ideas, como el contrato de trabajo del promotor del litigio finalizó el 31 de enero del 2016, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente (01/02/2016), día a día. Razón por la cual se ha de condenar al pago de \$116.757 diarios (\$3.502.704 último salario mensual fl. 41) a partir del **1º de mayo del 2016**, indemnización que únicamente se otorgará hasta el **27 de enero del 2017** (fecha en que se suscribió el acta final del proceso liquidatorio de CAPRECOM), en atención a lo dispuesto por la nueva postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia SL194 del 23 de enero del 2019 Radicación No. 71154, relacionada con las entidades liquidadas así:

“La sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, hasta la suscripción del acta final de liquidación del ISS que fue publicada en el Diario Oficial 49470 del 31 de marzo de 2015. Comoquiera que la entidad existió hasta la fecha indicada, es hasta ese momento que debe liquidarse la sanción, pues con posterioridad a esa data el instituto perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo.

La Sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden

²⁴ “Así, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo terminó el 30 de junio de 2012, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente, día a día, (CSJSL981-2019) término que se cumplió el 28 de septiembre de la misma anualidad. Por lo anterior, y sobre un último salario de \$1.842.345 (f.º 71), se condenará al Instituto a pagar \$61.411.5 diarios, a partir del 29 de septiembre de 2012.”

de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

En consecuencia, precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porque al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial con posterioridad a su liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015”

Conforme a lo anterior es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición del acta final en comento, no derivó de una o buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos, pues quien fungió como liquidador por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas de ese proceso liquidatorio, situaciones constitutivas de fuerza mayor que impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante, por lo que a juicio de esta Sala, a partir de la expedición de dicha acta de liquidación sí surgió una justificación legal que impidió el pago de las prestaciones sociales de la accionante, por lo que se prohijara la decisión de primera instancia en lo que respecta a la limitación de la indemnización moratoria hasta el 27 de enero del 2017.

Así las cosas, la deuda por indemnización moratoria corresponde a **\$15.953.686**, no obstante en la sentencia de primer grado, se dispuso como condena la suma de **\$13.444.117**, esto es, un valor inferior, por lo que se modificará en virtud de la apelación de la accionante, quien expresamente solicitó se revisaran las fechas del conteo de dicha sanción.

<i>Fecha Inicial despues de 90 días calendario</i>	<i>Fecha Final acta final liquidación</i>	<i>No días</i>	<i>Último Salario</i>	<i>Salario Diario</i>	<i>Subtotal</i>
1/05/2016	27/01/2017	267	\$ 1.792.549	\$ 59.752	\$ 15.953.686
TOTAL					\$ 15.953.686

En relación con la **indexación** si bien al otorgarse la indemnización moratoria la cual es justamente de carácter indemnizatorio, la indexación o actualización de las sumas adeudadas pierde su objetivo, cual es, el de prevenir la devaluación de la moneda, concretamente, en relación a las sumas objeto de condena, por ello y como quiera que la **compensación de las vacaciones y los devolución**

de aportes a seguridad social no acarrea la referida indemnización, se confirma la indexación de las sumas debidas por tales conceptos.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, procediendo a la modificación y adición de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primer grado para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor HUGO RAFAEL GRANADOS MORENO y CAPRECOM existieron 2 contratos de trabajo así:

1) Del 1° de abril al 30 de noviembre del 2013.

2) Del 7 de enero del 2014 al 31 de enero del 2016

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado en cuanto a que en cuanto a que la excepción de prescripción procede respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 12 de julio del 2015.

TERCERO: REVOCAR los ordinales b), d) y k) del numeral **TERCERO** de la decisión de primera instancia, en los que se condenó al pago de intereses a las cesantías, prima de junio convencional e indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Además, se dispone **MODIFICAR** los ordinales a), c), e), f), h), i), j) y l) y **ADICIONAR** un ordinal n) con el fin de indicar que la encartada debe cancelar al señor HUGO RAFAEL GRANADOS MORENO los siguientes conceptos y cuantías:

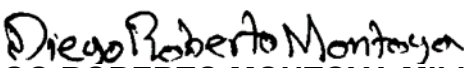
A. \$3.709.581 por CESANTIAS.

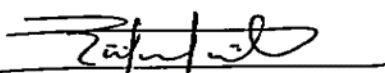
- C. \$896.275 por PRIMA DE NAVIDAD CONVENCIONAL
- E. \$1.852.301 por COMPENSACION EN DINERO DE VACACIONES
- F. \$896.275 or PRIMA DE VACACIONES CONVENCIONAL
- H. \$433.080 por DEVOLUCIÓN DE APORTES A PENSION
- I. \$18.500 por DEVOLUCIÓN DE APORTES A ARL
- J. \$301.867 por DEVOLUCIÓN DE APORTES A SALUD
- L. \$15.953.686 por INDEMNIZACION MORATORIA
- N. \$521.700 por AUXILIO DE TRANSPORTE CONVENCIONAL

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTA: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA MARIELA NUÑEZ CAYCEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. (RAD. 30 2019 00573 01)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogado WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ como apoderado sustituto 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 MEJIA ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 293).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

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

PROTECCIÓN S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de mayo de 2021 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:02:45, CD folio 264, acta folios 265 a 269), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante CLAUDIA MARCELA NUÑEZ CAYCEDO del ENTONCES INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR realizado mediante la suscripción del formulario número 00001 con fecha de suscripción 01 de diciembre 1995 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante señora CLAUDIA MARIELA NUÑEZ CAYCEDO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENÉSE a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de gastos de administración durante todo tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, del 01 de enero de 1998 hasta el 31 de abril de 2002 y del 01 de agosto de 2005 hasta cuando se haga efectivo el traslado. Los gastos por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados de acuerdo lo indicado en la parte motiva.

CUARTO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo 01 de diciembre de 1995 hasta el 31 de diciembre del año 1997 conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD DE PENSIONES Y CENSATIAS PROTECCIÓN S.A antes ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR a devolver los costos por concepto de administración por todo el tiempo que permaneció en dicho fondo debidamente indexados esto es del 01 de mayo de 2002 hasta 31 de julio del 2005 de acuerdo con lo expuesto o de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante la señora CLAUDIA MARIELA NUÑEZ CAYCEDO actualiza la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

SEPTIMO: DECLÁRESE no probada las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto.

OCTAVO: CONDÉNSE en costas en instancia a PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a PROTECCIÓN S.A a favor de la demandante por secretaria

practíquese costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.750.000 pesos que debe asumir cada uno de los fondos demandados.

NOVENO: *sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES S.A Igualmente sin costas a COLFONDOS S.A por así haberlo admitido la parte demandante en la etapa de conciliación.*

DÉCIMO: **CONCÉDASE** *el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.”*

El juzgado corrige el nombre de la demandante, indicando para todos los efectos corresponde a CLAUDIA MARIELA NUÑEZ CAYCEDO y no CLAUDIA MARCELA como se dejó consignado en el numeral primero¹ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:13:39, CD folio 264, acta folios 265 a 269).

Inconformes con la decisión, los apoderados de PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN, la apelaron.

Inicialmente, PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. En ese sentido, indica, no debió el juzgado declarar la ineficacia del traslado con base en la falta del deber de información pues no era su obligación brindar la misma, de acuerdo a la normatividad vigente para la época, puntualizando, aunque la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 refieren a que se debía documentar de manera completa a la demandante, lo cierto es que ésta se realizaba de manera verbal y no se dejaba constancia de ella.

En el mismo sentido, señala, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Circular No. 19 de 1998 indicó que la única exigencia para materializar el traslado de régimen pensional era la expresión de la voluntad mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación.

¹ “Bueno antes de conceder el uso de la palabra a los demás intervinientes hacer una aclaración parece ser que tuve un lapso linguae al momento de indicar en el numeral primero de la sentencia donde indique que la demandante se llamaba CLAUDIA MARCELA NUÑEZ CAYCEDO para todos los efectos legales de esta sentencia la demandante se llama CLAUDIA MARIELA NUÑEZ CAYCEDO ahora si continuo con las demás intervenciones vamos a conceder el uso de la palabra a la apoderada de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.”

Argumenta, no es dable predicar la presencia de vicios en el consentimiento, porque se brindó una asesoría oportuna en la que se le pusieron de presente las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del régimen de ahorro individual y las condiciones pensionales del mismo, tal como se dejó consignado en los respectivos formularios.

Aduce, la suscripción de los distintos formatos de afiliación con los cuales se trasladó más de 4 veces en el RAIS, dan cuenta de los actos de relacionamiento de la demandante y su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual, tal como quedó asentado en la sentencia SL3752 de 2020.

Indica, la obligación de aportar documentos, efectuar proyecciones, enviar extractos de la cuenta de ahorro individual, surgió a partir del año 2014 con la Ley 1748 y por ende, tal situación no era vinculante para el momento en que se dio el traslado.

Con relación a los gastos de administración, indica, no es posible ordenar su devolución por cuanto en el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a cubrir los mismos y no forman parte integral de la pensión, razón por la cual, además, están sujetos a la prescripción, la cual debe declararse. Sobre ello también indica, la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020, enseñó que cuando se declara la ineficacia de la afiliación los únicos dineros que la AFP está obligado a retornar son las cotizaciones y sus rendimientos, no así los gastos de administración, ni la prima de seguro provisional y, en todo caso, sostiene, de hacerse, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Del mismo modo, advierte, el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no refiere en manera alguna a la devolución de gastos de administración²

² “Muchas gracias su señoría siendo esta la oportunidad pertinente presento de manera muy respetuosa recurso de apelación contra la sentencia proferida para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque en todas las partes esta sentencia y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Debemos tener en cuenta su señoría que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar una ineficacia del traslado en base de la falta de información pues no le era obligatoria de mi representada brindar la misma a la demandante teniendo en cuenta la normativa vigente para la época del traslado esto es la ley 100 de 1993 y el decreto 663 del 93 que si bien expresan que debía una información completa a la demandante esto siempre se daba de manera verbal por cuanto que la norma

no decía que se debía documentar dicha asesoría ahora debemos tener en cuenta que la Superintendencia financiera de Colombia mediante concepto circular número 19 de 1998 expreso que se tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera materializado sino válido el traslado de régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad por medio del diligenciamiento del debido formulario y de conformidad con las normas vigentes sobre el particular del traslado, esta 19 circular 19 98 por cuanto la demandante retornó a PORVENIR para el año 2001, por otro lado su señoría tampoco es razonable es deducir que la ineficacia del traslado se da por una falta de consentimiento por vicios en el mismo toda vez que mi representada brindó a la demandante una asesoría oportuna donde le informó sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del régimen individual y las condiciones pensionales tal y como se aprecia en los formularios suscritos por la demandante en el momento de realizar el traslado.

Ahora debemos tener en cuenta su señoría que en el presente asunto se presenta lo establecido o lo dispuesto por la sentencia SL 3752 del 2020 emitida por la Honorable Magistrada ANA MARIA MUÑOZ SEGURA el día 15 de septiembre de dicha anualidad y que pone de presente los actos de relacionamiento y se debe entender como estos como la suscripción de varios formularios por el afiliado con la intención de permanecer en el régimen de ahorro individual y que en el presente caso ocurre toda vez que la demandante no suscribió solo un traslado entre fondos sino aproximadamente 4 traslados entre fondos privados por lo que no se puede dejar de lado este hecho tan importante para tomar como voluntad de la demandante su permanencia en el régimen de ahorro individual.

Por otro lado su señoría no podemos aducir que se hubiese faltado también el deber de información por no aportar documentos para la época del traslado debemos tener en cuenta su señoría que esta obligación surge a partir del año 2014 con la ley 1748 que hace la alusión de hacer una proyección total a de todo lo que la pensión se refiere establece también esta ley la obligación de enviar extractos de la cuenta de ahorro individual sin embargo debemos tener en cuenta que esta normativa entra en vigencia a partir del 26 de diciembre 2014 razón suficiente para determinar que para la época del traslado esto es 95, 97. 2001. esto con mi representada y demás los demás traslados con las aquí codemandadas tanto COLFONDOS y PROTECCIÓN no estaba ninguna de estas codemandadas para la obligación de aportar documentos para la época del traslado con cada una de ellas.

Por otro lado su señoría y haciendo alusión a los gastos de administración no se procede o no es factible ordenar la devolución de dichos gastos de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 del 93 también en el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y de sobrevivientes dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por eso están sujetos a la prescripción además es necesario poner de presente que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020 se ha pronunciado de manera clara que en los eventos que surge una ineficacia del traslado los únicos dineros que están obligado la AFP a retornar hacia COLPENSIONES en este caso serían los concernientes a las cotizaciones junto a sus rendimientos lo que se lo que se evidencia con este concepto su señoría es que no se hace una mención a los gastos de administración ni a la prima de seguro provisional por ninguna parte, de igual manera pongo de presente que hacer esta devolución a la codemandada COLPENSIONES es hacer de esta entidad un enriquecimiento sin causa pues debido a que no hay una norma que disponga de manera expresa la devolución de los gastos de administración la única norma existente de un cambios de régimen y de los saldos a retornar de un régimen a otro es el artículo 113 literal b de la ley 100 del 93 que menciona que los dineros a retornar o trasladar mejor cuando surja un cambio de régimen pensional son los dineros concernientes a sus cotizaciones y sus rendimientos lo que se evidencia a que esta norma tampoco hace referencia a los gastos de administración, por ende estos gastos de administración forman son una excelente contraprestación a mi representado o a los fondos privados por su excelente gestión en momento realizar de o generar los rendimientos de las cotización que la demandante realiza durante su permanencia en el régimen de ahorro individual.

Finalmente su señoría deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro o cualquier otro emolumento diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los elementos financieros para cuanto no le corresponden a dineros que pertenecen a los afiliados de ninguno de los dos regímenes pensionales y por cuanto no están llamados a financiar la prestación de vejez no puede predicarse que estos sean imprescriptibles característica que goza el derecho pensional y sin embargo estamos aquí hablando no de derecho pensional y por el contrario si de los gastos de administración de esta manera considero que los supuestos en los que se condena a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia de manera respetuosa al Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral se sirva de revocar esta sentencia en primera instancia y en su lugar absuelva de todas y cada una de las pretensiones contra de mi representada. Muchas gracias.”

(Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:06:34, CD folio 264, acta folios 265 a 269).

Por su parte COLFONDOS, centró su inconformidad respecto de la decisión del juez de primer grado de disponer la devolución de los gastos de administración indexados, por cuanto, en su sentir, estos descuentos se realizan por consagración legal y no por un capricho del fondo privado. Adicionalmente, dice, estos proceden en ambos regímenes y son una retribución a la buena gestión que realizó la administradora.

Sostiene además, dichos dineros ya no se encuentran en su poder toda vez que fueron empleados para adquirir una póliza de seguro previsional y trasladó un porcentaje al fondo de solidaridad, por lo que para restituirlos estos últimos debieron ser convocados a la litis con el fin de que devuelvan los recursos recibidos.

Con relación a la indexación, alega, ello se torna en una condena por daños y perjuicios, situación que nunca fue discutida en el asunto y de la cual no existe prueba si quiera sumaria con la que se acredite el menos cabo que ocasionó esa sociedad y, por el contrario, está evidenciado que los aportes pensionales se gestionaron de forma adecuada³ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y

³ “Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación frente a la condena impuesta devolución de gastos de administración debidamente indexados solicito a los Honorables magistrados se revoque la condena impuesto por concepto devolución de gastos de administración debidamente indexados esto es que se debe señalar que estos descuentos se realizan conforme a la consagración legal y no por invención de los fondos privados.

De otra parte estos descuentos se realizan tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual y teniendo en cuenta la buena gestión realizada por mi representada se logrando unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la aquí demandante siendo así que no se evidencia perjuicios y se debe dejar claro que la nulidad y el traslado de aportes y los rendimientos estos equiparan y son mayores a las sumas de los gastos de administración cabe resaltar que esto no los tiene mi representada por cuanto estos se utilizan para adquirir una póliza de seguro provisional y también se traslada a un porcentaje al fondo de solidaridad y de ser así este último debió haberse vinculado a la presente demanda con el fin de que devuelva los dineros recibidos por concepto de la afiliación de la demandante ya que se tendría un enriquecimiento sin causa por el fondo de solidaridad.

De otra parte la condena impuesta a mi representada de devolver los gastos de manera indexada se tornaría como una condena de daños y perjuicios situación fáctica que nunca fue discutida en el presente asunto y así como tampoco se allega prueba sumaria en donde se demuestra que COLFONDOS genero un daño menos cabo o perjuicio a los aportes pensionales de la parte demandante contrario a esto mi representada tenido una buena gestión con los aportes pensionales por parte de COLFONDOS en general cumplimientos que fueron consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante por todo lo anterior solicito a los Honorables Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que revocar parcialmente la sentencia de primera instancia muchas gracias.”

80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:14:13, CD folio 264, acta folios 265 a 269).

A su turno, PROTECCIÓN S.A., alega igualmente la improcedencia de la condena a devolver las cuotas de administración que fueron descontadas durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante. A su juicio, tal determinación debe ser interpretada como una condena en perjuicio suyo porque si como consecuencia de la declaratoria de ineficacia las cosas deben volver al estado en el que se encontraban, no resulta razonable que deba asumir con su propio patrimonio unos descuentos que fueron efectuados con base en una normativa que permitía la realización de los mismos incluso para COLPENSIONES

Arguye, debe aplicarse el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta los años transcurridos desde que la actora efectuó el traslado de los recursos a la administradora a la que se cambió y la fecha en que se profirió la sentencia, así como que estas son consecuencias no afectan directamente el derecho pensional o el capital con el que se pretende financiar su prestación económica⁴ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,

⁴ “Muchas gracias pues de manera respetuosa interpongo recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia proferida por el despacho en cuanto ordena a mi representada a trasladar las cuotas de administración que fueron descontadas dentro que la demandante estuvo afiliada ante mi representada en su momento como la entidad COLMENA o como ING en este sentido solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la decisión teniendo en cuenta en primer lugar que esta condena de manera implícita se interpreta como un perjuicio como una condena en perjuicio de mi representada teniendo en cuenta que las consecuencias de la declaratoria ineficacia es que las cosas se vuelvan al estado en el que se encontraban pues en este sentido no existiría la obligación a mi representada que deba asumir con su propio patrimonio unos descuentos que fueron realizados con base en una normativa que inclusive permite este mismo descuento para las administradoras de régimen publico COLPENSIONES en su momento las cajas previsionales y otras entidades de este régimen y por tal razón no existe razón para que mi representada tenga que asumir con su propio patrimonio los descuentos que o que realizado con base en esta índole o manifestación. Por otro lado, también inclusive además de este razonamiento que si las cosas vuelven a su estado que se encontraban pues no debe asumirse ningún valor que no tenga que ser trasladado a mi representada y en este caso se asume que mi representada generó una rentabilidad con los aportes que realizó la demandante y se trasladó a las entidades codemandadas. En este mismo sentido aplicaría el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta que los años que han transcurrido desde el traslado que realizó a mi representada los aportes de la parte actora a estas entidades y la fecha que se pronuncia la sentencia hay una interpretación que puede darse y dar lugar a la prescripción ordinaria en la materia laboral teniendo en cuenta que inclusive estos son consecuencias que no afectan el directamente derecho pensional o que construye la demandante o el capital con el que la demandante pretende financiar su prestación económica de vejez teniendo en cuenta lo anterior solicito al Honorable Tribunal de Superior revoque la sentencia en este sentido y absuelva a mi representada trasladar los gastos por concepto de administración y por tal razón me reservo mi derecho de ampliar mis alegaciones en el momento procesal oportuno y dejo así sustentado mi recurso muchas gracias.”

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:16:47, CD folio 264, acta folios 265 a 269).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (folios 54 y 74 a 75) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 51 a 53 y 71 a 74), aspirando se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación efectuada a PORVENIR S.A, teniendo en cuenta que no se le asesoró ni se le informó qué le era lesivo y qué le beneficiaba con respecto al cambio de régimen pensional. En consecuencia, se disponga su reintegro automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y se determine que para efectos pensionales continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y se condene a COLFONDOS S.A. a devolver al RPM todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a COLFONDOS, 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 debidamente indexados, declarando igualmente que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES. Así mismo, condenó a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS a devolver los gastos de administración recibidos durante el tiempo permaneció afiliada la demandante, respectivamente. Lo anterior tras considerar que, con fundamento**

en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁵.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de diciembre de 1966 (folio 33), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de julio de 2019 (folios 87), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 52 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁶-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 372,85 semanas cotizadas que corresponden a 7,1 años (*reporte de semanas cotizadas en pensión, expedido por COLPENSIONES Cd folio 264*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

⁵ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

⁶ Laboraba en el Banco de la República (folio 98).

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo informado por la actora en su interrogatorio de parte, esta labora actualmente en la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como profesional investigadora, y por ende ostenta la calidad de empleada pública, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **21 de noviembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1 de diciembre de 1995**, (folios 39 y 202) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDO, precisándose, aunque al expediente, tanto la demandante como la demandada PORVENIR, allegaron copia del formulario de afiliación (folios 34 y 203), lo cierto es que la fecha consignada en ambos documentos no resulta coincidente, pues en el primero se registra el 1 de diciembre de 1995 como fecha de solicitud (folio 34), mientras que en el segundo figura el 7 de diciembre de 1995 (folio 203), además, tampoco guardan correspondencia frente al número del formulario. No obstante ello, no puede perderse de vista que lo atinente a la fecha en que ocurrió el traslado no fue objeto de discusión por la encartada PORVENIR S.A. quien en todo caso no negó la afiliación con esa sociedad y, por el contrario, señaló que la misma fue producto de una decisión libre de presiones o engaños (folio 191).

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue

verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

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).

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.

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto*

de desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una

mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

más 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,

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.

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 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 demandante⁹, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó que no recibió asesoría alguna por parte de PORVENIR, ya que la afiliación la realizó al momento de posesionarse en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y solo se le efectuaron preguntas tendientes a diligenciar el formulario y se le indicó que el ISS estaba pasando por un momento complicado y que el sistema de pensiones iba a mejorar con los fondos de pensiones, sin que se le indicara nada acerca del régimen de ahorro individual, sus características, entre otros.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (folio 203), este 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, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*folios 206 y 207*), 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

⁹ Audiencia del 26 de mayo de 2021, CD folio 264, récord 25:36..

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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, 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 PORVENIR S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea”*.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR invoca como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

***“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones:
Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del

otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (21 de noviembre de 1995, efectivo el 1 de diciembre de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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 35 a 39) 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 (folio 230), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS, como lo adujo PORVENIR en la alzada. 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 COLFONDOS, 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.

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, COLFONDOS y PROTECCIÓN, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en

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

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

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto

la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)”.

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

“(…)

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

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada PORVENIR, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de***

esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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 prescripción¹⁰ (folios 198, 218 y 244), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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:

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda en autos del 13 de marzo de 2020 y 9 de diciembre de 2020 (cd folio 264).

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

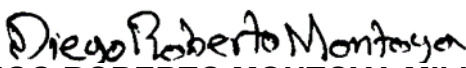
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

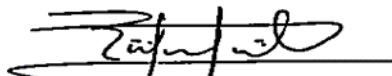
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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**

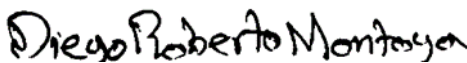
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD. 23 2020 00160 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 Y ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 6).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls 4 – 11), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la señora demandante, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado

Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de julio de 2021 (expediente digital, archivo No. 3, record: 2:29:39, acta archivo No. 7) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN identificada con la cedula de ciudadanía 20980806 de San Juan de Rio seco.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante liquídense por secretaria y fijase por concepto de agencias de derecho la suma de \$200.000 a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

TERCERO: CONSULTESE de la presente decisión a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá por haber salió adversa a las decisiones de la señora demandante.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, asegurando que en el trámite procesal con las documentales aportadas y declaraciones rendidas en juicio se logró acreditar que entre la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN y el señor JOSE ALIRIO MATTA MATTA existió una relación de convivencia, como compañeros permanentes que, si bien es cierto inició a raíz de un servicio de acompañamiento, de apoyo para con el señor JOSE ALIRIO luego trascendió al plano sentimental, conviviendo de forma permanente e ininterrumpida por un lapso superior de 5 años anteriores al fallecimiento del señor JOSE ALIRIO MATTA¹.

¹ **Apoderada demandante (2:30:40):** Gracias su señoría en ese sentido me permito a interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho teniendo en consideración que absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES respecto de las pretensiones formuladas en la demanda en ese sentido solicito al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se revoque a sentencia proferida en su lugar se condene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de sustitución pensional a favor de la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN teniendo en cuenta lo siguiente su señoría dentro del presente proceso obra prueba documental suficiente y pruebas testimoniales y declaraciones rendidas en audiencia suficientes con los cuales se puede acreditar los extremos de la relación en calidad de compañeros permanentes que sostuvo la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN con el señor JOSE ALIRIO MATA MATA se encuentran las declaraciones extrajuicio suscritas por los testigos JAIRO CESAR RODRIGUEZ CHAVEZ y el señor PEDRO CASTILLO al igual que las declaraciones rendidas aquí en audiencia por la señora ROSALBA y la señora LUCY quienes son hijas del causante y en las cuales efectivamente se estableció que entre la señora BLANCA y el señor JOSE ALIRIO existió una relación como compañeros permanentes que inicialmente si fue digamos una relación que inicio a raíz de un servicio de acompañamiento de apoyo para el señor JAIRO perdón el señor JOSE ALIRIO en virtud de la solicitud de la señora LUCY pero con el paso del tiempo trascendió en una relación estable sentimental y como compañeros permanente entre el demandante y el causante en ese sentido pues yo solicito al Honorable Tribunal que se estudie y se valore nuevamente la prueba documental que obra dentro del expediente y las declaraciones rendidas por los

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 BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN, las pretensiones que relacionó en la demanda a folio 4, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 8-9, solicitando se declare que la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN en su calidad de compañera permanente, es beneficiaria de la sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor JOSE ALIRIO MATTA MATTA, desde la época del fallecimiento del causante, esto es 11 de enero de 2018 y en virtud de dicha declaración se condene a COLPENSIONES a incluirla en nómina de pensionados; a reconocerle y pagarle las mesadas pensionales causadas desde el 11 de enero de 2018; intereses moratorios o indexación y costas del proceso. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ. Lo anterior, tras considerar el juez *a quo* que la actora no había logrado acreditar la convivencia efectiva con el causante en los cinco años anteriores a su deceso. Ello por cuanto, en sentir de la juzgadora, el material probatorio recaudado no le permitía adquirir certeza sobre la convivencia que se asegura en la demanda.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor ALIRIO MATTA MATTA falleció el **10 de enero de 2018**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo No.6 folio 13, como tampoco que mediante Resolución No. 8545 del 26 de octubre de 1990 el ISS le reconoció al causante una pensión de vejez por un valor de \$41.025 a partir del 01 de mayo de 1990².

testigos a fin de establecer que efectivamente entre la demandante y el causante si existió una convivencia permanente superior al lapso de 5 años anteriores al fallecimiento del señor JAIRO perdón al señor JOSE ALIRIO MATA MATA en ese sentido su señoría dejó sustentado el recurso muchas gracias.

² Expediente digital, Archivo No. 6 folios 11-12.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ DE MILLAN, en calidad de compañera permanente superviviente, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante **-10 de enero de 2018-**, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un **pensionado**, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso, esto es, por lo menos del 10 de enero de 2013 al 10 de enero de 2018.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la promotora del litigio nació el 06 de enero de 1938³, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (10 de enero de 2018) contaba con 80 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante y la convivencia requerida, de la señora DOMINGUEZ DE MILLAN, por el lapso exigido en la norma (Art. 47 Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003), debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

La demandante para acreditar su calidad de compañera permanente y la convivencia mínima en los últimos 5 años anteriores al deceso del señor JOSE ALIRIO MATTA MATTA, aportó como prueba documental la siguiente:

³ Ibidem, folio 22.

- Declaraciones extraprocesales rendidas por el señor PEDRO KLINGER CASTILLO, JAIRO ANCISAR RODRIGUEZ CHAVES y por la señora demandante quienes coincidieron en afirmar que la actora y el de cujus convivieron bajo el mismo techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida por más de 6 años desde el 15 de junio de 2011 hasta el 10 de enero de 2018 (archivo No. 6 fls. 14-16).

Cierto es que, dichas declaraciones extrajuicio no asoman mayores indicios que ratifiquen la calidad de compañera permanente que alega la señora demandante, ni mucho menos de lo allí consignado, es dable concluir con toda certeza la existencia de una convivencia continua e ininterrumpida entre ella y el hoy causante, puesto que los declarantes no narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni dan razón del porqué conocen las situaciones allí descritas.

Por otro lado la accionante, solicitó los testimonios de las señoras ROSALBA MATTA DOMINGUEZ y LUCY AIDY MATTA DOMINGUEZ, a quienes el Juez de primer grado escuchó en audiencia de fecha 30 de julio de 2021 y que en sus declaraciones manifestaron lo que seguidamente se resume:

Las señora ROSALBA MATTA indicó que la señora BLANCA DOMINGUEZ es su tía materna y que el señor JOSE ALIRIO MATTA MATTA era su padre; indicó que su padre era casado con la señora AURA FRANCISCA DOMINGUEZ DE MATTA, a quien identificó como su progenitora y con quien el señor ALIRIO mantuvo un vínculo matrimonial por más 60 años, tiempo durante el que procrearon 10 hijos.

En su relato la señora ROSALBA aseguró que su tía BLANCA estuvo casada con el señor PLUTARCO MILLAN pero que hace muchos años se habían separado y que para el año 2011 su tía empezó una relación sentimental y de convivencia con su padre el señor JOSE ALIRIO, quien para la época también estaba separado de cuerpos con la señora AURA FRANCISCA DOMINGUEZ, aseguró que el motivo de dicha separación fue que su señora madre decidió dejar la casa donde convivía con el hoy causante, para empezar a convivir por temporadas con ella y sus otros nueve hermanos.

Afirmó la testigo que su hermana LUCY AYDI DOMINGUEZ compró una casa de tres plantas en el barrio Santa Lucía y que había adecuado la segunda planta de dicho inmueble para sus padres (el señor JOSE ALIRIO MATTA y la señora AURA FRANCISCA DOMINGUEZ), lugar donde el matrimonio convivió hasta que su señora madre decidió interrumpir la convivencia con su progenitor, quien señaló tenía un mal carácter.

Continuó su relato indicando que, como su padre permanecía sólo, sin que nadie pudiera suministrarle compañía y cuidados, la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ se trasladó a la residencia de su hermana LUCY AYDI y del señor JOSE ALIRIO MATTA para el año 2011, con el propósito de acompañarlo y brindarle todos los cuidados que requería por su ya avanzada edad y afirmó que luego de un año, ella y sus hermanos se dieron cuenta de que la relación de su padre y la señora BLANCA trascendió al plano sentimental.

En este punto la testigo indicó que no tenía certeza de cuando empezó la relación de “noviazgo” entre su padre y su tía, porque ellos nunca dieron a conocer oficialmente la existencia de esa relación, sino que simplemente la presumían por el trato especial que el señor ALIRIO mostraba con la señora BLANCA.

Otro aspecto que llamó la atención de la declaración recibida a la señora ROSALBA es que manifestó que su señora madre AURA FRANCISCA DOMINGUEZ, dejó el domicilio matrimonial en el 2016, que para esa misma anualidad falleció⁴; luego en el minuto 42:40 indicó que su progenitora vivía en la casa del barrio Santa Lucía cuando falleció, misma en la que de forma precedente indicó que era el domicilio de sus padres y a la que luego se trasladó la señora BLANCA, confirmó incluso la dirección; luego de ello la testigo al percatarse de la incoherencia en sus respuestas, mostró una actitud ansiosa y finalizó diciendo que no recordaba la época del fallecimiento de su señora madre.

⁴ Expediente Digital. Archivo No. 3 minuto 42:08.

Luego de ello en el minuto 43:17 la testigo buscó aclarar sus respuestas precedentes aduciendo que nunca había dicho que para el año 2016 sus progenitores convivían y que lo que quiso decir, fue que su padre era quien vivía en la casa de Santa Lucía; manifestación que para esta instancia no aclara dudas y si resta credibilidad a lo testimoniado por la señora ROSALBA quien como se describió en precedencia y antes de ese intento de aclaración, dio respuestas concretas a las preguntas igualmente concretas que le realizaba tanto el Juez de primer grado como la apoderada de COLPENSIONES.

Por ejemplo, respecto a la época del fallecimiento de su madre indicó que ocurrió en el año 2016⁵, luego indicó que ella se había ido de la casa que compartía con el señor JOSE ALIRIO⁶; luego a la pregunta de si su señora madre AURA FRANCISCA vivía con su padre para la época del fallecimiento de aquella, la testigo preguntó: “¿cuándo mi mamá falleció?” y seguidamente respondió: “si señora”⁷, luego indicó que en Santa Lucia e incluso confirmó la dirección⁸.

Ahora en lo que tiene que ver con el testimonio de la señora LUCY AIDY MATTA DOMINGUEZ, se tiene que también es sobrina de la señora BLANCA DOMINGUEZ e hija del señor JOSE ALIRIO MATTA MATTA y de la señora AURA FRANCISCA DOMINGUEZ, inició su relato indicando que sus padres eran casados y separados de cuerpos; dijo que su señora madre se fue después de más de 60 años de casados y 10 años antes de que falleciera su padre; en lo que tiene que ver con los motivos de la separación refirió que su padre era muy terco y de difícil carácter.

Señaló la testigo que hace más de 25 años compro una casa de tres plantas en el barro Santa Lucía, inmueble que compartía con sus padres, a quienes les había adecuado el segundo piso y donde el señor JOSE ALIRIO y la señora AURA FRANCISCA vivieron por más de 20 años, hasta que su señora madre decidió irse a vivir con sus hermanos; manifestó que su mamá falleció en el

⁵ Expediente digital Archivo No. 3 minuto 42:08.

⁶ Ibídem, minuto 42:26.

⁷ Ibídem, minuto 42:39.

⁸ Ibídem, minuto 42:54.

2015 en la clínica MEDERI y que para esa época vivía con su hermana AMPARO MATTA.

Respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que surgió la relación sentimental entre su padre y su tía y la posterior convivencia; relató que luego de la separación de sus padres, el señor ALIRIO permanecía sólo en la casa y como ni ella ni sus hermanos tenían tiempo disponible para prodigarle cuidados, acordaron que le propondrían a su tía BLANCA CECILIA DOMINGUEZ, trasladarse a vivir con el señor ALIRIO a fin de que se acompañaran y de que ella estuviera pendiente de los cuidados que él necesitara.

Aseguró que luego de un año ella y sus hermanos empezaron a notar que entre su padre y su tía existía una relación muy cercana, pero que nunca admitieron que fueran pareja, afirmación que guarda correspondencia con lo que indicó la testigo ROSALBA DOMINGUEZ, pues ambas manifestaron que presumían que entre su tía y su padre existía una relación sentimental, sin embargo, ambas indicaron que a su modo de ver era una relación clandestina, pues nunca observaron que en público existiera algún tipo de muestras de cariño propias de una pareja.

Ahora en lo que tiene que ver con el interrogatorio practicado a la demandante⁹ observó esta instancia que las manifestaciones que daba la señora BLANCA parecían insinuadas por terceros; en principio la señora demandante dijo que su sobrina LUCY le ofreció vivir en su casa para que acompañara al señor ALIRIO y fuera a cuidarlo y que a cambio le proveían todo lo que ella necesitara; afirmaciones que la señora BLANCA relató de forma clara y espontánea, sin embargo, a partir del minuto 1:36:40 cuando se le hacen preguntas concernientes al tipo de relación que tenía con el señor JOSE ALIRIO, se denota que un tercero le indica lo que debe responder, hecho que el Juez de primer grado advirtió y del que dejó constancia.

Como complemento a la falta de certeza de las pruebas traídas por la actora, es preciso relacionar las pruebas que COLPENSIONES trajo al proceso y que

⁹ Expediente digital Archivo No. 3 minuto 1:34:10.

tienen que ver con la investigación administrativa que realizó para determinar la procedencia del derecho pensional solicitado, mismas que fueron aportadas en el expediente administrativo archivo No.9 y que tienen que ver con las entrevistas que la firma COSINTE LTDA realizó a la demandante y casualmente a los testigos ya relacionadas.

De las grabaciones realizadas el 18 de enero de 2020 se extracta que la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ en su entrevista indicó que: i) no conocía el número de cédula del señor JOSE ALIRIO; ii) que Conoció al señor JOSE ALIRIO hace muchos años en 1955, en una reunión; iii) dijo que para esa época vivía en el campo; iv) dijo que convivió con él desde el 2011 hasta el 10 de enero de 2018; v) que no procrearon hijos.

En dicha declaración se escucha que también intervinieron terceros, quienes le indicaron las respuestas que la señora BLANCA debía dar.

En la entrevista que vía telefónica dio la señora LUCY AIDY MATTA al investigador de COSINTE LTDA¹⁰, manifestó: i) que la señora BLANCA es su tía; ii) que el señor JOSE ALIRIO MATTA era su padre; ii) que la señora BLANCA y el señor JOSE se conocían hace muchos años porque eran cuñados. iii) que el señor JOSE ALIRIO y la señora BLANCA convivieron como pareja hace 5 años; iv) que no procrearon hijos dada la avanzada edad de ambos; v) que la demandante era quien cuidaba y acompañaba a su padre. vi) que presumía que entre ellos existió una relación sentimental.

Por su parte la señora ROSALBA MATTA; i) dijo que la señora BLANCA era su tía; ii) que el señor JOSE ALIRIO su padre; ii) que su tía y padre vivían juntos hace 8 o 15 años en SANTA LUCIA; iii) que la convivencia se mantuvo hasta que su padre falleció.

De lo relacionado se concluye y ratifica que los testigos cambiaron de forma drástica la versión de los hechos que entregaron a COLPENSIONES y la que recepcionó el Juez de primer grado, pues al revisar la descripción de los relatos

¹⁰ En cada uno de los audios se dejó constancia que el investigador a cargo responde al nombre de YESID ROJAS.

se observa que en la audiencia celebrada el 30 de julio de 2021 indicaron que su padre JOSE ALIRIO MATTA y la señora BLANCA DOMINGUEZ convivieron por espacio de 5 años y luego la señora ROSALBA afirma que por 8 o 15 años, cuando ante el juez de primer grado indicó que por 7 años.

Por otro lado y, al contrastar las entrevistas recepcionadas por COLPENSIONES a través de la empresa COSINTE y los testimonios recibidos por el a quo se encuentra un punto de coincidencia y es el relativo a que las señoras ROSALBA y LUCY siempre indicaron que ellas eran quienes presumían que entre su padre y la señora BLANCA existía una relación sentimental, hecho que incluso no fue desmentido por la demandante quien confesó que ella y el señor JOSE ALIRIO nunca dieron a conocer su presunta relación de “noviazgo”, quien además en el trámite procesal tampoco brindó mayores detalles de ese supuesto vínculo.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.T y de la SS) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que las pruebas aportadas por la demandante no cumplieron su cometido, pues no brindaron certeza de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional, pues brillan por su ausencia elementos tendientes a demostrar que la señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ y el causante JOSE ALIRIO MATTA MATTA (q.e.p.d) tenían un proyecto de vida con la intención de ser pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, por más de 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado.

Es procedente precisar en este punto que, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y afectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues si bien es cierto se logró acreditar que la señora BLANCA DOMINGUEZ era quien acompañaba y cuidaba al señor JOSE ALIRIO, lo cierto es que no se puede dejar de advertir que lo hizo por su vínculo de familiaridad con sus sobrinos y su cercanía con el señor JOSE ALIRIO como cuñados por más de

60 años, pero no se logró certeza de que su intención real era formar una pareja, pues ella misma confesó que nunca creyó necesario hablar, ni mostrar la presunta relación sentimental que tenía con el causante; aunado al hecho de que su apoyo económico no venía directamente del señor JOSE ALIRIO pues, la demandante aceptó que eran sus sobrinos los que ayudaban con los gastos de manutención de ella y el hoy causante, afirmación que ratificó la testigo LUCY DOMINGUEZ quien aseguro que ella y sus hermanos eran los encargados de proveer los gastos de la señora BLANCA como retribución a los cuidados que suministraba al señor JOSE ALIRIO.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *“aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*, precisando la misma Corporación que *“la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común”* **excluyendo de ésta “encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”**, situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante acompañó al pensionado fallecido por aproximadamente 7 años no se probó una verdadera comunidad de vida.

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor JOSE ALIRIO MATTA MATTA (2013-2018), precisándose si bien el de cujus pudo tener una relación sentimental con la demandante después del 2012 o 2013, como ella lo refirió, no tuvo el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, pues nada de ello se pudo acreditar en autos.

Frente a este punto la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencias del 28 de octubre de 2009 radicación 34899, reiterada en las del 1° de diciembre del mismo año y 31 de agosto de 2010, radicados 34415 y 39464, respectivamente, dijo que “(...) *el alcance y entendimiento que le dio el sentenciador de segundo grado al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2002 (sic), no resulta desacertado, pues de conformidad con dicha preceptiva, la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros, (...) puso de presente que (...) **tiene que existir certeza que se conserva como tal, así se estén habitando lugares diferentes, lo que impone entonces la tarea de verificar cómo fue que se dio esa convivencia***”, (...)” Negrillas fuera de texto.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma señora BLANCA CECILIA DOMINGUEZ, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

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,

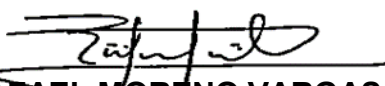
R E S U E L V E

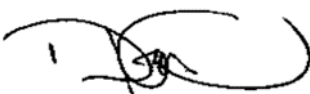
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral Del Circuito De Bogotá D.C. el 30 de julio del 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

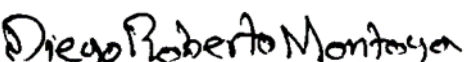

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FELICIDAD GLORIA ISABEL MORENO ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 31 2020 00462 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 Y ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 10).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el

pasado 29 de julio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 27:22 archivo No. 31 acta de audiencia, archivo No. 32), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la señora FELICIDAD GLORIA ISABEL MORENO ROJAS a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONESSOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. como quiera que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es plenamente valido y eficaz.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante FELICIDAD GLORIA ISABEL MORENO ROJAS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia; aduce que el fundamento de la decisión de primera instancia proferida es que la señora demandante para el momento de su afiliación al RAIS con PORVENIR S.A. si recibió información adecuada por cuanto la demandante aceptó en su interrogatorio de parte que la demandada le informó que podía hacer aportes voluntarios y con ello pensionarse de forma anticipada; la apoderada afirma que si bien es cierto la señora aceptó que se le había informado esa posibilidad ello tan solo ocurrió 16 años después de que PORVENIR hizo la afiliación al RAIS, momento en que la demandante se percató del engaño al que había sido sometida y decidió empezar a tramitar su regreso a COLPENSIONES.

La recurrente sostiene que para el momento de la afiliación de la señora FELICIDAD GLORIA MORENO la AFP omitió su deber de información y que por ese hecho debe accederse a las pretensiones de su demanda¹.

¹ Expediente digital, archivo No. 31 record 28:17 “Si señora voy a interponer recurso de apelación por ser la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación a fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque en su totalidad la sentencia que acaba de proferir dentro del proceso de la señora GLORIA por el juzgado 31 laboral esta sentencia se está fundamentando básicamente en la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia específicamente en la sentencia de la sala laboral 1452 del 2019 con radicado 68852 dentro de los fundamentos expuestos por la señora juez se retoman los postulados de esta sentencia en cuanto al deber de información, diligencia de formulario, carga de la prueba e ineficacia respecto del aspecto de carga de la prueba perdón que es donde básicamente se está fundamentando la absolución de las pretensiones de la demanda me permito

referirme a lo siguiente y específicamente a las pruebas aportadas por nosotros y al interrogatorio de parte rendido por mi representada y por PORVENIR en el siguiente sentido dentro del fundamento de esta sentencia se dice que la señora recibió esta información adecuada para el momento de su afiliación quiero decirle que si bien es cierto claro que si al hacer las preguntas al absolver el interrogatorio la señora GLORIA si ella dijo que tenía conocimiento de que se podían hacer unos aportes voluntarios y dijo que se podía pensionar anticipadamente claro que si también ella dijo que había diligenciado el formulario de afiliación y al respecto digo lo diligencio y lo firmo pero eso no es prueba de que la información que se le haya dado en ese momento fuera la adecuada a ella se le dio una información para ese momento es la adecuada me dijeron lo que me tenían que decir que existía la posibilidad de pensionarme anticipadamente que iba a ser mucho mejor el fondo privado y que el seguro social se iba a acabar digamos que esa fue la información que ella dijo que se le había dado al momento de la afiliación luego y se puede escuchar en la grabación en su interrogatorio de parte ella dijo si se de los aportes voluntarios lo sabía y de esto me entere en el 2016 cuando fui a PORVENIR a solicitar el traslado para COLPENSIONES me dijeron pero aquí pueden hacer aportes voluntarios cierto aquí se puede pensionar anticipadamente con ciertas características ya esa información adecuada adicional se le dio solo hasta el año 2016 16 años después de que mi representada hizo la afiliación y esto está en su interrogatorio de parte y digamos prueba sobre la que se basó también obviamente en la sentencia que se acaba de proferir claro ella tenía conocimiento pero solamente tuvo hasta el año 2016 momento en que empezó a hacer todas las diligencias para solicitar el traslado nuevamente a COLPENSIONES si eso quiero hago especial referencia a ese tema porque básicamente es donde se está donde se está respaldando la sentencia si ella fue en el momento de la afiliación y de la firma del formulario reitero que así lo firmo y si lo diligencio si se está el consentimiento informado pero de la información se le dio en ese momento como ella ya lo dijo reitero fue simplemente algo somero porque habían varios trabajadores y fue exactamente la misma información que ella dio a sus compañeros que también los hizo incurrir digamos en un error suponemos al trasladarse a un fondo privado cuando pues la información que se había dado para ese momento no era la adecuada ni era la que le permitía ver a ella si le convenio o no le convenía trasladarse al fondo porque si hubiese sido una información adecuada cierto no tendría porque si hubiese sido la información adecuada pues ella no se hubiese cambiado tampoco de fondo de pensiones no se hubiera cambiado de régimen si ahora bien en cuanto a los salarios si digamos si se hubiera hecho la proyección en ese momento si ella tenía unos salarios bajos como ella lo dijo fue algo que se fue ascendiendo pero también tiene salarios altos vemos que son salarios variables de 300 500 de 800 antes del año 2000 que fue el año de afiliación de ella y bueno otra que cosa que tendría que ver el Honorable Tribunal es que si ella está pensando en que se va a pensionar con un capital que estaba ahorrado en una cuenta de ahorro individual cierto y no que ese promedio del salario entonces porque por una parte dicen que ella subió digámoslo subió los salarios durante últimos 10 años si ella sabía que quien la iba a pensionar era el fondo de pensiones entonces no tendría sentido pensar una cosa y hacer otra ella no subió los salarios propósito sino que fue escalando ella claramente lo dijo que constituyo una empresa en la certificación que obra como prueba dicen que ella ingreso como secretaria después que cogió una parte administrativa hasta el momento de salir de esa empresa luego ya armo una empresa con sus familiares y también su salario fue atender fue ascendiendo y tampoco es un salario exorbitante como para uno decir que va defraudar el sistema con ese salario tan alto entonces en cuanto a que cuando ella dijo en esta parte que también hace mención la señora juez que se cambiaron las reglas de juego toda vez que este conocimiento ella dijo esto que se cambiaron las reglas de juego claro que se cambiaron las reglas de juego claro que se cambiaron las reglas de juego porque ella cuando se trasladó le dieron una información y cuando ay fue solicitada que se ingresara a COLPENSIONES se le dio la información correcta se le dio la información correcta que fue la que ella pudo decir en ese momento y por esto tiene conocimiento por eso ella dijo no lo negó yo puedo hacer un aporte adicional un aporte voluntario claro me dijeron pero esto fue una información que la obtuvo 16 años después de haber hecho sus traslados por tanto por tanto no se cumplió por parte del fondo de pensiones con la asesoría que se requería para que mi representada se trasladara de una manera clara al fondo de pensiones es claro que la información que se dio no es la adecuada fundamentándonos en el mismo interrogatorio que fue valga la redundancia fundamento para la sentencia que se acaba de proferir por esto señora juez es que solicito se conceda este recurso de apelación a fin de que el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral pueda escuchar el interrogatorio de parte de ella y valorar las pruebas documentales que se aportaron con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que es amplia en los últimos tiempos también calificar que en algún aparte de las sentencias también quedo que ella era administradora porque ella era administradora tenía conocimiento si no era la persona que no tuviera conocimiento quiero decirles también incluso a congresistas se les ha ordenado el traslado de régimen por nulidad del traslado no tiene nada que ver la educación o el conocimiento que se tenga cuando se da una información que no es la adecuada si en esto dejo mi recurso de apelación solicitando que se revoque en su totalidad las pretensiones perdón que se revoque en su totalidad la sentencia que se acaba de proferir por lo tanto por parte del juzgado 31 laboral de Bogotá en esto queda mi recurso muchísimas gracias señora juez”.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante FELICIDAD GLORIA ISABEL MORENO ROJAS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (archivo No. 1, folios 1 y 2) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (archivo No. 1, folios 2 a 4), aspirando se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, realizado por la demandante, efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A; se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se declare que la demandante tiene derecho a que los aportes cotizados en el RAIS sean trasladados a COLPENSIONES junto con los rendimientos y gastos de administración causados durante su afiliación a ese régimen; se declare que la demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez de conformidad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, desde la fecha de su causación o estatus pensional y que en virtud de dichas declaraciones se ordene el traslado de régimen pensional de la demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; se condene a PORVENIR a trasladar la totalidad de los aportes realizados por la señora FELICIDAD GLORIA ISABEL MORENO ROJAS, a COLPENSIONES, junto con sus rendimientos e intereses legales, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la parte actora. Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado que al revisar el contenido del formulario de afiliación de la demandante al RAIS con PORVENIR de fecha 23 de agosto de 2000 es claro que se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos para esa época a las AFP.**

Precisó que en el interrogatorio de parte la demandante confesó haber diligenciado y suscrito el formulario, donde se lee que la afiliada *“fue informada sobre las características de los regímenes pensionales, sobre las implicaciones del cambio de régimen y las implicaciones de su decisión”*; indicó que la demandante aceptó en el interrogatorio que *“estaba segura de lo que estaba haciendo”*, que el fondo privado le informó varias circunstancias como que en el RAIS iba a tener más garantías, que se iba a pensionar antes y que el ISS se acabaría; así mismo hace referencia a lo manifestado por la demandante de conocer la posibilidad de hacer ahorros voluntarios para obtener una mejor pensión y tener más y mejores beneficios.

Respecto a los motivos de la solicitud de regreso al régimen de prima media enfatizó en que eran de carácter económicos porque la demandante adujo que: *“le habían cambiado las reglas del juego”*, a lo que la a quo consideró que PORVENIR no ha hecho ninguna modificación en el RAIS y que por el contrario lo único que se advierte es que la señora demandante tenía pleno conocimiento de las características básicas de los regímenes pensionales y especialmente del RAIS.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 06 de julio de 1966³, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año

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

³ Expediente digital. Archivo No. 2 folio3.

2023, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de febrero de 2016, según se advierte en la reclamación que milita en el archivo 2, folio 4, y a PORVENIR el 11 de abril de 2016⁴, esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 50 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 515 semanas cotizadas⁶, que corresponden a 10 años por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **23 de agosto de 2000** (archivo No. 2, folio 22) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que, 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

⁴ Expediente digital. Archivo No. 2, folios 7 y 8.

⁵ Era trabajadora del sector privado según la historia laboral.

⁶ Expediente digital. Archivo No. 2, folios 9-12.

envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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,

más 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, contrario a lo concluido por la Juez de primer grado, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de

declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte⁹ la demandante aceptó que suscribió el traslado en el año 2000 cuando se encontraba laborando para la empresa COMPROIND LTDA, al revisar los detalles en que se dio dicha afiliación relatados por la misma actora se tiene que manifestó que la visitó en la empresa un asesor de PORVENIR S.A., quien hizo una reunión grupal promocionando a los fondos privados los cuales eran la novedad de la época porque se rumoraba que el ISS se acabaría y dichas entidades promocionaban planes muy atractivos, la demandante aceptó que tomo su decisión de trasladarse motivada por todo lo que el ejecutivo de PORVENIR le ofreció en el momento del traslado; si bien al escuchar lo manifestado por la demandante en el minuto 14:49 la señora FELICIDAD GLORIA señala que *“estaba segura de lo que estaba haciendo”*, al verificar el contexto de su afirmación se tiene que para la época cuando contaba con 34 años quería contar con los beneficios que le ofrecía el ejecutivo, pero también fue enfática en señalar, como se evidencia desde el minuto 14:57 que no le dieron una información clara respecto de lo que sucedería cuando la demandante se acercara a la edad para pensionarse.

Como motivos de su afiliación y por los cuales tomó la decisión de trasladarse al RAIS indicó que le ofrecieron más garantías como la posibilidad de pensionarse de forma anticipada, de asegurar sus aportes ante una inminente quiebra del ISS e indicó que nunca el asesor de PORVENIR le refirió la existencia de alguna desventaja en dicha decisión, pues, de su recuento se advierte que solo estaba enteraba de las bondades de las cuales disfrutaría si decidía afiliarse a ese fondo privado.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, para esta Sala de decisión, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente o la posibilidad de devolverle los saldos de la cuenta, se olvidó

⁹ Expediente digital, archivo No. 30. audiencia celebrada el 29 de julio de 2021, record 08:14.

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 directa y trascendentalmente en la decisión tomada por la actora, específicamente dada que su motivación para trasladarse fue siempre mejorar el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS. Estas características estaban contenidas en las regulaciones vigentes al momento del traslado y era lo mínimo que debía conocer la convocante del juicio con antelación a suscribir su afiliación al RAIS, como bien lo precisó la Sala Laboral de la CSJ desde la sentencia SL-1688-2019 donde detalló de forma clara la evolución del deber de información como a continuación se detalla:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (archivo no. 2, folio 22), contrario a lo advertido por la a quo, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**23 de agosto de 2000**), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

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

Además, se advierte, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹⁰ (archivo No.9 folios 10-11), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Respecto a lo pretensión declaratoria No. 5 ¹¹ que va dirigida a que se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, advierte esta instancia que aún no sería procedente acceder a lo solicitado toda vez que la demandante a la actualidad cuenta con 55 años de edad¹²; 1114 semanas cotizadas¹³ y según lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, los requisitos para acceder al derecho pensional son 57 años cumplidos para las mujeres y un mínimo de 1300 semanas cotizadas¹⁴, resultando evidente que la actora para la fecha de esta decisión no ha completado los requisitos para acceder al status pensional; advirtiendo esta colegiatura que para este momento procesal la solicitud del

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 29 de abril de 2021 (archivo No. 120) y se tuvo por no contestada la demanda por PORVENIR.

¹¹ Expediente digital, archivo No. 1 folio 2.

¹² Expediente digital, archivo No.2 folio3.

¹³ Expediente digital, archivo No. 2 folio 23.

¹⁴ “LEY 100 DE 1993: 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 1o. 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 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

derecho pensional es prematura y por ese específico hecho debe absolverse a COLPENSIONES del reconocimiento pensional pretendido.

Es importante aclarar que la absolución declarada en esta instancia respecto a la petición No. 5, no obsta para que la administradora de pensiones COLPENSIONES ante el eventual acaecimiento de hechos nuevos que tengan que ver con el advenimiento de la edad para acceder al derecho pensional o el incremento de semanas de cotización en pensión, realice un estudio de la viabilidad del reconocimiento de derechos pensionales a favor de la señora demandante, cuando así lo solicite la actora.

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

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

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por la señora FELICIDAD GLORIA ISABEL MORENO ROJAS el 23 de agosto de 2000 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

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

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

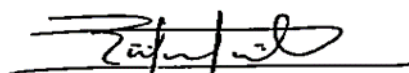
CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los saldos trasladados de la **AFP PORVENIR**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión declarativa No. 5, por lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON ALEXANDER ALARCON VARILA CONTRA AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S. (RAD. 35 2019 00694 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado sus alegatos de conclusión por parte de la parte demandante (fl 4) 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 extremo demandado, contra la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de julio de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 23:33, acta archivo 16 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S. a pagar a favor de JOHN ALEXANDER ALARCON VARILA las siguientes cantidades de dinero, conforme a lo motivado en esta providencia:

- 1. Por concepto de SALARIOS la suma de \$2`465.702,10.*
- 2. Por concepto de CESANTÍAS e INTERESES A LAS CESANTÍAS la suma de \$2`882.611.*
- 3. Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS la suma de \$2`716.839.*
- 4. Por concepto de VACACIONES por la suma de \$1.358.419.*
- 5. Por concepto de indemnización por despido injusto la suma de \$2`739.669.*
- 6. Por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$91.322,30, a partir del 28 de julio de 2019 y hasta por veinticuatro (24) meses y a partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando el pago antes reseñado se verifique.*

SEGUNDO: *Condénese en costas a la parte demandada AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S., por tanto, se fija a su cargo la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.”*

Inconforme con la decisión la demandada representada a través de curador *ad litem* interpuso recurso de apelación, señalando no estar de acuerdo con el salario establecido por el Juez de primer grado para la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas al actor, expresando que en el contrato de trabajo suscrito por las partes en la cláusula tercera se determinó que los pagos como gratificaciones, bonificaciones ocasionales, viáticos y otros dineros diferentes al salario no deben ser considerados como salario, por lo que aduce la sociedad demandada no debe ser condenada en las sumas señaladas teniendo en cuenta que el salario que se pactó en el contrato laboral solo fue de \$1.500.000.

Por otro lado y en cuanto a la condena por concepto de la sanción moratoria indica, que la prueba en este caso debe ser invertida por cuanto no se tuvo la posibilidad de contactar al representante legal de la pasiva y en ese orden de ideas la parte demandante es quien debe demostrar o probar la mala fe dentro del presente asunto, manifestando el accionante no solicito nunca el pago de su liquidación ni de los salarios, por lo que no se puede asumir la mala fe de la demandada simplemente por su atraso sin desconocer la situación económica que atraviesa el país a causa de la pandemia por el Covid-19 que pudo generar la complicada situación económica de la accionada, solicitando por ende su revocatoria¹. (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 25:33).

¹ Su señoría en calidad de apoderado de la parte demandada me permito presentar recurso de apelación y a continuación señalaré brevemente los reparos que tengo a la providencia. En primer lugar como lo señalo usted en sus consideraciones se determinó como salario para el demandante la suma que aparece en el contrato de \$1 500 000 y adicional las comisiones y pagos adicionales que estaban determinados en el contrato de trabajo y que señalo la parte demandante en su demanda, en ese sentido considero que tiene un yerro el juzgado al determinar todos estos dineros como salario, teniendo en cuenta que en el contrato de trabajo suscrito por las partes en la cláusula tercera se determinó que los pagos como gratificaciones, bonificaciones ocasionales, viáticos y otros dineros diferentes al salario que están determinados en la misma clausula tercera no deben ser considerados como salario y entendiendo que el juzgado en su potestad de condenar en más de lo que haya solicitado la parte demandante entendemos esa posición pero consideramos que no debe ser condenada la parte demandada a esta suma teniendo en cuenta que el salario que se pactó en el contrato laboral solo fue de \$1 500 000.

Como segundo punto para reparar a esta providencia consideramos que la sentencia o la condena la sanción moratoria del CST como lo habíamos señalado en la primera audiencia preliminar y de juzgamiento solicitamos que la prueba en este caso sea invertida de acuerdo a que la parte demandada del suscrito no tuvo las pruebas y tampoco tuvo la posibilidad de contactarse con el representante de la empresa Autos y Servicios Premier y por lo tanto para probar la mala fe como lo ha señalado la CSJ debió la parte demandante demostrar o probar la mala fe en este caso , como lo señale y como se hizo ver en el interrogatorio de parte el demandante no solicito por derecho de petición nunca el pago de su liquidación, ni de sus salarios, por lo tanto no podemos asumir la mala fe de la demandada simplemente porque se había atrasado, desconociendo además la situación económica que está viviendo el País como es la pandemia por el Covid 19 pudo en

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 JHON ALEXANDER ALARCON VARILA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el archivo 1 del expediente digital págs. 33 y 34, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en el mismo archivo págs. 34 y 35, aspirando se declare la existencia de un contrato a término indefinido desarrollado del 1º de agosto del 2018 al 27 de julio del 2019, en consecuencia se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salario del 1º al 27 de julio, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización moratoria, derechos ultra y extra petita y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la demandada AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S. a cancelar al actor salarios adeudados, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido e indemnización moratoria. Lo anterior, tras considerar que la sociedad demandada no acreditó el pago de las acreencias debidas al actor, máxime cuando en la misiva de terminación se le indicó que el vínculo finalizaba por decisión unilateral del empleador y que se le cancelaría la indemnización correspondiente, pero sin demostrar haber efectuado dichos pagos, tomando como salario la suma de \$2.739.669 correspondiente al salario pactado de \$1.500.000 más las comisiones que se indican en una certificación expedida por la demandada de \$1.239.669.**

Con relación a la sanción moratoria, estimó su procedencia porque no encontró una razón que justificara el actuar de la demandada.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia

algunos casos esto generar una situación económica complicada para la demandada y que pudo de pronto generar ese incumplimiento de las obligaciones para con el demandante, en ese sentido consideramos que la sanción moratoria no debe ser impuesta en ese caso concreto, así como las condenas para prestaciones sociales y salario sobre ese IBL que se señaló en la parte considerativa de su providencia, en ese sentido me permito presentar este recurso de apelación para que en esta sentencia de segunda instancia el a quem señale lo que considera en este caso.

Adicional a eso me permito agregar que como Curador Ad litem mi deber en este caso es que la parte demandada tenga una segunda instancia para que no quede duda alguna que se cumplió con el debido proceso y que un juez en segunda instancia determine si en este caso la providencia obró en justicia, muchísimas gracias su señoría”

(artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

En esa dirección, se advierte, en el asunto no se presenta controversia frente a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cual tuvo vigencia entre el 1º de agosto del 2018 y el 27 de julio de 2019, situación que además de ser una conclusión a la que arribó el juzgador de primer grado sin que respecto a ello se presentara reparo alguno en la alzada, se acredita con las documentales visibles en el expediente digital archivo 1, páginas 5 a 10 y 16.

En tal sentido y atendiendo las inconformidades del recurrente, iniciará la Sala por establecer el salario devengado por el demandante durante el desarrollo de la relación laboral, precisando al recurrente en punto a su apelación el Juez de primer grado tomó como salario el pactado en el contrato de trabajo de \$1.500.000 más la suma señalada por comisiones en la certificación visible en la página 17 del expediente digital archivo 1 -\$1.239.669-, descartando el *a quo* sumas adicionales que pudo haber devengado el accionante como auxilio de transporte y rodamiento, razón por la cual esta Sala procederá a determinar si en efecto el actor devengó o no la referida suma por concepto de comisiones.

Para solventar ello, se procedió al análisis riguroso de los medios de convicción incorporados a los autos, de los cuales, a juicio de esta Corporación y contrario a lo concluido por el juzgador de primer grado, no deviene acreditado en manera alguna que el actor percibió durante su vinculación con la empresa AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S valor alguno por concepto de comisiones, tal como pasa a explicarse.

El 1º de agosto de 2018, las partes suscriben un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de JEFE DE SERVICIO, devengando un salario de \$1.500.000 (págs. 5 a 10 Archivo 1). En lo que toca a la remuneración, los suscribientes acordaron expresamente:

“TERCERA: Salario, forma y periodos de pago. El Empleador y El Empleado convienen en que como única remuneración por la prestación del servicio a que se obliga El Empleado, El Empleador le reconocerá por la prestación de sus servicios el equivalente a un salario básico UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.500.000) más el subsidio de transporte legal vigente si a este hubiere lugar.

Las partes hacen constar que El Empleador no suministra salario en especie. Se aclara y se conviene que en los casos en los que el Empleado devengue comisiones o cualquier otra modalidad de salario variable, el 82.5 % de dichos ingresos, constituye remuneración ordinaria, y el 17.5 % restante está destinado a- remunerar el descanso en los días Dominicales y Festivos de que tratan los capítulos I y II del título VII del Código Sustantivo de Trabajo. Parágrafo Primero: Las partes hacen constar que en esta remuneración queda incluido el pago de los servicios que El Empleado se obliga a realizar durante el tiempo estipulado en el presente contrato, y el de la remuneración por recargo nocturno. Este pago de salario lo hará El Empleador mensualmente, es entendido que los auxilios, gratificaciones, bonificaciones ocasionales, viáticos, premios y bonos que El Empleador haga al Empleado, no se computaran como parte Integral del salario para efectos de prestaciones sociales. Al efecto las partes así lo pactan expresamente en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1.990.”

De la lectura de dicha cláusula factible es concluir que se acordó una remuneración fija y no variable por la labor del trabajador, precisándose, en el contrato, ninguna estipulación, diferente a la citada, refiere a la retribución del demandante, así como tampoco al pago de comisiones a favor del empleado, a menos que las hubiere realmente devengado, lo que no ocurrió.

Valga anotar igualmente, no se evidencia la celebración de otrosí o modificaciones –verbales o escritos- al contrato laboral, en el que se convenga el pago de comisiones o las condiciones de causación.

Por otro lado, al expediente se incorporó por parte del accionante a folio 17 del expediente digital-archivo 1, documental con logo de AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S sin fecha de expedición, en la que se hace constar lo siguiente:

A QUIEN INTERESE

Certificamos que el señor **JHON ALEXANDER ALARCON VARILA** identificado con cedula de ciudadanía No **79.667.619**, labora en nuestra compañía **AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S** identificada con **NIT 901.187.759-2**, desde el 01 de agosto de 2018 hasta el 27 de julio de 2019, desempeñando el cargo **JEFE DE SERVICIOS** con un contrato a término indefinido, devengando un salario mensual de un millón quinientos mil pesos mcte (1.500.000.00), auxilio de transporte, un rodamiento de cuatrocientos mil pesos mcte (400.000.00) y unas comisiones de (1.239.669).

La presente se expide a solicitud del interesado.

Cordialmente,


KELIN JOHANA PULIDO MORALES
RECURSOS HUMANOS



La anterior misiva señala como se pretende en la demanda, el trabajador devengó comisiones en vigencia del vínculo laboral que lo ató a la demandada, sin embargo para esta Sala de decisión la misma resulta insuficiente para constatar tal situación, en tanto se desconoce si tal valor -\$1.239.669- lo devengó de manera permanente desde el primer mes de labores, se echan de menos igualmente las condiciones en que las mismas se causarían y pagarían al convocante del juicio por la labor desempeñada en virtud del contrato de trabajo que sostenía con la demandada, precisando no existe otro medio de convicción que reafirme o corrobore lo allí descrito, razón por la cual una vez valorada tal documental bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables y ante la precariedad de tal prueba, sin fecha de elaboración, esta Corporación ha de determinar que el salario devengado por el accionante únicamente fue de \$1.500.000.

Recuérdese, en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tenía el interés jurídico de que resultaran probadas sus aserciones era la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la

misma, precisándose es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba, por ello, quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo.

Razones por las cuales se modificara la sentencia de primer grado procediendo esta corporación a reliquidar las condenas impuestas con el valor aquí señalado, así:

<i>Año</i>	<i>No Dias Laborados</i>	<i>Salario</i>	<i>Cesantias</i>	<i>Intereses</i>	<i>Prima de servicios</i>	<i>Vacaciones</i>
2018	150	\$ 1.500.000	\$ 625.000	\$ 31.250	\$ 625.000	\$ 312.500
2019	207	\$ 1.500.000	\$ 862.500	\$ 59.513	\$ 862.500	\$ 431.250
Subtotales			\$ 1.487.500	\$ 90.763	\$ 1.487.500	\$ 743.750
Total adeudado			\$ 3.809.513			

<i>Indemnización por despido sin justa causa</i>		<i>Salario adeudado</i>	
Tiempo laborado	357 dias	Del 1º al 27 de julio del 2019	27 dias
Salario	\$ 1.500.000	Salario Diario	\$ 50.000
Dias de indemnizacion	30	Total	\$ 1.350.000
Total Indemnizacion	\$ 1.500.000		

Por otra parte y en cuanto a la **Indemnización moratoria** contemplada en el artículo 65 del C.S.T., punto objeto de apelación, ha de indicarse al impugnante, para este tipo de sanción le corresponde al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo el empleador para no pagar salarios y prestaciones o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe². En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³ sin que sea dable como lo pretende el apelante invertir la carga de la prueba.

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

³ "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

De esta manera, para esta Corporación en el presente asunto es claro que el demandado debió pagar las acreencias laborales y salario de actor durante la ejecución del vínculo laboral, esto es, del 1º de agosto del 2018 al 27 de julio del 2019 por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto, se estima desdeñable la posición del llamado a juicio al sustraerse del pago de las acreencias debidas al accionante, razón por la cual resulta procedente la condena a esta indemnización, precisándose al recurrente dentro del plenario nada se indicó que el no pago de las acreencias laborales del promotor del litigio tuviera como justificación algún problema de tipo económico y aunque fuese así, se tiene que las crisis financieras de los empleadores no constituyen por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, pues debe probarse que dicha circunstancia le generó una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales, situación que en el presente caso no se acreditó en tanto el accionado compareció al proceso a través de curador ad litem y por ende no obra prueba de dicha situación.

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

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

“(…) la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar

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

su buena fe (ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 ago. 2012. Rad. 37288)."

Por ende, se itera al no evidenciarse una situación que enmarque a la sociedad AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S. en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión del accionante como bien lo determinó el Juez de primer grado, advirtiéndose como quiera que el último salario del actor superaba el mínimo legal mensual vigente (\$1.500.000 para el año 2019) la sanción de un día de salario por cada día de retardo aplica por los primeros 24 meses luego de finalizado el vínculo contractual, pues a partir de allí solo proceden los intereses moratorios, en tanto la demanda se presentó el 3 de septiembre del 2019 (pág. 23 Archivo 1), esto es, dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato, que lo fue el 27 de julio del 2019 según lo considerado por el Juez de primer grado.

Conforme lo anterior, se condena al pago de **\$36.000.000** (\$1.500.000 x 24 meses) por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA causada del 27 de julio del 2019 al 27 de julio del 2021 y a partir del día siguiente -28 de julio del 2021- se ordenará el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas que se adeuden por salarios y prestaciones en dinero. Se modifica en este punto el fallo de primera instancia.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación de las condenas impuestas en la sentencia apelada, conforme a lo motivado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, **SE CONDENA** a la

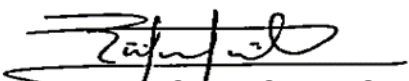
sociedad AUTOS Y SERVICIOS PREMIER S.A.S. a pagar al señor JHON ALEXANDER LARCON VARILA las siguientes sumas y conceptos:

- 1) CESANTIAS \$1.487.500
- 2) INTERESES A LAS CESANTIAS \$90.763
- 3) PRIMA DE SERVICIOS \$1.487.500
- 4) VACACIONES \$743.750
- 5) SALARIO del 1º al 27 de JULIO DEL 2019 \$1.350.000
- 6) INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA \$1.500.000
- 7) INDEMNIZACION MORATORIA \$36.000.000 causada del 27 de julio del 2019 al 27 de julio del 2021 y a partir del día siguiente -28 de julio del 2021- se ordenará el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas que se adeuden por salarios y prestaciones en dinero.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA LUCÍA
ARDILA RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2020 000159 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogado JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE como apoderado sustituto 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 julio de los corrientes (fl. 11).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR S.A (fl 4-8), COLPENSIONES (fl 14-16) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el

pasado 6 de agosto de 2021 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 58:55, archivo “33. AUDIENCIA RAD. 2020-00159-20210806_103356-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., y en consecuencia se ordena trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES –todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: SE CONDENA a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en dicho régimen, como se advirtió en la parte motiva.

TERCERO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a volver a afiliar a MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes efectuados a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

CUARTO: SE CONDENA en costas a PORVENIR S.A., por lo tanto, señalamos como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, que se incluyen la liquidación de costas, sin costas para COLPENSIONES.

QUINTO: De no apelarse la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá para que se estudie en consulta.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas la apelaron.

Así, en primer lugar PORVENIR solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello advierte, no es posible declarar la ineficacia del traslado con fundamento en una falta del deber de información pues para la época del traslado no estaba obligada a suministrar documentales con las que se probara la asesoría brindada a la demandante, la que, en todo caso, se otorgaba de manera verbal y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, en los cuales se determinó que el traslado era válido con la sola firma del formulario de afiliación.

Adicionalmente, señala, debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo y la permanencia de la demandante dentro del RAIS reafirman su voluntad de

afiliación, así como los actos de relacionamiento a que se refieren las sentencias SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021, en las cuales se dice *“que cuando una persona realiza traslados horizontales entre fondos no está dando a entender otra cosa distinta a su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual y entender las condiciones del mismo, para manifestar su voluntad de permanencia en este fondo”*.

Sostiene, no es cierto que se haya faltado al deber de información, toda vez que no se pudo probar dicho elemento con el interrogatorio de parte de la demandante en la cual ésta se mostró evasiva y renuente a contestar.

Por otro lado, alude, no es posible ordenar la devolución de los gastos de administración porque al tenor de lo previsto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se destina el 3% de la cotización a financiar estas cuotas administrativas, así como la pensión de invalidez y sobrevivientes, precisando, este concepto no forma parte integral de la pensión de vejez y, por tanto, están sujetos a la prescripción.

Resalta, la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020, indicó de manera expresa que en aquellos eventos en que procede la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes junto con sus rendimientos, sin hacer alusión alguna a rubros distintos como los gastos de administración, primas provisionales y cualquier otra suma de dinero diferente.

Frente a este punto, además, sustenta que ordenar el traslado de estos recursos a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad, porque no existe norma que disponga tal devolución, anotando, esos dineros le pertenecen a esa AFP por ser una contraprestación a la excelente gestión que adelantó para incrementar el capital existente de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Por último, insiste, debe declararse la prescripción frente a la devolución de estas cuotas de administración, primas de seguro y cualquier otra suma distinta al capital de la cuenta y los rendimientos, ya que sobre estos no puede predicarse la

imprescriptibilidad de la que goza el derecho pensional como tal¹ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:00:45, archivo “33. AUDIENCIA RAD. 2020-00159-20210806_103356-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

¹ “Muchísimas gracias su señoría estando dentro de la oportunidad pertinente presento recurso de apelación contra la sentencia proferida para que el Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral revoque esta sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado en fundamento en una falta de información pues para la época del traslado mi representada no estaba en la obligación de brindar documentales que probarse que la asesoría se brindó, por otro lado la asesoría se brindaba de manera verbal, así las cosas mi representada cumplió con las asesorías conforme al artículo 97 del decreto 663 del 93 y la circular 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera que era la que nos decía que se entendía válido el traslado con la sola firma del formulario de afiliación.

Además, debemos tener en cuenta que el paso del tiempo y la permanencia de la actora dentro del régimen de ahorro individual no han hecho otra cosa que firmar la voluntad de la actora dentro del régimen de ahorro individual.

Por otro lado su señoría se observa en este caso los supuestos de los actos de relacionamiento esgrimidos en la sentencia SL 3752 de 2020 y más recientemente SL 1061 de 2021 de la Honorable Magistrada ANA MARIA MUÑOZ SEGURA en la que nos dice que cuando una persona realiza traslados horizontales entre fondos no está dando entender otra cosa distinta a su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual y entender las condiciones del mismo, para manifestar su voluntad de permanencia en este fondo.

Debemos tener en cuenta su señoría en lo que el deber de información respecta no es cierto que se haya faltado al deber de información toda vez que no se pudo probar o se determinó que no se pudo probar dicho elemento dentro del interrogatorio de parte, pero es aquí importante poner de precedente señores Magistrados que la demandante se contradijo en el interrogatorio de parte siendo evasiva y recurriendo a dichos que no eran de la veracidad de los hechos.

Por otro lado, no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración porque de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93 también el régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, debemos tener en cuenta que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y ellos están sujetos a la prescripción, además necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto emitido el 15 de enero de 2020 indico de manera expresa que en los eventos que procediera la ineficacia del traslado las únicas sumas retornar son los aportes junto con sus rendimientos, sin hacer mención en ningún momento a dineros como gastos de administración, primas provisional o cualquier otra suma de dinero diferente a la ya mencionadas.

De igual manera merece atención el hecho que ordenar el traslado de estos a COLPENSIONES configurara un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que disponga la devolución, norma clara y legal que si nos hace mención es el artículo 113 literal b de la ley 100 que nos menciona cuando hay un cambio de régimen pensional los únicos dineros a trasladar son los concernientes a las sumas de cotizaciones y rendimientos, no haciendo tampoco mención en ningún lado a los gastos de administración o dineros diferentes a los ya mencionados, entendiéndose entonces que estos gastos de administración corresponden a mi representada por una contraprestación en la excelente gestión que adelantó para incrementar el capital existente de la cuenta individual de la demandada.

Finalmente deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, primas de seguro o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada o los rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden a valores a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales y pues por cuanto no están llamados a financiar la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad característica que si goza el derecho pensional como tal, de esta manera considera este suscrito que los supuestos por los cuales se condena a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia solicito de manera muy respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoque esta sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada. Muchas gracias.”

A su turno COLPENSIONES alega, los vicios del consentimiento como el error, la fuerza y el dolo deben ser demostrados por la parte que los alega y en manera alguna es posible trasladar dicha carga a la entidad del sistema, conforme lo reglado en el artículo 167 del C.G.P., destacando frente al asunto que el error de derecho no tiene el alcance para viciar el consentimiento.

Asegura, la declaratoria de nulidad afecta la sostenibilidad financiera del sistema, especialmente si se tiene en cuenta que han transcurrido más de 25 años desde que se produjo el traslado de la convocante, siendo materialmente imposible probar las circunstancias que rodearon su afiliación al RAIS toda vez que no era obligatorio dejar registro documental de la asesoría brindada y recuerda que *“nadie está obligado a lo imposible”*² (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:05:29, archivo “33. AUDIENCIA RAD. 2020-00159-20210806_103356-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

² *“Muchas gracias señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad procedo a presentar recurso de apelación frente al fallo proferido hoy, en cuanto a las consideraciones expuestas por el señor juez sobre la carga de la prueba tenemos que el artículo 167 del Código General del Proceso que indica incumbe a las probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en este sentido el Honorable Tribunal en varios pronunciamientos como la sentencia con ponencia del Magistrado CARLOS ANDRES VARGAS el pasado 10 de octubre de 2017 proceso 1920150915 frente a la carga de la prueba en estos procesos manifestó que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las parte que los alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, lo anterior de conformidad con el artículo 167 Código general del proceso, (se entrecorto) de igual manera en el sentencia por el Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del Magistrado ponente mencionado por los vicios del consentimiento que ella prestó al suscribir el traslado del régimen inducido por dolo estima la sala que no se aportaron pruebas pertinentes y suficientes por las partes que tenía la carga procesal, la parte demandante al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código general del proceso se debe recordar además que frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, la falta del deber de información un error de derecho que no tiene alcance para viciar el consentimiento según lo dispone el artículo 1509 del Código civil menos aún para el demandante efectuar el traslado en diferentes administradoras de pensiones de este último hecho folio 64” conforme la jurisprudencia transitada le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados no bastando para ello la simple firma de la (se entrecorto) que resulta desproporcionar colocar la carga de la prueba en las AFP en el caso en particular en COLPENSIONES, que en los casos que se ha declarado la nulidad es la más afectada teniendo a la sostenibilidad del sistema, máxime cuando la afiliación fue en 1998 queriendo decir que han transcurrido más de 25 años a la fecha, configurando es imposible probar las circunstancias que ordenaron la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar registro documental de la misma, lo cual es completamente aplicable en estos caso a la principio nadie está obligado a lo imposible, luego entonces al haber fundado la actora a su pretensión de haber sido engañada por las AFP de fondos privados a estado afiliada, en este caso afiliada a PORVENIR en conformidad en lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 167 del Código general del proceso, la carga de probar dicha información lo que brillo por su ausencia en el presente caso, como se nos indicó en el interrogatorio de parte que la reunión duro 1 hora lo cual no le indicaron los beneficios y e información adicional de la terminación del mismo, lo cual no corrobora o indica que haya brindado la información completa en una hora, de la misma razón al condenar costas y agencias en están instancia se va a presentar un detenimiento al fondo, por lo anterior solicito a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representand de ca uno de los numerales ya que estaba dando cumplimiento a la ley. Muchas gracias señor juez.”*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 5, archivo “01. 2020-00159-00.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 6 y 7, ibídem), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación realizada en el mes de diciembre de 1998 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. y que su única afiliación válida al Sistema General de Pensiones es la efectuada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. En consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPATRIA hoy PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver las sumas percibidas por concepto de aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con su rendimientos. Además, la condenó a pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión por los gastos de administración, durante el tiempo que esta permaneció afiliada a dicho régimen y le ordenó COLPENSIONES volver a afiliarse a la actora en el RPM y recibir los aportes trasladados por PORVENIR. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA) 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 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de abril de 1963 (página 14, archivo “01. 2020-00159-00.pdf”, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 17 de febrero de 2020 (página 39, *ibídem*) esto es, cuando ya le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 140,86 semanas cotizadas que corresponden a 2,7 años (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, páginas 127 y 128, archivo “11. CONT 2020 00159 MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ vs PORVENIR S.A.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.

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 **2 de diciembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1 de febrero de 1999**, (páginas 71 y 73, archivo “11. CONT 2020 00159 MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ vs PORVENIR S.A.pdf”, expediente digital) por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

⁴ Laboraba en el sector privado.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

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

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).

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, como lo pretende hacer ver COLPENSIONES en la alzada, 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.

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 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 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 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 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 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 la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le indicaron que el seguro social se iba a acabar y no recordar ninguna otra

⁷ Audiencia del 6 de agosto de 2021, récord 16:49.

información que se le hubiese suministrado en la reunión grupal en la que suscribió la afiliación a COLPATRIA.

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, hoy PORVENIR S.A. (*página 73, archivo “11. CONT 2020 00159 MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ vs PORVENIR S.A.pdf”, expediente digital*), este 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, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 75 a 77, ibíd.*), 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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, 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 COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR invoca como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del

artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre

las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA), omitió en el momento del traslado de régimen (2 de diciembre de 1998, efectivo el 1 de febrero de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*página 71, archivo 11, expediente digital*) 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 (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS, como se adujo e la alzada por PORVENIR.

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).”*

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 (página 133, archivo “11. CONT 2020 00159 MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ vs PORVENIR S.A.pdf”, expediente digital) 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.

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 S.A., 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 prescripción⁸ (página 32 archivo "11. CONT 2020 00159 MARTHA LUCIA ARDILA RODRIGUEZ vs PORVENIR S.A." y página 27 archivo "16-11001310503520200015900 CONTESTACION.pdf", expediente digital) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 5 de diciembre de 2019 (página 204, archivo 1, expediente digital).

devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

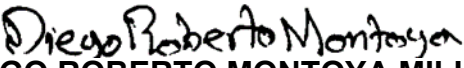
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLADIS ALARCÓN
FLOREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 35 2020 00360 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SONIA LORENA RIVEROS VALDES 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, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 7).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 12) y COLPENSIONES (fl 4-5), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de julio de 2021

(Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:29, acta archivo 38 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por GLADIS ALARCON FLOREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS y como consecuencia se ordena el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: SE CONDENA a COLFONDOS a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que estuvo afiliada a este fondo.

TERCERO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a volver a afiliar a la señora ALARCON FLOREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes que ésta hubiese efectuado en COLFONDOS.

CUARTO: SE CONDENA en costas a COLFONDOS señalamos como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, suma que se incluye en la liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: Si no se apela esta decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en consulta.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada COLPENSIONES apeló aduciendo dicha entidad no hace parte del negocio jurídico por lo que no puede verse afectada dentro de la presente actuación.

Señala que para el momento del traslado la aquí demandante no contaba con una mera expectativa tampoco ni era beneficiaria del régimen de transición para que se le pudiera permitir trasladarse en cualquier momento como lo señala la ley 100 de 1993, por lo que considera se encuentra dentro de una prohibición legal la cual argumenta se establece no de una manera caprichosa sino para darle sostenibilidad financiera al sistema y también para resguardar ese principio de financiabilidad del Estado porque si bien los recursos que administra COLPENSIONES no son recursos propios si pertenecen al erario público-

De la misma manera refiere, COLPENSIONES administra un fondo común con el cual no solamente se cubriría la pensión sino el de las demás personas que día a día contribuyen al sistema, precisando la aquí demandante no ha contribuido durante todo este tiempo sino que por el contrario manifestó su voluntad al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad no solo con la suscripción del formulario sino por haber guardado silencio todos estos años y

esperar hasta el año 2019 para solicitar su traslado, situaciones que en su sentir demuestran la permanencia en dicho régimen, razón por la cual solicita se revoque el fallo de primer grado, como también peticiona no se condene en costas en segunda instancia.¹ (Audiencia de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 31:13).

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

¹ “Gracias doctor de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación frente al fallo proferido por su despacho en razón como quedo esbozado en las alegaciones finales la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pues ha de tenerse en cuenta que esta no hace parte dentro del negocio jurídico y si pues es quien se está viendo damnificada dentro de la presente actuación y para ello solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar el fallo proferido respecto de las condenas contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en el sentido de recibir a la señora GLADYS ALARCON en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES a de decirse que como se dijo para el momento del traslado la aquí demandante no contaba con una mera expectativa tampoco era beneficiaria del régimen de transición para que se le pudiera permitir trasladarse en cualquier momento como lo señala la ley 100 de 1993, decirse también que esta se encuentra dentro de una prohibición legal y esta prohibición establece no de una manera caprichosa sino entra con la misma legislación justamente para darle sostenibilidad financiera al sistema y también para resguardar ese principio de financiabilidad del Estado y esto es porque si bien los recursos que administra COLPENSIONES no son recursos propios si bien valga la redundancia administra recursos que pertenecen al erario público y permitir que una persona se traslade una persona en cualquier momento como se viene haciendo frente a los fallos de primera instancia a pesar de encontrarse frente a una prohibición legal y alegando en este caso una información que no, que si bien como se estableció en la demandada para la aquí demandante no fue suficiente a decirse que esta también tuvo todos los mecanismos para asesorarse para buscar una información adicional, o para determinar que la información que se le dio en su momento no fue suficiente haberse trasladado antes de faltarle 10 años para la prohibición y no esperar encontrarse dentro de la prohibición legal para solicitar un traslado de régimen como se está haciendo acá y es que justamente esta prohibición se hace para resguardar el derecho de las personas que día a día vienen contribuyendo al sistema y sobre los cuales también se encuentran damnificados con estos fallos, pues porque COLPENSIONES administra un fondo común el cual no solamente se cubriría la pensión según el fallo de la aquí demandante sino de las demás personas que vuelven a repetir vienen día a día contribuyendo al sistema, además que aquí la demandante no ha contribuido durante todo este tiempo sino que por el contrario manifestó su voluntad al quererse trasladar al régimen de ahorro individual con solidaridad no solo con la suscripción del formulario sino además el hecho de haber guardado silencio todos estos años y haber esperado hasta el año 2019 para solicitar su traslado demuestra la permanencia de acuerdo con la jurisprudencia para permanecer dentro de un régimen, esto es del régimen de ahorro individual con solidaridad y a de declararse que también se ha venido beneficiando de este régimen como si se hubiese presentado cualquier otro tipo de contingencia como hubiese sido la invalidez, quien hubiese cubierto eso pues hubiese sido el régimen de ahorro individual con solidaridad y es que se está permitiendo además que estos aprovechen se aprovechen de estas ventajas y beneficios que le otorgan régimen de ahorro individual con solidaridad por cuanto no se le ordene retornar no solo los aportes sino que también los rendimientos que siendo propios del régimen de ahorro con solidaridad se ordenan trasladar, es decir, si se ha venido beneficiando y se esta permitiendo que estos trasladados se den a pesar de haberse venido beneficiando de régimen de ahorro individual con solidaridad y trasladar esto al régimen de prima media, y a pesar de esto muchas veces no alcanzan para cubrir las expectativas pensionales de las personas que pues se ordenan dichos trasladados, en este sentido y como ya se dijo solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque su fallo teniendo en cuenta pues que no en todos los casos debe aplicar la ineficacia del traslado y que este error debe ser probado mucho más allá de la simple conveniencia en un régimen o en el otro solicito al Honorable Tribunal se sirva revocar el fallo de primera instancia y también en segunda instancia se absuelva a mi representada de costas y agencias en derecho. Muchas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (págs. 1 a 3 archivo 3 expediente virtual) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 3 y 4 archivo 3 expediente virtual), aspirando se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP COLFONDOS por la inobservancia en el deber de información, en consecuencia se condene a COLFONDOS a trasladar la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, igualmente se condene a Colpensiones a activar la afiliación y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, disponiendo a dicha AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida, junto con las sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto y rendimientos, como también a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración. 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 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 3 de noviembre de 1960 (pág. 14 archivo 3 expediente virtual), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS³ y COLPENSIONES los días 30 y 31 de julio del 2020 respectivamente, según se lee de los documentos que milita en las páginas 99, 100, 101, 102 y 103 a 107, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 389,77 semanas cotizadas que corresponden a 7 años, 6 meses y 28 días (*reporte semanas cotizadas expedido por Colfondos –páginas 112 a 117*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo afirma COLPENSIONES en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de abril de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio de 1997**, (*archivo 3 pág.118 y archivo 11 págs. 100 y 101*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente

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

³ Aunque la petición no cuenta con fecha de radicado el hecho 15 de la demanda en que se indica que lo fue el 30 de julio del 2020 fue aceptado por COLFONDOS en su contestación, además obra respuesta a dicha solicitud de traslado (págs. 103 a 107).

⁴ Laboraba en el Banco de la República (folio 98).

conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito.

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 requisito, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁵, 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.

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

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

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).

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 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, tampoco obra confesión al respecto pues no decretó como prueba el interrogatorio de parte de la accionante.

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 (*Archivo 3* pág. 118), 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 tal 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 se advierten ausentes en el plenario.

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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información, como se conoce actualmente, existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, en la misma providencia ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (29 de abril 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 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.

También es menester precisar en punto a la apelación de COLPENSIONES, 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 COLFONDOS, 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.

Pertinente es aclarar, atendiendo los argumentos de la alzada vertida por 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 afiliada.

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.

Advirtiéndose, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera señalado por COLPENSIONES en la alzada, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben*

reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (Archivo 13 págs. 29 a 31), 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.

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 por parte de Colpensiones por auto del 23 de julio del 2021 (Archivo 25 expediente virtual)

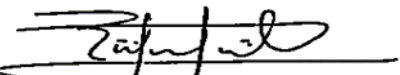
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEJANDRA
GÓMEZ GARCÍA CONTRA DIANA ALEXANDRA TORRES ALARCÓN
(RAD. 36 2019 00582 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante mediante correo electrónico del 25 de junio de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de mayo de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, carpeta “07. Audiencia y acta 06.05.2021-2019-00582”, récord 14:21, audio 2), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre las señoras ALEJANDRA GÓMEZ GARCÍA y DIANA ALEXANDRA TORRES ALARCÓN, existió un contrato de trabajo, a término indefinido, del 3 de abril al 31 de octubre del año 2018.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a pagar:*

- a. \$801.667 por Cesantías.*
- b. \$59.323 por Intereses De Cesantías*
- c. \$400.833 por vacaciones.*
- d. \$801.667 por primas de servicios.*
- e. \$5.230.197,92 por horas extras.*

- f. \$1.689.756,25 por recargos nocturnos.
- g. Los intereses moratorios sobre las sumas debidas por las prestaciones sociales, recargos nocturnos y trabajo suplementario, de los literales A, D, E y F del presente numeral, a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, desde el 1° de noviembre de 2018 y hasta que se satisfaga la obligación.

TERCERO: CONDENAR a la encartada a cancelar el valor del cálculo actuarial, de conformidad con la liquidación que realice la administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la señora ALEJANDRA GÓMEZ GARCÍA, o si no está afiliada, a la última en la que hubiera estado o la que ella escoja. Al efecto se debe tener en cuenta el Decreto 1887 de 1994 y un salario de \$1.300.000.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, compensación y pago.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la encartada. Inclúyase en su liquidación la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión, la demandada, a través de su apoderado judicial, interpuso recurso de apelación solicitando se estudie la legalidad de la sentencia con el fin de que sea revocada en su integridad.

En ese sentido, indica, el juzgado incurrió en un defecto fáctico porque parte de una “*falacia argumentativa*” al no dar por descartada la subordinación, pues si bien es cierto al tenor del artículo 24 del C.S.T se presume que toda prestación personal del servicio está regida por un contrato de trabajo, también lo es que en este caso está acreditado que la actora no fungía como trabajadora dependiente sino independiente y ni siquiera prestaba sus servicios directamente, lo cual, asegura, se infiere del interrogatorio de parte que absolvió y de los “*pantallazos del Whatsapp*” aportados por la misma demandante.

Asegura, la declaración rendida en estados por el extremo actor no fue valorado de forma objetiva, en parte porque no se percató que esta fue evasiva y renuente a contestar, pese a ello, dice, no se impuso sanción o consecuencia jurídica alguna frente a tal actitud, desconociendo con ello el artículo 205 del C.G.P. relativa a la confesión ficta, a partir de la cual se llegaría la convicción de que la actora devengó honorarios y se le pagó por turnos.

Sostiene, no se tuvo en cuenta la aseveración de la demandante que el servicio no siempre lo prestaba directamente sino a través de interpuesta persona, específicamente cuando no le era posible asistir.

Alude, tampoco se valoró la versión de los testigos, quienes, lejos de ser contradictorios fueron convincentes en el sentido de demostrar que la convocante se ausentaba varias veces, que no siempre realizaba su turno personalmente y el horario en el que desempeñaba sus funciones. Adicionalmente, indica, sus declaraciones no pueden ser descartadas por el vínculo con la demandada porque estos fueron coincidentes y concluyentes, no solo entre ellos sino con lo referido por la demandante en su interrogatorio y los mensajes de Whatsapp.

De otro lado, alega, aunque el Despacho consideró que no existió interrupción en la prestación del servicio, conclusión a la que arribó a partir de los desprendibles o cupones de pago, no se percató la *a quo* que a la demandante se le pagaban los turnos completos y luego ella, de su propio peculio, cancelaba a quien la reemplazaba cuando no asistía, advirtiendo, en el asunto no importaba si la prestación personal era directamente o a través de interpuesta persona, es por ello que en la mentada documental se evidencia continuidad en los turnos, siendo ésta la voluntad de las partes a la cual se le restó valor probatorio. Sobre ello además, indica, se desconocieron las conversaciones de Whatsapp que la misma actora incorporó en los que refiere que enviará una persona que la reemplace, situación que, a su juicio, no se presenta cuando media un contrato laboral.

Critica el valor probatorio que se le dio a la declaración extra juicio rendida por Ana Elvira dada su falta de ratificación dentro del proceso y las inconsistencias *lógicas* del mismo, como lo atiente a la fecha de terminación y el horario, al igual que la falta de apreciación del interrogatorio de parte que la demandada absolvió en el cual clarificó que la relación estuvo regida por un contrato de prestación de servicios, la autonomía que tenía la actora, la ausencia de requerimientos ante su inasistencia a laborar, entre otros aspectos que no fueron tenidos en cuenta por la juez de primer grado.

Por otro lado, resalta, la enfermería es una profesión liberal que bien puede ejercerse de manera autónoma e independiente, no subordinada, situación que tampoco fue considerada por el juzgado.

Con relación a las operaciones aritméticas realizadas, asevera que estas tienen errores graves porque los valores reconocidos no son los que corresponden. Además, indica, de aceptarse que existió contrato de trabajo se equivoca la juzgadora en imponer a su cargo el pago de la sanción moratoria toda vez que no hubo mala fe, ya que estaba actuando bajo la convicción errada de que la relación estaba regida por un contrato de prestación de servicios en virtud del cual no tenía obligación de pagar “ninguna remuneración salarial”.

En lo que toca a los recargos nocturnos, dice, bajo el supuesto de que hubo una relación laboral por concepto de horas extras debió habersele reconocido la suma de \$4.224.808, por horas extras nocturnas \$4.422.390 y no los más de cinco millones que se ordenaron y por horas extras diurnas \$1.005.807¹ (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft

¹ “Su señoría ya más o menos tengo una idea de lo que usted hizo versus lo que nosotros tenemos acá. En este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación para que el Tribunal estudie la legalidad de la sentencia, la presunción de legalidad y certeza de la sentencia, mi petición va dirigida a que se revoque la decisión adoptada por el despacho porque en ella se incurrió en un defecto fáctico con un error ilógico, porque la decisión parte de una falacia argumentativa al dar por cierto la presunción, al dar por hecho de que no estaba descartada la subordinación en el contrato de trabajo si bien es cierto en la prestación del servicio, si bien es cierto el artículo 24 presume que toda prestación del servicio se presume contrato de trabajo, también es cierto que en este caso está probada que la señora demandante Alejandra Gómez no fungía como trabajadora dependiente, sino independiente dado que ella no estaba sometida a la subordinación de nadie, ni prestaba el servicio directamente. Esta se infiere de la declaración juramentada rendida por ella misma que al contestar el interrogatorio de parte, manifestó que en varias ocasiones el servicio era prestado por interpuestas personas, eso lo confeso en la declaración al minuto 36:58.

También los pantallazos aportados del Whatsapp por ella si bien es cierto no puede tomarse la conversación del Whatsapp como una prueba idónea, en este caso si tiene un valor de prueba documental porque la señora los aportó por lo que da certeza de quien es emisor y del contenido ello lo habilita porque fueron aportados por ella y por eso tiene valor probatorio como una prueba documental, documentos que no fueron valorados por el despacho.

Pero quiero detenerme un poquito en la declaración juramentada de la señora, la cual el despacho no valoró de forma objetiva. Primero porque no se percató que la señora incurrió, fue mendas y al mismo tiempo evasiva al contestar las preguntas; fue mendas porque cuando se le preguntó sobre la forma de pago indicó que no le pagaban por turnos sino mensual o quincenal o que no se acordaba, trataba a todo dar de evadir a las preguntas y al interrogatorio de parte que se le hacía por la contraparte, incluso la misma juez la tuvo que requerir en varias ocasiones para que respondiera y no evadiera las preguntas, sin embargo el despacho no le impone ninguna sanción, ni consecuencia jurídica a esa actitud renuente y mendas de la demandante, incluso desconociendo así lo establecido en el artículo 205 del CGP que establece que la falta de responder y la evasión a las preguntas hace que opere la confesión ficta o presunta, confesión que en este caso nos lleva a la plena convicción y certeza de que

efectivamente lo que gano fue honorarios porque le pagaron por turnos, en ese punto no respondió y como no respondió fue evasiva se debió haber operado, debió haber dado aplicación a la confesión ficta o presuntas, más sin embargo el despacho no le dio ninguna categoría jurídica, violando así el artículo 205 del CGP e incluso el artículo 241 del mismo Código que dice que de la conducta de las partes se inducirán o se deducirán indicios más sin embargo el juez no le da ningún valor probatorio a la conducta de la señora que se mantenía ajena a la hora de responder y estaba evadiendo la respuesta y más de una vez se tuvo que llamar la atención para que se respondiera.

Otra cosa que tampoco, otro error en el que incurre el despacho es que aunque dice que si hay confesión porque la señora admite que el servicio lo prestaba por interpuesta persona y que ella misma asumía el pago de ese servicio, más sin embargo el despacho no le da el valor jurídico que esta confesión tiene y es que efectivamente no prestaba el servicio directamente sino que lo prestaba por interpuesta persona, claro está ahora sí que como es su interés nuevamente dice que son dos o tres veces por semana, pero no le dio ningún valor probatorio a la declaración de la demandada quien manifestó en su declaración que ella muchas veces no asistía y que cuando no asistía contactaba personas externas al local donde trabajaba para prestar los servicios.

Tampoco valoró el despacho la declaración de los testigos quienes lejos de ser contradictorios fueron convincentes, no pueden ser contradictorios porque cuando el señor declarante el tío de la señora manifiesta que la señora Alejandra se ausentaba varias veces y que a veces la veía de día y a veces la veía de noche no es ninguna contradicción porque en la misma demanda se dijo eso, se dijo que ella en ocasiones no presentaba turno personalmente, lo prestaba por interpuestas personas y que algunos días trabajaba de noche y algunos sábados trabajaba de día, entonces como trabajaba algunos sábados de día, cuando el señor dice que la veía de día estaba haciendo alusión a los sábados probablemente y que algunos sábados la veía de día y que en ocasiones no la vio porque así es en ocasiones ella o iba a trabajar y no la veía.

Ahora, dice el despacho que no se avizora la interrupción de la prestación del servicio porque de los desprendibles y de los cupones de pago se infiere que todos los meses se le pagaban los trece turnos de manera interrumpida, pero no se percata el despacho de que es que se le pagaban los turnos para que ella de su propio peculio pagara los turnos que no asistía porque como aquí había un contrato de prestación de servicios, no importaba si ella prestaba el servicio directamente o por interpuesta persona sino que respondiera por trece turno y una vez cumplidos los trece turnos se le da el valor y ella le pagaba a la persona a quien había contratado pero lo importante era que prestara los turnos, por lo tanto no podría verse reflejado en el cupón de pago la interrupción de los turnos del servicio porque efectivamente el servicio no se interrumpió, simple y llanamente es que ella no los prestó pero eso no desmeritaba que el demandante no estuviera en la obligación de pagarle por lo que lo importante era que se prestara el servicio por sí o por interpuesta persona y eso es un elemento fundamental al cual el despacho le resta relevancia probatoria, le resta importancia y es que independientemente de que la señora prestara el servicio por sí o por interpuesta persona es que le pagaba mensualmente porque así estaba estipulado en el contrato y esa la voluntad de las partes; la voluntad de las partes es que hubiera un servicio pronto y oportuno y que cuando ella no podía porque tenía que hacer sus cosas personales o porque así lo decidía podía llamar a otra persona.

Ahora el despacho tampoco valoró los pantallazos de las conversaciones que ella misma dice que son de Whatsapp y admite cuando los aporta en la demanda en las varias conversaciones dice que habla con una persona y que va a mandar a una persona para que la remplace, entonces como va a decir el despacho que no está probado que la señora se ausentaba no que se interrumpía el servicio porque es que hay que diferenciar entre la interrupción del servicio y la interrupción de la prestación personal del servicio lo que estamos alegando aquí es que ella no prestaba la prestación personal del servicio mas no que se interrumpía porque cuando no iba mandaba a alguien. Ahora si yo estoy en un contrato de trabajo lo que tengo que pedir es un permiso y no pagarle a una persona externa o interna que preste el servicio por mí, eso no es lógico, eso lo que denota es que efectivamente había un contrato de prestación de servicios porque ella podía prestar por sí misma el servicio o por interpuesta persona, más sin embargo el despacho no le da un valor jurídico a ello, ni ninguna relevancia por lo cual yerra al concluir que efectivamente hay un contrato de trabajo porque el primer elemento que es la prestación personal del servicio más la subordinación no se logró probar porque efectivamente la señora lo hacía por interpuesta persona.

Ahora otro punto que también se equivoca el despacho es al no valorar, al inducir que la valoración de los testigos no se puede tener en cuenta porque son parientes de la señora y que tiene interés, no hay en ningún punto de la declaración de la señora Martha ni del señor Jaime el declarante el testigo, no hay ningún punto que haga inferir que ellos están parcializados porque quieren evitar que su pariente salga mal librado, antes todo lo contrario, son claros y convincentes al establecer que la señora era muy autónoma e independiente, que la señora a veces había llegado a las siete, otras veces llegaba a las nueve de la noche, otras veces no iba y esas declaraciones que ellos dan es corroborado por las mismas declaraciones que rinde la señora Alejandra, quien admite en su declaración que eso

es así, incluso también lo dijo en las conversaciones de Whatsapp cuando más de una vez dice que va tarde o que no va a ir o que va a mandar a otra persona que no va ir por lo tanto no puede implicársele ninguna tacha de sospecha, ni de ningún interés superior que tenga los parientes porque efectivamente la declaración de ellos converge con el hilo conductor de las otras pruebas que ya existen en el proceso, incluso aportadas por la misma señora Alejandra Gómez

Otro punto que resulta bastante preocupante y que se equivoca el despacho es lo que atañe a la declaración extra juicio aportada por la demandante, la declaración de la señora Ana Elvira creo que se llama la que dice que trabajo por allí por varios tiempos, Ana Elvira Gamba, sobre esta declaración debo decir primero que no tiene valor jurídico de testimonio porque efectivamente no fue ratificado dentro del proceso, que tampoco puede tener el valor jurídico de documento emanados de terceros porque aunque existe certeza de quien fue el que lo emitió, efectivamente en el contenido del documento hay unas imprecisiones lógicas que el despacho pasa por alto. Primero no se percata que en la declaración extra juicio la señora Ana Elvira enuncia que en el contrato de trabajo es del 03 de abril hasta el 15 de noviembre y en el proceso está probado que la demandante se retiró el primero de noviembre hay una carta firmada y suscrita por ella en la que presenta su carta de renuncia, entonces no puede ser cierta la declaración extra juicio que hace la señora Ana Gamba y a la cual el despacho quiere darle el valor jurídico de un documento emanado de terceros cuando hay tremendo adefesio jurídico, va en contra de la realidad fáctica porque si la misma demandante presenta una carta de renuncia que dice que es hasta el 01 de noviembre de 2018 como la declarante va a decir que es hasta el 15 de noviembre, entonces está mintiendo y si está mintiendo en el extremo de la relación laboral como no va a estar mintiendo en todo lo demás, más sin embargo el despacho no valora ese punto.

Tampoco valora el despacho sobre la misma declaración extra juicio de la señora Ana Gamba el hecho de que dice que el horario era de 5 de la tarde de un día hasta la 1pm del día siguiente, una cosa tan ilógica, tan desproporcionada y absurda que no tiene ningún asidero ni ningún fundamento jurídico, entonces vamos a retrocedernos al tiempo de la esclavitud sería que una persona se le ponga a trabajar más de quince horas sin descansar, más de 16, 18 horas sin descansar y trabaja como una máquina, eso no tiene ningún asidero, incluso el mismo despacho da por cierto que efectivamente en ese punto tanto la demanda como la declaración de la demandante son falsas, más sin embargo el despacho le da valor probatorio a un documento en el cual se dice que la señora demandante Alejandra Gómez trabajo de 5 de la tarde a 1 de la tarde del día siguientes, o sea hay una inconsistencia en la sentencia porque viola el principio de no contradicción, en este sentido de que admite y descarta la hipótesis aquellas que dicen que el horario de trabajo era hasta la 1pm y dice no puede ser, llega a la conclusión de que no puede ser que una persona trabaje 17 horas diarias sin descansar, por lo tanto da por cierto que el servicio se prestaba hasta las siete de la mañana del día siguiente y al mismo tiempo le da valor jurídico a una declaración que está diciendo que el horario es hasta la una de la tarde del otro día, entonces está violando el principio de no contradicción, una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo, el horario era hasta la 1 de la tarde del otro día caso en el cual el error es de la sentencia porque le está reconociendo un tiempo menor al que ella realmente trabajo o efectivamente el error es de la declaración juramentada de la señora Ana Elvira Gamba quien dice que es hasta la una de la tarde, pero el despacho los otros elementos de juicio y particularmente de la sana crítica y de las reglas de la experiencia concluye que el horario era hasta las 7 de la mañana del día siguiente y si estamos bajo esta hipótesis y esta es la hipótesis que apadrina el despacho y bajo la cual procede a hacer la operación aritmética calculando las horas extras y las prestaciones etc., por supuesto que esa declaración juramentada de la señora Ana Elvira no puede tener valor jurídico, ni dársele ninguna eficacia probatoria porque es mendas y es mendas porque los supuestos fácticos sobre los cuales erige su declaración no corresponden a la verdad, son una falacia, una mentira y una falacia porque quieren hacernos creer a nosotros una cosa que no es cierta cuando ella a sabiendas de que el contrato de trabajo no terminó el quince de enero, quiere engañarnos y también es contradictoria a la verdad fáctica en cuanto al horario, más sin embargo si le da valor probatorio a esa declaración con esas contradicciones ilógicas.

Otro aspecto que llama mucho la atención es que ni por la sombra analiza, ni estudia la declaración de mi mandante, de una manera seria, clara y convincente, manifestó ante el despacho que había un contrato de prestación de servicios, que la señora tenía una autonomía en la prestación de sus servicios, que no la llamaban a requerimiento cuando no iba, ni que tampoco tenía que prestar el servicio directamente ella, sino que lo podía hacer por interpuesta persona, sin embargo el despacho no dijo una sola palabra sobre declaración tomada a mi mandante de lo que se denota que efectivamente el despacho está desestimando ignorando los derechos sustantivos de mi mandante porque escucha muy bien y acomoda la versión a la conveniencia de la parte demandante, para la demandada no le valoran las pruebas y cuando las valora, las pocas que trata de valorar las hace de una forma rigurosa estricta exagerada y se aleja del sentido común por ello yo pido al tribunal que

Teams, carpeta “07. Audiencia y acta 06.05.2021-2019-00582”, récord 40:56, audio 2)

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

CONSIDERACIONES

revoque la sentencia porque la sentencia esta fincada sobre unos supuestos fácticos contrario a la verdad verdadera.

También es evidente, pasa desapercibido de que la enfermería es un profesión liberal y es una profesión liberal porque se trata de una profesión intelectual al ser una profesión liberal bien podría hacer de una manera autónoma e independiente como lo hizo aquí, que no estaba subordinada al punto de que podía llegar tarde o temprano y las mismas declaraciones y los mismos pantallazos que la señora aporta así lo dan a entender, más sin embargo el despacho no valora, ni juzga esto, esta actitud displicente hacia mi mandante constituye una flagrante violación al derecho de obediencia y de defensa, pero sobre todo del derecho sustantivo porque parte de una presunción formal y desconoce la realidad fáctica y probatoria de la cual se infiere y se demuestra que efectivamente la demandante no estaba subordinada a mi mandante, que tenía completa autonomía e independencia así lo dijo la declaración de la señora Marta Alarcón que en ocasiones dijo que llegaba temprano y en ocasiones no llegaba a trabajar o incluso llegaba a las nueve de la noche y daba igual, pero el Juzgado de eso no dijo nada, por eso yo le pido al Tribunal que valore cada una de las pruebas aportadas y decretadas por el despacho para revisar la decisión y si así bien tiene la revoque.

Otro punto que se me pasaba por alto, la señora yo le conté las veces que la señora demandante fue evasiva, frente al minuto 29.54 se le preguntó sobre los turnos y fue evasiva, en el minuto 31 vuelve y se le tiene que requerir nuevamente porque no quiere responder a la pregunta, en el minuto 31.13, en el minuto 32.11, en el punto 33.18 nuevamente es evasiva, en el minuto 36.58 es nuevamente evasiva, en el minuto 37.21 nuevamente es evasiva frente a cuestionario, luego en el minuto 38.50 la vuelve la reprende y la llama que coliga y que conteste el interrogatorio de parte porque la señora al momento que se le pregunta no quiere contestar, es evasiva y está leyendo un cuestionario, no quiere contestar la pregunta, incluso hasta reta a la juez, frente a estas 10 veces que nos muestra actitud evasiva, que están aquí que le tuvieron que requerir la juez no le da ninguna importancia ni valor probatorio a la confesión presunta que habla el CGP en el artículo 205.

Finalmente yo quiero llamar la atención en la operación aritmética que hizo el despacho, porque efectivamente la operación aritmética tiene unos errores graves, mientras hablo de la liquidación aritmética debo decir que la operación aritmética tiene unos errores fácticos porque los valores reconocidos no son los que corresponden, debo decir que aceptando en gracia a discusión de que haber existido contrato de trabajo yerra el despacho al condenar a mi mandante al pago de los intereses por las sanción moratoria porque en este caso no hubo mala fe y no hubo mala fe por la sencilla razón que mi mandante estaba actuando bajo la presunción, bajo la convicción errada o no de que estaban frente a un contrato de prestación de servicios y de que como estaban frente a un contrato de prestación de servicios no tenían la obligación de pagar ninguna remuneración salarial por lo tanto no puede condenarse al pago de los intereses de que habla el artículo 65 del CST pues porque efectivamente mi mandante no actuó de mala fe sino bajo la convicción de que estaba frente a un contrato de prestación de servicios y por ende no opera esa sanción moratoria que esa esta prevista cuando el empleador tiende a hacer negligente o imprudente para el reconocimiento y pago, lo hace de mala fe.

Respecto a los recargos nocturnos nosotros desistimos mucho porque bajo el mismo supuesto de que hubo una relación laboral de todos modos por concepto de horas extras debió habérsele reconocido la suma de \$4.224.808 pesos, de horas extras nocturnas de \$4 422 390 pesos y no la suma que establece el juzgado de \$5 millones y tanto, de igual forma por las horas extras diurnas tan solo debió haberle reconocido bajo la hipótesis de que hubiera contrato de trabajo de \$1 005 807 pesos y no el valor que el despacho en su principio dijo que si mal no estoy fue de \$1.689.756,25, bueno esas dos declaraciones quería objetar en cuanto las horas extras y el recargo nocturno que efectivamente están calculado estos conceptos por un valor mayor al que realmente corresponde, en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación para que el honorable Tribunal conforme al acervo probatorio analice y revoque cada uno de los puntos en los que se fincó la sentencia que hoy condena a mi mandante, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos de la demandante ALEJANDRA GÓMEZ GARCÍA, las pretensiones visibles en el escrito de demanda (páginas 11 y 12, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00582.pdf”, expediente digital), las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos narrados en el acápite respectivo (páginas 5 a 11, *ibídem*), encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 3 de abril de 2018 y el 15 de noviembre de 2018, el cual terminó sin justa causa por parte de la demandada. En consecuencia, se condene a la llamada a juicio a pagar a su favor quince días de salario por el periodo comprendido entre el 1 y el 15 de noviembre de 2018, por valor de \$650.000, así como la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones causados durante la vigencia del contrato de trabajo, horas extras, la indemnización por despido sin justa causa, los intereses corrientes y moratorios “por la ausencia de pago de los salarios, primas de servicios, vacaciones, auxilios de cesantías, intereses de cesantías, auxilio de transporte y transporte adicional (B.N.C)”, las costas del proceso y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable e a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, pero entre el 3 de abril y el 31 de octubre de 2018, condenando a la pasiva al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, horas extras, recargos nocturnos, aportes a seguridad social e intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación hasta que se satisfaga la obligación, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Para arribar a tal determinación la juez de primer grado consideró que, como quiera que no fue objeto de discusión la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la demandada, en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., debía entenderse que la relación estuvo regida por un contrato de trabajo, no encontrando elemento probatorio alguno del cual pudiera entenderse desvirtuada la subordinación, anotando, el solo hecho de que la actora desempeñara una profesión liberal no desnaturaliza el tipo de vinculación, así como tampoco el que le pagara a otra persona para que la reemplazara pues halló probada la continuidad en la prestación de los servicios.**

En lo que toca a los extremos temporales estimó no existir discusión frente a su inicio, no así con la terminación para lo cual tuvo en cuenta la comunicación enviada por la actora a la pasiva en la que asegura que no tiene disponibilidad para continuar con la prestación de servicios con posterioridad al 1 de noviembre de 2018, fijando por tanto como data final el 30 de octubre de ese año (sic).

La jornada laboral de la demandante la tuvo por confesada con lo esbozado por la llamada a juicio en su contestación, esto es, de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., y como salario fijó la suma de \$1.300.000 mensuales.

Frente a las horas extras y recargos nocturnos, concluyó que la actora laboraba 4 horas extras diarias, 3 con recargo nocturno y una diurna por lo que liquidó las primeras en suma de \$5.230.197,92 y las segundas en cuantía de \$1.689.756,25.

Respecto del pago de prestaciones sociales y vacaciones, aunque teniendo en cuenta la variación del salario el ingreso base de liquidación para calcular algunas de esas acreencias era superior, impuso la condena según las cuantías pedidas en la demanda por ser estos inferiores a los liquidados por el juzgado.

No halló acreditado el despido, pese a ser una carga que le incumbía a la parte actora, razón por la cual absolvió a la encartada de esta pretensión.

De otro lado, entendió que los intereses moratorios rogados tenían fundamento en el artículo 65 del C.S.T por el impago de salarios y prestaciones, por lo que ordenó su cancelación en los precisos términos en que fueron solicitados, sin efectuar una valoración de la buena o mala fe de la demandada.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, 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*).

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

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal de la demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

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

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

En ese orden de ideas, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio de la demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (*páginas 59 y 63, respuesta a los hechos 5 y 6 y “hechos de la defensa”, archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00582.pdf”, expediente digital*), y, en todo caso, se trató de una cuestión no objetada por el recurrente pese a haberlo concluido de esta forma la juez de primer grado, por lo que la promotora del juicio se encuentra cobijada por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, la Sala abordara el estudio de las probanzas recopiladas en autos en aras de establecer si la encartada logró desvanecer la presunción en comento.

Bajo las premisas anteriores, del acervo probatorio se destacan, inicialmente, los interrogatorios absueltos por las partes, así como los testimonios de HENRY ALARCÓN LÓPEZ y MARTHA ROSA ALARCÓN LÓPEZ.

Así, se tiene, la demandada³ señaló que la demandante prestó sus servicios como enfermera en el hogar geriátrico de su propiedad, vinculación que asegura se dio como trabajadora independiente, desarrollando labores de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., precisando, cuando no podía acudir a trabajar encargaba a otras personas para que la suplieran. Desconoce con exactitud cuántos turnos laboró porque a veces pedía hasta dos días.

Por su parte la convocante⁴, aseguró, laboraba de 5:00 p.m. a 12 del mediodía, de lunes a sábado para la demandada. Al cuestionársele sobre aspectos como el valor de los turnos, la periodicidad de los pagos que se le hicieran, si vivía en el mismo sitio de trabajo, se mostró evasiva. Dijo no recordar si delegaba turnos pero negó que enviara a alguien para reemplazarla cuando no iba a trabajar. También indicó no recordar a Liliana o Bibiana, respecto de quien se indagó si eran las personas que la reemplazaban; sin embargo, luego señaló que Liliana tenía el turno del día; que era ella –la actora- quien pagaba a sus reemplazos, que solo lo hizo dos o tres veces y pagó 50 mil que valía el turno y correspondía a 8 horas.

³ Audiencia del 2 de diciembre de 2020, récord 16:10.

⁴ Audiencia del 2 de diciembre de 2020, récord 27:06

El testigo HENRY ALARCÓN LÓPEZ⁵, tío de la demandada, aseguró que conoció a la demandante porque ella hacía turnos en el geriátrico donde estaba su suegro, lugar al cual iba dos o tres veces a visitarlo por semana. Indica, en el lugar habían 2 o 3 personas que trabajaban y tenía la *percepción* que la labor de la demandante era *muy autónoma* porque entraba y salía sin cumplir horario. No tiene presentes las fechas en que la vio y desconoce qué tipo de vínculo tenía suscrito con la demandada.

A su turno MARTHA ROSA ALARCÓN LÓPEZ⁶, madre de DIANA ALEXANDRA TORRES, indicó que ayudaba a su hija en el hogar geriátrico, normalmente todas las noches después de salir de su trabajo. Indicó, le colaboraba a la demandada con la organización, hacía turnos y reemplazos. Indicó, la demandante llegaba a las 7:00 p.m. para revisar y luego se acostaba y esperaba a que la llamaran, al día siguiente ofrecía medicamentos a cuatro pacientes y terminaba su turno. Sostuvo, la actora laboraba de lunes a viernes, por prestación de servicios, cada turno valía 50 mil pesos. Señaló, en varias ocasiones la demandante no acudió a laborar y ella –la testigo- la reemplazó. Indicó, era Alejandra quien pagaba su reemplazo cuando no asistía o manifestaba que no podía ir, y de hecho era quien lo conseguía, por eso se le cancelaban todos los turnos a la demandante y luego ella pagaba a quien correspondía. Asegura, no se le daban órdenes porque ella sabía lo que debía hacerse y la relación se acabó porque ella dijo que no trabajaba más. Indicó, en muchas ocasiones la actora llegaba a las 9:00 p.m. siendo esta quien la esperaba. Indicó la demandante estaba contratada para 5 turnos a la semana, pero no siempre los cumplía y el día que no iba, simplemente no se le cancelaba.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar, las manifestaciones de esta última gozan de plena credibilidad por esta Sala, pues aunque es cierto que su dicho debe ser analizado con mayor rigurosidad, lo cierto es que su versión resulta coincidente con aspectos reconocidos por la misma demandante y con los demás medios de prueba, precisando, solo se tendrán en cuenta las manifestaciones que deriven de la

⁵ Audiencia del 2 de diciembre de 2020, récord 55:54.

⁶ Audiencia del 2 de diciembre de 2020, récord 1:21:37.

percepción directa de los hechos narrados, destacando en este punto que por tal razón las manifestaciones de HENRY ALARCÓN, ofrecen poco convencimiento en su totalidad, dado que además no constarle las circunstancias particulares de la vinculación de la actora con la pasiva (qué se pactó, con quién, qué se le exigía, entre otros aspectos), cuando alude a la autonomía de la demandante en el desarrollo de su contratación advierte que eso fue lo que percibió, lo que le pareció.

Al plenario, además, se incorporaron por la demandante unas impresiones de mensajes de Whatsapp (páginas 29 a 47) y que corresponden, según lo anunciado en la demanda (página 14, *ibídem*), a conversaciones sostenidas por esta con la convocada a la litis, quien es portadora del abonado telefónico +57 3133938429, de cuyo contenido se destaca lo siguiente:

“8 DE OCTUBRE DE 2018

ALEJANDRA GÓMEZ: *Señora diana buenos días , se me había olvidado comentarle o informarle que no voy a trabajar el día sábado en la noche... Voy a descansar.*

DIANA TORES: *Alejandra se me había también olvidad comentarle... he estado buscando una persona solo para las noches y está difícil por lo cual le pido el favor que trabaje el sábado y salga Ud a descanso un mes o dos meses a partir de La noche del lunes.*

Quedo pdte (sic) si necesita el mes o los dos meseS (sic) gracias.

ALEJANDRA GÓMEZ: *Señora diana descanso un mes y el mes a hacer (sic) noviembre, y con respecto al sábado no es por diversión o llevarle la contraria es que necesito descansar es lo mas (sic) normal del mundo con un horario como él (sic) que tengo yo ...*

La verdad señora diana yo estoy contenta trabajando con los abuelos porque uno ya se acostumbra a ellos pero es que usted me la coloca muy difícil la verdad yo no puedo mas con este horario usted me dijo en algún momento que si ya estaba muy cansada que le informara que usted lo solucionaba, y yo le informe (sic) pero la respuesta que me da la verdad no me sirve, y yo creo que hasta él (sic) momento le he colaborado lo que mas he podido , por eso le dije que yo continuaba pero solo de día , pero dado él (sic) caso que usted no puede (sic) conseguir alguien para la noche ,puedo colaborar este mes y él siguiente lo descanso si le parece bie , y si no me lo hace saber por favor.

DIANA TORES: *Aquí estoy si quieres para hablar
Está complicado buscar solo d (sic) noche*

*Y me saldría muchísimo más costoso
No me da para tener esas dos contrataciones
Otra cosa cuando uno está así se habla
Pero en tu caso .. dices le aviso
Es decir q lo tengo q aceptar*

ALEJANDRA GÓMEZ: *Estamos hablando
Y por eso le dijo (sic) que aceptó (sic) él (sic) descanso pero en noviembre ,
a partir del 1*

DIANA TORES: *El mensaje inicial dice... le infórmalo (sic)
Todo depende de la disponibilidad de las personas
Aún no te puedo confirmar desde cuando sería ese mes pero para q descanses
Si es mejor q sea rápido*

(...)

DIANA TORES: *Tu (sic) le pagas ?*

ALEJANDRA GÓMEZ: *No jajja es decir lo mismo que me pagas a mi se lo
pagas a ella esa noche es adicional*

DIANA TORRES: *Ok*

Preguntar

ALEJANDRA GÓMEZ: *Es que da lo mismo jajaj porque siempre me lo paga
por adelantado , pues la plaga (sic) que me da a mi se l (sic) puedo dar a ella*

DIANA TORRES: *Ok*

ALEJANDRA GÓMEZ: *Si me hice entender digamos si yo lo trabajao son 30
adicional a la quincena pero pues como no lo voy a trabajar no ay adición y él
sueldo es normal*

DIANA TORRES: *Si está bien.*

(...)

13 DE OCTUBRE DE 2018

DIANA TORRES: *Hola Aleja*

Bibi se incapacito

:(

ALEJANDRA GÓMEZ: *Pero no yo no puedo*

Hoy

Señora diana

Yo ya tengo programado

Él día

DIANA TORRES: *Yo sé pero no tengo a nadie hoy ni fin d (sic) semana.*

(...)

19 DE OCTUBRE DE 2018

DIANA TORRES: *Aleja porfa te pido colaboración*

Mañana no puede venir Arelys

*Vendrá Liliana
Porfa te pido le ayudes y busque la mejor manera
Para q (sic) trabajen en equipo
ALEJANDRA GÓMEZ: Bueno si señora
No hay problema*

(...)

21 DE OCTUBRE DE 2018

*ALEJANDRA GÓMEZ: Señora diana llego un poco tarde es decir a las seis
no alcanzó (sic) a llegar*

DIANA TORRES: A q hor a (sic)

?

Las muchachas te están esperando para entreter Urbino (sic)

Turno

No es por mi

Yo me puedo quedar hasta la hora q sea

Uno tiene que ser responsable con eso

El día q yo no este q pasa

ALEJANDRA GÓMEZ: Disculpe

Pero yo no dije nada él (sic) día de ayer

Que la muchacha

Llego casi a las ocho de la mañana

Cuando ya se habían bañado la mayoría de los pacientes

Y ella solo baño (sic) dos pacientes.

DIANA TORRES: uno no puede dar de lo q recibe

ALEJANDRA GÓMEZ: Yo no dije nada

DIANA TORRES: Siempre todo tiene una razón

ALEJANDRA GÓMEZ: Simplemente seguí y me quede callada

*DIANA TORRES: Uno tiene q dejar q el corazón sea más noble menos
guerra y más ps*

Paz

ALEJANDRA GÓMEZ: Ahora no pude llegar mas temprano

Yo deje un mje (sic)

DIANA TORRES: Q (sic) mal la falta d (sic) compromiso

Pues no llego

Hasta q horA (sic) para q (sic) Te esperen ?

*ALEJANDRA GÓMEZ: No estoy haciendo ninguna guerra simplemente me
atrase un poco , pero como soy yo pues todo él (sic) mundo pelea, pero como
son las demás nadie dice nada*

Pero entiendo y llego en 10 minutos.

DIANA TORRES: Te están esperando

No alejandra entiendo lo q Te pasó el tor día y muchas gracias

Pero es sentido d responsabilidad y trabajo en equipo solo eso.

(...)

*ALEJANDRA GÓMEZ: Señora diana buenas noches
Quería preguntarle*

Sobre las vacaciones (sic)

Si aun (sic) me las dará

O no

También quería preguntarle que tipo de contrato estamos manejando

DIANA TORRES: Si

Nosotras somos prestación servicios

Eso fue lo que acordamos

Tengo una niña par tu reemplazo pero me falta conseguir otra

Por?

ALEJANDRA GÓMEZ: A (sic) bueno

DIANA TORRES: ya tengo para todas las noches

ALEJANDRA GÓMEZ: Falta

DIANA TORRES: Me falta mañana d (sic) por medio

ALEJANDRA GÓMEZ: La del día

Ahh

DIANA TORRES: 15 días ?

ALEJANDRA GÓMEZ: Si 15 días

Cuanto le pagara a la del día por medio

En día

Podría hacer eso días

Solo él (sic) medio día

DIANA TORRES: Sipis

Eso es lo q me falta

Un día de por medio por la mañana

Aja

Pero entonces no descansarías bien

No crees?

ALEJANDRA GÓMEZ: Porque podría hacer esos medios días pero solo los medios días

Y descanso tardenoche (sic)

DIANA TORRES: Claro

ALEJANDRA GÓMEZ: Podría ser por los 15 días

DIANA TORRES: Si?

Com (sic) eso quedas bien

Crees q con eso te recuperas

Diciembre es pesado

ALEJANDRA GÓMEZ: Si , es decir si solo sería los medios días es decir hasta las 12 solo que fines de semana si no los haría

DIANA TORRES: Claro

Pero todos los días odia (sic) promedio (sic)

ALEJANDRA GÓMEZ: Todos los días medio día

o como es que le falta

DIANA TORRES: Ah bueno

Mañana llamo Lilian q entonces todas las noches y fin semana (sic)

ALEJANDRA GÓMEZ: Si correcto

También Quería decirle que necesito el viernes en la noche y sábado en la mañana

Este viernes

Esos turnos no me los descuentan yo los pago

DIANA TORRES: Ok

Entonces mañana le dio a lili y te aviso oki?

Para confirmarte

O Bibi?

ALEJANDRA GÓMEZ: *Bueno si señora cualquiera*

DIANA TORRES: *Bueno a las dos les digo y te conformo*

Ok mañana te cuento.

ALEJANDRA GÓMEZ: *Viernes noche sábado en la mañana*

Yp (sic) los cancelo

(...)

23 DE OCTUBRE DE 2018

DIANA TORRES: *Listos confirmado viernes y sábado*

ALEJANDRA GÓMEZ: *Bueno*

Si señora

La misma persona va a hacer viernes y sábado

Para saber a quien (sic) le pago

(...)

24 DE OCTUBRE DE 2018

DIANA TORRES: *Hola Aleja*

....lo d Liliana el viernes sería

*.... 30 noche y 20 media mañana pero ... como nos está haciendo el favor lo
correcto debería ser más 10 mil d buses...total 60 mil para liliana*

(...)

ALEJANDRA GÓMEZ: *Lo de Liliana*

No hay problema.

(...)

DIANA TORRES: *Hola Alejandra*

Son las 6:17 pm el turno inicia a las 6pm

La semana pasada llegaste a las 7 pm

Muchas gracias

Por entender q hay cambio de turno y necesitan para entregar novedades

(...)”

Sobre este medio de prueba, vale la pena indicar con antelación a efectuar cualquier valoración, que tales documentos al tenor del artículo 244 del C.G.P., por tratarse de un mensaje datos se presumen auténticos, a lo que se suma que su simple impresión, conforme el artículo 247 ejusdem, “*será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos*” de allí que sea posible su análisis ante la ausencia de tacha o desconocimiento alguno por parte de la convocada a juicio, a partir de lo cual, contrario a lo asumido por la a quo, adquieren validez probatoria.

A lo anterior se suma, la demandada, al absolver su interrogatorio⁷, aceptó que el número de teléfono que figura en esas impresiones fue el suyo.

Pues bien, del análisis de las pruebas aportadas en conjunto, tal como se aceptó por las partes y se anunció desde el inicio, existió una prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de DIANA ALEXANDRA TORRES ALARCÓN realizando la labor de cuidadora dentro del hogar geriátrico que es de su propiedad.

Sin embargo, pese a ello, la demandada logró desvanecer la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades que para dicha persona desarrolló, pues los elementos individuales aportados, en suma, esto es, la prueba testimonial, los interrogatorios de las partes y la documental acopiada resulta consistente para determinar que la demandante podía autogestionar su actividad de manera tal que bien podía ejecutarla directamente o a través de interpuesta persona, asumiendo con su propios recursos, según confesó en el interrogatorio, el pago de los turnos que por su ausencia debiera realizar otra auxiliar de enfermería, aun cuando de manera habitual era quien desarrollaba sus actividades en el horario de 7:00 p.m. a 7:00 a.m.

De hecho, los mensajes que la actora intercambiaba frecuentemente con la llamada a juicio a través de Whatsapp, dan cuenta que para ausentarse solo debía informar a la demanda y poner a disposición el pago de su reemplazo, lo cual denota autonomía en el desarrollo del objeto contratado. Además, no se advierte la presencia de sanciones disciplinarias, por ejemplo, por llegar tarde al turno acordado.

Los textos mencionados también daban cuenta de que la realización y asignación de turnos, así como el valor a percibir por cada uno, eran producto de una negociación entre las partes y no de una imposición que se hiciera por parte de la convocada a la litis (*páginas 45 a 47, archivo 01.Expediente_digitalizado_2019-00582.pdf, expediente digital*).

⁷ Audiencia del 2 de diciembre de 2020, récord 16:10.

Adicionalmente, las pautas o lineamientos que eventualmente se le pudieron dar a la promotora del litigio no pueden dar lugar a entender algún tipo de órdenes, pues es claro que la accionada debe velar por la prestación de un buen servicio.

De igual forma, frente al control del cumplimiento de horario -el cual no se demostró- a juicio de esta Sala tampoco constituye un elemento que por sí solo tenga el alcance de demostrar la existencia de un vínculo laboral o la presencia del elemento de subordinación, por cuanto es totalmente plausible que en la ejecución de un contrato de prestación de servicios se exija el cumplimiento de las obligaciones pactadas, así como ciertas responsabilidades connaturales al objeto contractual, máxime si sus funciones están enmarcadas en el cuidado de adultos mayores. Sobre este punto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que *“a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).”* Sentencia SL11661 del 5 de agosto del 2015.

Así pues, no se aprecia por parte de esta Sala de decisión exigencias de exclusividad para la prestación de los servicios, órdenes o llamados de atención en ejercicio de un poder disciplinario por parte de la supuesta empleadora.

Así las cosas, como se ha venido señalando es claro para esta Sala de decisión, que la relación vivida entre las partes no estuvo regida por un contrato de trabajo pues como quedó visto, el extremo demandado desvirtuó la presunción que cobijaba a la demandante, probando que la actora ejecutaba la labor de manera autónoma, precisando las tareas realizadas por esta habitualmente deben ser entendidas como algo inherente a su función como cuidadora sin que ello *per sé* indicara algún tipo de subordinación,

razón por la cual, se itera, la prestación del servicio por parte de la actora, no acaeció en virtud de una relación laboral, pues simplemente ella en su cargo se dedicó a cumplir con la actividad, ejecutando su labor con plena autonomía y sin mediación alguna de la demandada.

Así las cosas, se itera, la presunción que cobijaba a la demandante (artículo 24 del C.S.T) se desvaneció, y contrario a ello, quedó demostrado que la labor por esta desempeñada fue ejecutada bajo plena autonomía y en el marco de un contrato de prestación de servicios, razón por la cual se revocará la decisión de primera instancia en tanto concluyó que si existía contrato de trabajo, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Atendiendo las anteriores conclusiones, la Sala se releva del estudio de los demás argumentos que sustentan la alzada.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandante.

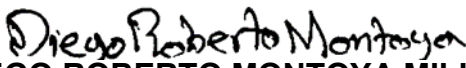
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por ALEJANDRA GÓMEZ GARCÍA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BENEDICTA
ZAMBRANO JOAQUI CONTRA BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES
S.A.S., COMPENSAR EPS, ARL POSITIVA y ENRIQUE BORDA VILLEGAS
(RAD. 38 2019 000678 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, los apoderados de los demandados presentaron alegatos de conclusión (fl 3-14), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la demandada BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. y por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 01 de Julio de 2021 (archivo No. 12, récord: 49:27; acta en archivo No. 13 con 3 folios), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. a pagarle a la demandante BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUI, la suma de \$1.571.212 pesos por concepto de saldo insoluto de incapacidades prescritas y no sufragadas en el lapso comprendido entre el 8 de febrero del año 2018 y 15 de julio del año 2019, valor que deberá ser indexado tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

_____ x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO

INDICE INICIAL

Como índice inicial deberá tomarse el correspondiente al del mes de julio del año 2019 y como índice final el que se verifique el pago por parte de la accionada.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. de las demás pretensiones formuladas en la demanda y ABSOLVER igualmente a COMPENSAR EPS, ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A y ENRIQUE BORDA VILLEGAS de las súplicas incoadas en su contra por la demandante BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUÍ. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas frente a la condena infligida y frente a las absoluciones producidas en Despachos se consideran relevado del estudio de las propuestas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000. A favor de la demandante.

Teniendo en cuenta la absolución que procede respecto COMPENSAR EPS, ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A y ENRIQUE BORDA VILLEGAS, por Secretaría practíquese la liquidación de cosas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000 pesos, en favor de cada uno los demandados y a cargo del demandante. Lo anterior en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia

Las partes quedan legalmente notificadas en ESTRADOS.”

Inconformes con lo decidido los apoderados de la demandante y de la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. interpusieron recurso de apelación, en los términos que se pasan a relacionar.

La apoderada de la parte demandante solicita se revoque la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con el numeral segundo, pues, aduce que para la fecha del despido la demandante se encontraba enferma e incapacitada, y aunque acepta que existió una justa causa, alega que la sociedad demandada debió citar a descargas a la demandante y que además debía contar con el permiso del Ministerio del Trabajo.

A su vez solicita se modifique la condena proferida en el numeral primero que ordena el pago de incapacidades, pues, asegura que en la liquidación del monto señalado no se puede tener en cuenta el pago de dos depósitos judiciales que corresponden al pago de liquidación de prestaciones sociales y salarios¹.

Por su parte, el apoderado de BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. alega que a la demandante no le asiste derecho al pago de saldo insoluto de incapacidades por que afirma que, con los pagos aportados en la demanda se acredita el pago total de las incapacidades objeto de reclamo (archivo 12, record 57:56).²

¹ Archivo 12, record 52:08: Está claro que la demandante presentó un accidente de trabajo prueba de ello están las incapacidades que se encuentran en el expediente se verifico dentro de este que BORDA Y ASOCIADOS (inaudible) en el mes de marzo de 2018 se deduce que la parte demandante al ver que la señora, perdón la parte demandada, al ver que la señora BENEDICTA se encontraba enferma dio por terminado el contrato. Mi representada tuvo varias incapacidades las cuales no fueron canceladas ni por las entidades de seguridad social ni por el empleador BORDA ASOCIADOS en razón de un fallo de tutela en favor de la señora BENEDICTA retomo nuevamente el pago de las incapacidades (inaudible) mi representada envía las incapacidades al empleador por servicio de correo Servientrega eso fue verificado por las pruebas aportadas por esta parte existe un conflicto en cuanto a las incapacidades iniciales de mi representada fueron determinadas de origen laboral posteriormente las incapacidades fueron determinadas como de origen común y aunque fueron radicadas por el empleador estas no fueron pagadas y la EPS asegura que el pago de dichas incapacidades están en validación y se puede ver la insistencia del pago de las incapacidades por parte de mi representada tanto a las entidades de seguridad social como al empleador, BORDA Y ASOCIADOS aseguró haber pagado las incapacidades siendo esto totalmente falso, pues, lo que consigno fue un depósito judicial por la liquidación de la primera terminación del contrato en el mes de marzo de 2018 la demandada BORDA Y ASOCIADOS habla de la mala fe de la demandante, sin embargo la parte demandante manifiesta que la mala de fe es por parte de todas las demandadas el empleador nunca velo por la trabajadora a fin de que sus incapacidades fueran pagadas manifestando que la señora BENEDICTA nunca las radicó, nótese que la testigo de la demandada fue incoherente al contestar las preguntas que le fueron realizadas en su interrogatorio, manifestó dicha testigo que se realizó requerimientos a la señora BENEDICTA sin embargo, no se realizaron unos descargos como tal aunque se inició por parte de ellos un proceso disciplinario nunca hubo un interrogatorio ni vía telefónica ni vía correo electrónico a fin de realizar dicho proceso disciplinario también manifestó que el despido se realizó por no existir incapacidades y no por ir a trabajar es decir la parte demandada si sabía que la señora BENEDICTA estaba enferma la pregunta que se hace esta parte es si existía justa causa para el despido porque no se solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo la mala fe de la parte demandada BORDA Y ABOGADOS ASOCIADOS y ENRIQUE BORDA se evidencia notablemente en que fue despedida desde que tuvo su primer accidente de trabajo no se puede hablar de que faltaba o falta una calificación de EPS o una fecha de estructuración a sabiendas de que mi representada fue despedida y no pudo continuar con su proceso de rehabilitación se aclara que el depósito judicial (inaudible) la liquidación de un contrato que existió desde el año 2015 (inaudible) no del pago de incapacidades como se interpretó por el juez de primera instancia en razón de ello solicito al Honorable Tribunal sea revocada esta sentencia puesto que si existen motivos para el reintegro de mi representada ya que no hubo autorización por parte del Ministerio del Trabajo para que mi representada fuera despedida se encontraba incapacitada al momento del despido se encontraba enferma y a pesar de que como lo manifiesta el juez de primera instancia hubo una justa causa la ley es clara en manifestar que se debe de solicitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo con respecto al pago de incapacidades no se puede tener el pago de un depósito judicial que es el pago de una liquidación, como el pago de unas de unas incapacidades entonces bajo estos parámetros presento mi recurso a fin de que sea revocada la sentencia en primera instancia. Muchas gracias.

² Si señor juez señor Juez, interpongo recurso de apelación frente a la condena a mi cliente sustento el recurso inicialmente en la medida que la señora BENEDICTA presentaba loas incapacidades de su propio peculio el empleador las pagaba conforme se demostró en el expediente y muy bien lo dijo usted señor juez se realizaron los (inaudible) depósitos judiciales se hicieron los tres depósitos judiciales conforme quedo probado la señora BENEDICTA disfruto de estas del pago de estas incapacidades y somos condenados al pago de saldo insoluto de \$1.571.512 verificado los desprendibles de nómina que para el mes de julio de 2018 a la señora BENEDICTA se le pagaron los 15 días de incapacidad correspondientes al 12 de julio al 26 de julio haciéndose o más bien realizándosele las respectivas deducciones del 8% correspondientes a salud y pensión en el mes de agosto de 2008 se le reconocieron el pago de incapacidades presentadas del 27 de agosto al 31 de agosto de 5 días ósea no habría no hay lugar al pago adicional por pago de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUI en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo No. 1, folios 176 a 177), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 178-187, encaminadas principalmente a que se declare que: la señora demandante tiene derecho al pago de incapacidades a cargo de las demandadas; a que fue despedida de forma ilegal y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, por parte de la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. y ENRIQUE BORDA

incapacidades y se le realizó la deducción correspondiente al mismo 8% del total del salario mínimo sobre el cual se realiza el aporte correspondiente a salud y pensión para el mes de septiembre la señora BENEDICTA presentó incapacidad del 1 de septiembre al 24 de septiembre es decir por 24 días los cuales fueron pagos en \$624.994 y se realizó la correspondiente deducción de salud y pensión conforme consta y conforme a lo que se hizo el depósito judicial en el mes de diciembre para el mes de octubre la señora BENEDICTA estuvo 24 días en artículo 140 y se le pago el 100% del salario si conforme con lo que consta en el depósito judicial que no trabajo unos días los que fueron objeto a proceso disciplinario que son los que se manifestaron en el momento para noviembre a la señora BENEDICTA no se le paga su incapacidad porque se le pago todo el salario correspondiente a \$869.493 incluido el auxilio de transporte no solo se le estábamos pagando el salario sino que le pagamos el auxilio de transporte corres (inaudible) de noviembre ya para el mes de diciembre de 2018 se le se le vuelven a pagar los 30 días correspondientes a \$781.242 por concepto del artículo 140 del código sustantivo (inaudible) pues se le solicitamos al Tribunal que se sirva de verificar que efectivamente que se compense el dinero pagado con ocasión al artículo 140 por conceptos de salarios y subsidio de transporte y sea compensado por incapacidades (inaudible) para el mes de enero hasta el 11 de enero hasta el 10 de enero BENEDICTA estuvo en 140 ósea se le pagaron esos días por un total de \$303.643 para el mes de febrero (inaudible) pagados en \$327.934 para el mes de marzo de 2019 también fueron pagados 19 días de incapacidad por un valor de \$346.152 para el mes de abril fueron pagadas las incapacidades por \$309.715 para el mes de mayo la señora BENEDICTA solo aportó un día de incapacidad señor juez que es el de 1 de mayo se le pago por un valor de \$18.219 frente a los meses de junio y julio la señora BENEDICTA no presentó incapacidad y hay quiero hacer la aclaración señor juez y entiendo que en la apreciación del acervo probatorio pues ella afirma que estaba incapacitada y solicito al Tribunal valore que una cosa es estar en incapacidad y otra (inaudible) hacer la comunicación a su empleador y la señora BENEDICTA nunca comunicó de las incapacidades posterior al 1 de mayo si bien puede ser el saldo insoluto nosotros como empleador nunca estuvimos comunicado(inaudible) nunca se comunicaron esas incapacidades como vamos a pagar unas incapacidades de las cuales nunca fuimos notificados la señora BENEDICTA y acá la apoderada de la demandante ha dicho que han presentado las incapacidades las únicas incapacidades que presentó fueron las que le dimos respuesta el 15 de marzo y fue por correo certificado también que nos allegó la señora BENEDICTA 0 de marzo hay están relacionadas todas y cada una de las incapacidades que se pagaron y como se pagaron en los (inaudible) depósitos judiciales tanto de esa primera de parte de julio agosto septiembre octubre y noviembre en el depósito judicial de diciembre y después señora BENEDICTA que usted no paso a reclamar su indemnización su liquidación perdón corrijo no su indemnización su liquidación definitiva que usted sabía (inaudible) en los hechos de la demanda especialmente a los relativos a los hechos ya verifíco 35 en adelante usted si sabía y nosotros le notificamos que para el 15 de julio ya no había relación laboral ella si sabía que se había terminado la relación laboral y no obstante la mala fe de la señora BENEDICTA ZAMBRANO nunca informo incapacidad alguna acá no consta señor juez nunca ella que tenía la carga de la prueba de probar nunca probó y nunca y ni siquiera es porque nunca probó sino nunca nos allegó incapacidades posterior al 1 de mayo por eso nosotros como empleador no podemos reconocer esas incapacidades correspondientes a mayo al 2 de mayo al 15 julio de 2019 que consideramos es el saldo insoluto que se está reclamando en este (inaudible) el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal y por ende solicitamos sea revocada la condena y la condena en costas y en agencias en derecho de la demandada BORDA Y ASOCIADOS. Gracias señor juez.

VILLEGAS y en virtud de dichas declaraciones, solicitó proferir condena en contra de las demandadas por el pago de incapacidades otorgadas a la demandante desde el 08 de febrero de 2018 hasta la fecha de presentación de la demanda; por el pago de intereses corrientes, intereses moratorios e indexación; se condene a los demandados BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. y ENRIQUE BORDA VILLEGAS al reintegro de la demandante a un cargo de igual o mejores condiciones a las que tenía en el momento del despido, al pago de salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha del despido hasta la fecha en que se produzca el reintegro, al pago de indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, en tanto, se condenó a la demandada sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. a pagarle a la demandante BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUI, la suma de \$1.571.212 pesos por concepto de saldo insoluto de incapacidades prescritas y no sufragadas en el lapso comprendido entre el 8 de febrero del año 2018 y 15 de julio del año 2019, junto con la correspondiente indexación; se ordenó la absolución de las demás pretensiones incoadas en contra de dicha sociedad y no se profirió condena alguna en contra de COMPENSAR EPS, ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A y ENRIQUE BORDA VILLEGAS; condenó en costas a la demandada BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. y a la demandante, teniendo en cuenta la absolución de COMPENSAR EPS, ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A y ENRIQUE BORDA VILLEGAS.

Como fundamentos de su decisión el Juez Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. encontró acreditado que: i) la demandante prestó sus servicios de forma personal a favor de la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S., cumpliendo un horario y devengando un salario, mediante la modalidad de tres contratos de trabajo a término fijo para los periodos comprendidos entre el 01 de julio al 31 de diciembre de 2015; del 02 de enero al 31 de diciembre de 2016 y del 02 de enero al 31 de diciembre de 2017 y un cuarto contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia desde el 09 de enero de 2018 hasta el 15 de julio de 2019. ii) que la demandante fue reintegrada a partir del 12 de julio de 2018, en cumplimiento de orden constitucional de tutela emitida por el Juez Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá; precisando que el último nexo de la relación laboral abarcó el periodo comprendido entre el 12 de julio de 2018 al 15 de julio de 2019. iii) que para el

15 de julio de 2016 la demandada dio por terminada la relación laboral aduciendo una justa causa.

Luego de hacer un recuento de los medios probatorios aportados en el expediente el Juez de Primer Grado concluyó que efectivamente se presentó una justa causa para el despido de la demandante, por encontrarse demostrado que para los periodos 11 de enero al 03 de febrero de 2019; 22 de febrero al 11 de marzo de 2019; 02 al 10 de abril de 2019 y del 19 al 22 de abril de 2019 la demandante faltó de forma injustificada a su lugar de trabajo, haciendo caso omiso a los reiterados requerimientos de su empleadora, actuación que se encasilla en lo dispuesto en el numeral 6, del literal A del art. 62 del CST de conformidad con lo dispuesto en los arts. 58 y numeral 4 del art. 60 del mismo compendio.

Alega que en el proceso de desvinculación de la demandante no se advierte la configuración del algún tipo de ilegalidad, pues reiteró que la demandante no justificó en debida forma su inasistencia y de contera incurrió de forma grave en las obligaciones que le incumbían como trabajadora.

Respecto al pago de incapacidades causadas desde febrero de 2018 y hasta la fecha de presentación de la demanda indicó que, teniendo en cuenta las incapacidades que militan a folios 84 a 107 y los pagos acreditados por el demandado mediante depósitos judiciales constituidos el 11 de diciembre de 2018 y el 09 de marzo de 2019, por valor de \$1.784.900 y \$3.370.900, respectivamente y luego de realizar las correspondientes operaciones aritméticas concluyó que se adeuda por incapacidades a favor de la demandante la suma de \$1.571.212, monto por el que emitió condena a cargo de la empleadora, indicando que la suma deberá reconocerse de forma indexada.

En lo que corresponde a la solicitud de reintegro con base en lo dispuesto en la Ley 361 de 1997 indicó que: i) el contrato a término indefinido se terminó con justa causa el 15 de julio de 2019; ii) que el 05 de septiembre de 2019 se emitió concepto favorable de rehabilitación integral, por parte de COMPENSAR EPS a la demandante determinando que presentaba como patologías poliartritis no especificada, trastorno de los discos intervertebrales no especificados, gonartrosis primaria bilateral, síndrome del manguito rotatorio y otras artrosis específicas.

Destacó que para la época del despido y a la fecha no se evidencia que la demandante haya sido sometida a un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en donde se haya determinado el origen, fecha de estructuración de sus patologías y porcentaje de pérdida definitiva de capacidad laboral; advirtió que en el expediente obra documental con la que se acredita que la demandante para la fecha del despido³ estaba incapacitada por enfermedad general por el periodo comprendido desde el 26 de junio de 2019 al 25 de julio de la misma anualidad.

Luego de relacionar las pruebas practicadas en audiencia concluyó que en el plenario no se logró acreditar que el despido haya sido por ocasión de la eventual limitación de la demandante sino por un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la encartada, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.) pues, recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir esta Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia que entre la demandante y la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S., existió una relación laboral regida por tres contratos a término fijo y un último contrato a término indefinido para los siguientes periodos:

TIPO DE CONTRATO	PERIODO
Contrato a término fijo 1	01 de Julio a 31 de diciembre de 2015
Contrato a término fijo 2	01 de enero a 31 de diciembre de 2016
Contrato a término fijo 3	01 de enero a 31 de diciembre de 2017
Contrato a término indefinido	09 de enero de 2018 al 15 de julio de 2019

Contratos en virtud de los cuales la señora demandante desarrollaba labores de servicios generales devengando como salario el mínimo mensual legal vigente.

³ 15 de julio de 2019.

Otro punto que no es motivo de controversia es que el 15 de julio de 2019 la sociedad empleadora decidió dar por terminado el contrato de trabajo por existir una justa causa, conforme lo dispuesto en el literal A, numeral 6, art. 62 del CST por haber incumplido las obligaciones que le incumbían como trabajadora⁴, especialmente la dispuesta en el numeral 1 del art. 58 ⁵ y proceder que configuró la prohibición establecida en el numeral 4 del art. 60 del CST y de la SS ⁶.

Precisado los puntos aceptados por las partes de la decisión proferida en primera instancia y, de la revisión de los argumentos en que se sustentaron los recursos de apelación se definen como problemas jurídicos que debe abordar esta Sala de Decisión el de:

Determinar si, para el despido con justa causa acaecido el 15 de julio de 2019 la empleadora debía dar cumplimiento a proceso disciplinario; si debía tramitar autorización ante el ministerio de trabajo por cuanto para dicha data la demandante se encontraba bajo el amparo por fuero de salud establecido en la Ley 361 de 1997 y si, en consecuencia es procedente ordenar el reintegro de la demandante con el correspondiente reconocimiento de salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha del despido y hasta cuando se produzca el reintegro.

Por otro lado, se deberá determinar si las incapacidades objeto de reclamo en la demanda fueron o no canceladas en su totalidad por la demandada.

⁴ “**ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del empleador:

...

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos [58](#) y [60](#) del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

⁵ “**ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR.** Son obligaciones especiales del trabajador:

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.”

⁶ “**ARTICULO 60. PROHIBICIONES A LOS TRABAJADORES.** Se prohíbe a los trabajadores:

4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.”

Establecido entonces el objeto de litigio en esta instancia, se partirá por analizar lo correspondiente a la estabilidad laboral reforzada por salud, principal fundamento de las pretensiones alegadas por la actora.

La Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, dispone en su artículo 26, que: *“Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

La aplicación de dicho precepto ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en diversas sentencias a establecido los criterios que a continuación se resumen:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa

causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...

(Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

*(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.*

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se

repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

e) Radicado SL2841 de 2020, SL-3723 de 2020:

“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.

Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.

(....)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

- f) Radicado SL-711 de 2021, reiterado en sentencia 3145 de 2021 y en sentencia SL-3600 de 2021:

“esta sala de la Corte precisó algunos conceptos relacionados con el derecho a la estabilidad laboral reforzada, emanada de la Ley 361 de 1997, y, específicamente en cuanto a los destinatarios de la garantía, insistió en que «[...] son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15%, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas [...]» (Ver también las sentencias CSJ SL 058-2021 y CSJ SL572-2021). En ese sentido, ha dicho la Sala que los beneficiarios «[...] no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2° del artículo 5°, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas [...]», todo por cuanto «[...] no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.» (CSJ SL711-2021).

En la anterior decisión, la Corte también precisó que aunque existe libertad probatoria a la hora de acreditar los supuestos que dan lugar a esa discapacidad relevante, de manera

que no existe una prueba solemne, lo cierto es que sigue siendo preciso el mantenimiento de ese parámetro objetivo, de una «[...] discapacidad [que] comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual [...]» Lo anterior sin desconocer, eso sí, el carácter relevante que tienen para estos casos las evaluaciones técnicas construidas de acuerdo con las pautas de los manuales de calificación de la invalidez (CSJ SL572-2021).

La Corte también ha optado por realizar un ejercicio de armonización de la normatividad interna con los estándares internacionales de derechos humanos, referidos a las personas con discapacidad, para entender que tal estado no es identificable con «[...] cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona [...]»

Finalmente, la Sala también ha optado por darle aplicación a estos criterios objetivos de identificación de las personas beneficiarias de la especial garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en periodos posteriores a la derogatoria del Decreto 2463 de 2001 (CSJ SL 711-2021 y CSJ SL572-2021). ”

De la relación de los criterios jurisprudenciales reseñados, concluye esta instancia que, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar que padece una discapacidad relevante, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o demostrar la existencia de una justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En esa dirección, ha de señalarse entonces, como primer punto que el vínculo laboral entre las partes terminó efectivamente el 15 de julio de 2019 por decisión unilateral de la empleadora como se advierte de los hechos alegados en la demanda y en la contestación de la sociedad empleadora; decisión que fue puesta en conocimiento de la demandante mediante comunicación remitida a su domicilio como consta a folio 137.

En este punto, se advierte que la carta de despido resulta ilegible, situación que en principio impediría la percepción directa de los motivos en que se fundó la terminación de la relación laboral

Sin embargo, ello no fue óbice para que con los demás medios de prueba recaudados, el Juez de primer grado pudiera determinar que la situación fáctica que dio origen al despido fueron las reiteradas inasistencias injustificadas de la demandante a su lugar de trabajo para los periodos comprendidos entre el 11 de enero al 03 de febrero de 2019, 22 de febrero al 15 de marzo de 2019, 02 al 10 de abril de 2019 y del 19 al 22 de abril de 2019, como pudo acreditarse con la carta de citación a descargos aportada a folios 359-360; proceder que configuró la causal establecida en el numeral 6, literal A del art. 62, por encontrarse demostrado un incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la trabajadora conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del art. 58 y numeral 4 del art. 60 del CST y de la SS, hecho que además aceptó la apoderada de la demandante en los fundamentos de su apelación.

De la revisión del recurso de la demandante se tiene que los fundamentos de su inconformidad van dirigidos específicamente al hecho de que la empleadora no haya citado a descargos a la demandante y que no haya solicitado permiso al ministerio de trabajo para proceder a su despido.

Advierte esta instancia que para el 15 de julio de 2019 la señora BENEDICTA ZAMBRANO se encontraba incapacitada como consta a folio 105 con el comprobante de incapacidad médica expedido por la EPS COMPENSAR para el periodo del 26 de junio de 2019 al 25 de julio de 2019, por enfermedad general, sin embargo, de las pruebas aportadas no es posible colegir que la demandante se hallara en condiciones de discapacidad, pues en las pruebas recaudadas no existe una calificación técnica o pruebas que brinden indicios de que la trabajadora sufría una limitación física, con la envergadura necesaria para ser merecedora de la especial protección a la estabilidad establecida en la Ley 361 de 1997.

En efecto, la demandante aportó la historia clínica (fls. 23-107) de la cual se lee que en el año 2018 presentó varias afecciones de salud dentales y por accidente de trabajo en febrero de 2018, donde tuvo una caída desde dos escalones, lo que le ocasionó patologías lumbares; en el año 2019, época del despido, se observa que la demandante consultó por varias enfermedades que

la EPS calificó de origen común⁷ como poliatrosis, síndrome del manguito rotatorio, gonartrosis, trastornos de discos intervertebrales respecto de las cuales se emitió concepto favorable de rehabilitación el 05 de septiembre de 2019 ⁸, lo cierto es que de dichas pruebas no se logró acreditar de manera cierta que dichas contingencias le representaran una discapacidad relevante.

Aunado a lo anterior, no se demostró que para la fecha del despido el empleador tuviera conocimiento del estado de enfermedad que alega la demandante, pues, como se anotó en precedencia no existe prueba de que la demandante haya puesto en conocimiento de su empleador, para la época del despido, las incapacidades expedidas para los ciclos 11 de enero al 03 de febrero de 2019; 22 de febrero al 11 de marzo de 2019; 02 al 10 de abril de 2019, del 19 al 22 de abril de 2019 y 22 de abril de 2019 al 25 de julio de 2019.

Establecido como esta que la demandante no es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada pretendida es pertinente anotar que la causal en que se fundamentó el despido fue aceptada por la demandante en su interrogatorio de parte⁹, donde aceptó que no iba al trabajo, ni aportaba incapacidades durante los periodos ya aludidos¹⁰ justificando su ausencia en su estado de salud, en la falta de recursos económicos para ir al médico y para sufragar el servicio de transporte hasta el sitio de trabajo, argumentos que para esta sala no configuran una justificación válida, por cuanto, salvo que así se pacte, no es obligación del empleador suministrar los medios de transporte para que el trabajador acuda a su sitio de trabajo y ante la existencia de sus padecimientos de salud es obligación de la trabajadora solicitar asistencia médica ante la EPS a la que estaba afiliada, máxime cuando la empleadora acreditó a folios 317-344 el pago de aportes en salud a favor de la demandante para los periodos en que se mantuvo la relación laboral y de los que se infiere que para esa época estaba activa su afiliación a EPS.

Sumado a ello esta sala, encontró ratificada con toda certeza la existencia de la justa causa alegada, pues de la revisión de las pruebas practicadas en primera instancia se tiene que en el interrogatorio de parte la demandante hace referencia a sucesos donde afirma que su empleador le impedía el ingreso a las

⁷ Archivo No. 1 folio 275.

⁸ Ibidem.

⁹ Archivo No. 10, record 13:40.

¹⁰ 05 al 07 de octubre de 2018 11 de enero al 03 de febrero de 2019, 22 de febrero al 11 de marzo de 2019, 02 al 10 de abril de 2019 y del 19 al 22 de abril de 2019.

instalaciones de la empresa, cuando ella asistía a dar cumplimiento a sus labores, sin embargo, en el expediente no obra ningún tipo de prueba que ratifique lo dicho por la señora BENEDICTA, quien incluso en el minuto 20:47 de su declaración, grabada en el archivo No. 10, afirmó que no aportó las pruebas de esas situaciones por considerar que no eran necesarias.

Como complemento de lo anterior se tiene también que, en el minuto 31:25 la demandante precisa que la situación descrita en párrafo anterior, acaeció en febrero de 2018 cuando el empleador decidió dar por terminado el contrato sin justa causa como consta a fl.122, sin embargo, también se acreditó que dicha terminación fue revertida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento mediante decisión de acción de tutela, donde se ordenó el reintegro que la empleadora materializó el 08 de octubre de 2018 como consta a folio 356, fecha a partir de la cual la demandante no refirió que el empleador haya asumido una actitud que le impidiera reintegrarse a sus labores y al contrario aceptó de forma reiterada y persistente que no iba a trabajar porque estaba enferma y porque no contaba con dinero para asistir a la empresa, circunstancias que tampoco fueron puestas en conocimiento de la empleadora.

Decantado lo anterior, advierte esta instancia que las pruebas practicadas por primera instancia demostraron de forma clara la existencia de la justa causa invocada por la empleadora, la cual se reafirmó con la confesión de la demandante en el interrogatorio de parte.

Por otro lado y en lo que tiene que ver con el incumplimiento del debido proceso previo a imponer el despido, valga la pena precisar a la profesional del derecho que, 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 2007¹¹, criterio reiterado en la

¹¹ *“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*

SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017¹².

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, que 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

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 raditaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

¹² *“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 si 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).”

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 las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador¹³.

¹³ “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 Constitucional¹³, 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 [...]*¹³.

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:

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, hecho que en autos no se acreditó pactado en

-
- 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 indemnizarlos¹³.*
 - 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 diálogo¹³, 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°.”

el contrato de trabajo, en una convención colectiva o en algún reglamento interno de trabajo.

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 (folio 359) a fin de darle la oportunidad de ser escuchada, en garantía de su derecho de defensa, sin embargo, fue ella quien no hizo uso de la posibilidad de dar su versión de los hechos, pues no compareció a la citación, como se advierte del interrogatorio de parte a ella surtido, donde para justificar su inasistencia a dicha diligencia de forma reiterativa contestó que no iba a la empresa por no contar con dinero para sufragar los transportes y adujo además que, su empleador no le permitía ir a la empresa, hecho que no fue demostrado.

Acorde entonces a lo concluido se infiere lógicamente que, por no encontrarse acreditado que la trabajadora era beneficiaria del fuero de salud, el empleador no está obligado a obtener la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral, esto dando respuesta al segundo motivo de inconformidad de la apelante.

Permiso que incluso tampoco sería exigible en el caso de que, la demandante siendo beneficiaria del fuero por salud fuera despedida con fundamento en una justa causa de despido.

Ahora en los que tiene que ver con el pago de las incapacidades, punto alegado por ambas partes, se tiene que el Juez de primer grado condenó a la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. a pagar a la demandante BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUI, la suma de \$1.571.212 pesos por concepto de saldo insoluto de incapacidades prescritas y no sufragadas en el lapso comprendido entre el 8 de febrero del año 2018 y 15 de julio del año 2019.

La parte demandada alega que ya canceló todas las incapacidades y la actora que aún se adeudan las incapacidades por cuanto los pagos por depósitos judiciales sólo corresponden al pago de liquidación de prestaciones sociales.

Al tema, valga memorar, el subsidio por incapacidad laboral, contenido en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993¹⁴, constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, lo cual está en consonancia con los fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política

A voces de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas (artículo 53 de la Carta Política)¹⁵.

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo surgido con posterioridad al mencionado artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependerá del origen de la contingencia (común o laboral) y la duración de la misma, ello siempre y cuando se subrogue el riesgo, esto es, que medie la afiliación al sistema general de seguridad social, pues de no ser ello así esta prestación correrá a cargo del empleador. En ese sentido, de existir afiliación, la incapacidad se pagará así:

- Si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumido por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013¹⁶)

¹⁴ “**ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

¹⁵ Sentencias CC T-490-2015, reiterada en la CC T-140-2016 y citada en proveído CSJ STL16504-2016, reiteradas en la SL1243 de 2020.

¹⁶ Artículo compilado en el Artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 “**ARTÍCULO 1.** Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”.

- Si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180¹⁷, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiéndose, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad¹⁸.
- A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).
- Con relación a las incapacidades causadas después del día 540, si esta fue expedida antes del 27 de julio de 2018 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 1333 de 2018), correrá por cuenta del empleador, con posterioridad a esa fecha, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, esta será cancelada por la EPS.

Frente al valor del auxilio, en los términos del artículo 227 del C.S.T., corresponderá a las 2/3 partes (66,66%) del salario del trabajador durante los primeros noventa días y la mitad (50%) del salario por el tiempo restante.

Respecto a las incapacidades de origen laboral, estas se pagarán en un 100% de la retribución mensual del trabajador y estarán a cargo de la Aseguradora de Riesgos Laborales desde el día 1 (artículo 3 Ley 776 de 2002).

¹⁷ Ello en los términos del párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

¹⁸ Artículo 13 de la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998, “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de los Seguros Sociales.”: “Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.”

No sobra advertir que, en todos los casos es el empleador quien debe pagar directamente las incapacidades al trabajador y luego aquel, las cobra a la EPS o a la ARL según corresponda a una patología de origen común o laboral.

Lo anterior por cuanto el trámite tendiente al reconocimiento de las incapacidades por parte de los distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social está a cargo del empleador conforme lo dispone el art. 121 del Decreto Ley-019 de 2012 que dispone:

“ARTÍCULO 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Preliminarmente advierte la Sala, no es objeto de controversia que a la demandante le fueron emitidas incapacidades laborales de manera continua e ininterrumpida entre el 08 de febrero de 2018 y el 25 de julio de 2019, de las cuales 3 tenían origen profesional, 20 origen por enfermedad general y que BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. sería quien debe asumir el pago de las incapacidades que eventualmente resulten probadas en el trámite procesal, aspectos estos que determino el juez de primer grado y que no fueron controvertidos en esta instancia.

Del mismo modo, no se discute que los Ingresos Base de Cotización de la demandante correspondían al SMMLV para los años 2018 y 2019, aspecto que tampoco fue objeto de debate en esta instancia.

Precisado lo anterior se tiene que, la señora BENEDICTA ZAMBRANO reclama el pago de las siguientes 23 incapacidades expedidas durante la vigencia de la relación laboral:

INCAPACIDAD	INICIO	FINAL	DIAS	ENFERMEDAD	FOLIO
903050	8/02/2018	15/02/2018	8	GENERAL	NR
109103	15/02/2018	20/02/2018	6	PROFESIONAL A.T	NR
906506	22/02/2018	25/02/2018	4	GENERAL	NR
906506	16/03/2018	4/04/2018	20	GENERAL	NR

115426	11/04/2018	18/04/2018	8	GENERAL	NR
935562	27/06/2018	26/07/2018	30	PROFESIONAL A.T	NR
133404	2/09/2018	6/09/2018	5	GENERAL	NR
935562	5/09/2018	4/10/2018	30	PROFESIONAL A.T	NR
874452	22/10/2018	31/10/2018	10	GENERAL	106
11623261	1/11/2018	5/11/2018	5	GENERAL	92
11637801	27/12/2018	29/12/2018	3	GENERAL	93
11667278	4/02/2019	13/02/2019	10	GENERAL	94
11676615	14/02/2019	21/02/2019	8	GENERAL	95, 141
11701702	12/03/2019	19/03/2019	8	GENERAL	96
157024	20/03/2019	22/03/2019	3	GENERAL	97
11713571	23/03/2019	30/03/2019	8	GENERAL	98, 142
11720572	1/04/2019	8/04/2019	8	GENERAL	99
11731114	11/04/2019	18/04/2019	8	GENERAL	100, 143
11736746	22/04/2019	1/05/2019	10	GENERAL	101
11746771	2/05/2019	11/05/2019	10	GENERAL	102, 144
11756773	14/05/2019	23/05/2019	10	GENERAL	103
11766843	24/05/2019	12/06/2019	20	GENERAL	104, 145
11944416	26/06/2019	25/07/2019	30	GENERAL	105

Así, teniendo en cuenta que la demandante permaneció incapacitada por **262** días (calendario) y que cada día de incapacidad debía cancelarse sobre la base del SMMLV, realizando las operaciones aritméticas correspondientes¹⁹, debió cancelársele por parte de la demandada la suma de **\$5.260.191**.

En tal sentido y a fin de verificar los pagos realizados por el empleador, se tiene que aceptó que la demandante le reportó 18 incapacidades²⁰ :

INCAPACIDAD	INICIO	FINAL	DIAS	ENFERMEDAD	FOLIO	SALARIO	VALOR INCAP.
903050	8/02/2018	15/02/2018	8	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 138.894,41
109103	15/02/2018	20/02/2018	6	PROFESIONAL A.T	NR	\$ 781.242,00	\$ 156.248,40
906506	22/02/2018	25/02/2018	4	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 69.447,21
906506	16/03/2018	4/04/2018	20	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 347.236,03
115426	11/04/2018	18/04/2018	8	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 138.894,41
935562	27/06/2018	26/07/2018	30	PROFESIONAL A.T	NR	\$ 781.242,00	\$ 781.242,00
133404	2/09/2018	6/09/2018	5	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 86.809,01
935562	5/09/2018	4/10/2018	30	PROFESIONAL A.T	NR	\$ 781.242,00	\$ 781.242,00

¹⁹ Determinación de subsidio por incapacidad por enfermedad general: salario x 66.67% (2/3 del salario) x días de incapacidad/30

Por enfermedad profesional o accidente de trabajo: salario x 100% (2/3 del salario) x días de incapacidad/30

²⁰ Archivo No. 1 folio 292, 293 y 361-369.

874452	22/10/2018	31/10/2018	10	GENERAL	106	\$ 781.242,00	\$ 173.618,01
11623261	1/11/2018	5/11/2018	5	GENERAL	92	\$ 781.242,00	\$ 86.809,01
11637801	27/12/2018	29/12/2018	3	GENERAL	93	\$ 781.242,00	\$ 52.085,40
11667278	4/02/2019	13/02/2019	10	GENERAL	94	\$ 828.116,00	\$ 184.034,98
11676615	14/02/2019	21/02/2019	8	GENERAL	95, 141	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98
11701702	12/03/2019	19/03/2019	8	GENERAL	96	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98
157024	20/03/2019	22/03/2019	3	GENERAL	97	\$ 828.116,00	\$ 55.210,49
11713571	23/03/2019	30/03/2019	8	GENERAL	98, 142	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98
11731114	11/04/2019	18/04/2019	8	GENERAL	100, 143	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98
11736746	22/04/2019	1/05/2019	10	GENERAL	101	\$ 828.116,00	\$ 184.034,98

De las cuales en comunicación remitida a la demandante el 15 de marzo de 2019 aceptó que pagó 7 incapacidades²¹, a través de depósito judicial No. A6772934 por valor de \$1.784.900²², pago que se encuentra acreditado y además fue aceptado por la demandante en el interrogatorio:

INCAPACIDAD	INICIO	FINAL	DIAS	ENFERMEDAD	FOLIO	SALARIO	VALOR INCAP.	RAD EMPRESA	PAGO	FOLIO
903050	8/02/2018	15/02/2018	8	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 138.894,41	SI	SI	292, 361
109103	15/02/2018	20/02/2018	6	PROFESIONAL A.T	NR	\$ 781.242,00	\$ 156.248,40	SI	SI	293, 361
935562	27/06/2018	26/07/2018	30	PROFESIONAL A.T	NR	\$ 781.242,00	\$ 781.242,00	SI	SI	293, 361
133404	2/09/2018	6/09/2018	5	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 86.809,01	SI	SI	293
935562	5/09/2018	4/10/2018	30	PROFESIONAL A.T	NR	\$ 781.242,00	\$ 781.242,00	SI	SI	293
874452	22/10/2018	31/10/2018	10	GENERAL	106	\$ 781.242,00	\$ 173.618,01	SI	SI	293
11623261	1/11/2018	5/11/2018	5	GENERAL	92	\$ 781.242,00	\$ 86.809,01	SI	SI	293

De lo que queda que por las restantes 16 incapacidades quedó un saldo insoluto de **\$3.475.29**, saldo que a la fecha de presentación de la demanda no había sido sufragado por la empleadora.

INCAPACIDAD	INICIO	FINAL	DIAS	ENFERMEDAD	FOLIO	SALARIO	VALOR INCAP.	RAD EMPRESA	PAGO	FOLIO
906506	22/02/2018	25/02/2018	4	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 69.447,21	SI	NO	361
906506	16/03/2018	4/04/2018	20	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 347.236,03	SI	NO	361
115426	11/04/2018	18/04/2018	8	GENERAL	NR	\$ 781.242,00	\$ 138.894,41	NO	NO	361

²¹ Archivo No. 1 folio 362.

²² Archivo No. 1 folio 136.

11637801	27/12/2018	29/12/2018	3	GENERAL	93	\$ 781.242,00	\$ 52.085,40	SI	NO	293
11667278	4/02/2019	13/02/2019	10	GENERAL	94	\$ 828.116,00	\$ 184.034,98	SI	NO	293
11676615	14/02/2019	21/02/2019	8	GENERAL	95,141	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98	SI	NO	293
11701702	12/03/2019	19/03/2019	8	GENERAL	96	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98	NO	NO	293
157024	20/03/2019	22/03/2019	3	GENERAL	97	\$ 828.116,00	\$ 55.210,49	NO	NO	293
11713571	23/03/2019	30/03/2019	8	GENERAL	98,142	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98	NO	NO	293
11720572	1/04/2019	8/04/2019	8	GENERAL	99	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98	NO	NO	NR
11731114	11/04/2019	18/04/2019	8	GENERAL	100,143	\$ 828.116,00	\$ 147.227,98	NO	NO	293
11736746	22/04/2019	1/05/2019	10	GENERAL	101	\$ 828.116,00	\$ 184.034,98	NO	NO	293
11746771	2/05/2019	11/05/2019	10	GENERAL	102,144	\$ 828.116,00	\$ 184.034,98	NO	NO	NR
11756773	14/05/2019	23/05/2019	10	GENERAL	103	\$ 828.116,00	\$ 184.034,98	NO	NO	NR
11766843	24/05/2019	12/06/2019	20	GENERAL	104,145	\$ 828.116,00	\$ 368.069,96	NO	NO	NR
11944416	26/06/2019	25/07/2019	30	GENERAL	105	\$ 828.116,00	\$ 552.104,94	NO	NO	NR

El apoderado de la demandada alega que con los pagos acreditados en el expediente se sufragó el total de las 23 incapacidades reclamadas y causadas durante la vigencia de la relación laboral.

Reitera esta sala que a folio 2 obra título de depósito judicial A6772934 constituido el 11 de diciembre de 2018 mediante el cual la empleadora realizó el pago de **\$1.789.400** por concepto de incapacidades, como lo comunicó a la demandante el 15 de marzo de 2019²³.

Igualmente, a folio 135 obra depósito judicial A6672018 constituido el 14 de marzo de 2018 por valor de \$1.698.100, que según lo aceptó el demandado correspondía al pago de salarios y prestaciones sociales causadas desde el 28 de febrero de 2018 hasta noviembre de 2018²⁴, pago que no puede imputarse al pago de incapacidades.

Se hace necesario advertir que en el interrogatorio de parte la demandante aceptó que ya recibió el pago de los dos depósitos judiciales relacionados ²⁵.

A folio 394 obra título de depósito judicial No. A6983713 constituido el 09 de marzo de 2020 por valor de **\$3.370.900** al que la empleadora hace referencia en los hechos de su defensa consignados a folio 306, informando que, con dicho pago sufragaba la liquidación final del contrato de trabajo y las incapacidades no

²³ Archivo No. 1 folios 361-369.

²⁴ Archivo No. Folio 363.

²⁵ Archivo 13.

pagadas y de las cuales tuvo conocimiento hasta el pasado 01 de mayo de 2019²⁶.

Ahora bien, y haciendo la imputación de pagos de ese título a las 16 incapacidades adeudadas²⁷ se tiene que la sociedad demandada tan sólo adeuda a la señora demandante por saldo insoluto de incapacidades la suma de **\$104.391,11**²⁸, razón por la que se modificara el numeral primero de la sentencia de primera instancia en cuanto al monto objeto de condena.

Es de anotarse que, en cuanto a lo dicho por el demandado en su contestación, respecto al importe de **\$3.370.900** del título No. A6983713 constituido el 09 de marzo de 2020 en el que hizo referencia a que con dicho valor sufragaba liquidación final de prestaciones sociales y las incapacidades insolutas de las que tuvo conocimiento desde el 01 de mayo de 2019 hasta el 15 de julio de 2019, no es un argumento que tenga soporte probatorio en el trámite procesal y por ende resulta inadmisibile para esta sala de decisión, pues no aportó los valores discriminados de lo que pretendía sufragar con dicho pago, ni la liquidación con base en la cual determinó el valor que por subsidios de incapacidad tenía derecho la demandante.

En todo caso la sala tomó el valor de dicho título, resultando evidente que el empleador aún adeuda por incapacidades insolutas la suma antes reseñada de **\$104.391,11**; por lo que el título aportado a folio 394 no acoge el valor de todas las incapacidades ni mucho menos de la liquidación final de prestaciones sociales de la demandante, como lo alegó la pasiva en su contestación²⁹.

Es importante advertir que en el evento en que la demandante no haya aún reclamado el título No. A6983713 constituido el 09 de marzo de 2020 por valor de **\$3.370.900**, queda autorizada para que lo retire y realice los respectivos trámites para su cobro efectivo.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes.

²⁶ “Ante los constantes requerimientos como se evidenciará y la imposibilidad de realizar el pago de las incapacidades presentadas y de las que se tuvo conocimiento hasta el pasado 01 de mayo de 2019, incluida la liquidación del contrato hasta el pasado 15 de julio de 2019, se realizó depósito judicial por valor de \$3.370.900.”

²⁷ Páginas 25 y 26 de esta decisión.

²⁸ Saldo total por incapacidades \$5.260.191; Título fl. 136 por \$1.784.900; Título fl. 394 por \$3.370.900. Saldo insoluto incapacidades: \$104.391.

²⁹ Archivo No. 1 folio 306.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen a cargo del demandante.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En el sentido de **CONDENAR** a la sociedad BORDA ASOCIADOS Y CONSULTORES S.A.S. a pagarle a la demandante BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUI, la suma de **\$104.391,11** pesos por concepto de saldo insoluto de incapacidades, causadas en el lapso comprendido entre el 8 de febrero del año 2018 y 15 de julio del año 2019.

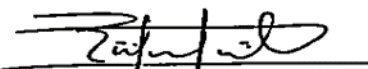
SEGUNDO: AUTORIZAR a la demandante señora BENEDICTA ZAMBRANO JOAQUI para que retire el título No. A6983713 constituido el 09 de marzo de 2020 por valor de **\$3.370.900** por concepto de abono de incapacidades insolutas, relacionadas en la foliatura 25 y 26 de esta sentencia y objeto de condena; ello en el evento de que la señora demandante aún no lo haya retirado ni haya efectuado los trámites respectivos de cobro.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

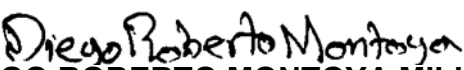
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 38 2019 00846 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO 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 MEJIA ASOCIADOS Y ABOGADOS ESPECIALIZADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 25).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose corrido el término de traslado para alegar de conclusión, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 18-21), PORVENIR S.A (fl 7-9) y COLPENSIONES (fl 23-25); 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito Transitoria de Bogotá D.C., el pasado 23 de julio del 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta Archivo 14 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del acto de traslado de la señora PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el día 9 de agosto 1994, con fecha de efectividad el 1 de septiembre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de PATRICIA DEL CARMEN

EXP. No 38 2019 00846 01 PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

PERALTA BENITEZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSUELVE de lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., en caso de no ser apelada.

OCTAVO: Costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de esta sentencia.”

Inconformes con la decisión los apoderados de COLPENSIONES y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentaron recursos de apelación los cuales sustentaron en la debida oportunidad exponiendo los siguientes argumentos:

COLPENSIONES Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia por considerar que el fondo privado acreditó que, solamente hasta el año 2016 estos contaban con el consentimiento emitido en un formulario de afiliación como el único medio de prueba que les permitiera demostrar el conocimiento y consentimiento del afiliado.

Respecto a la decisión de traslado de la señora demandante al RAIS manifestó que su voluntad fue libre y espontánea y así quedó plasmada en el formulario de afiliación que suscribió con PORVENIR, siendo dicha afiliación válida y vigente.

Reiteró que debe tenerse en cuenta que entre el año de 1994 y el 2016 no se exigía nada diferente en cuanto al documento de afiliación en el que se constata la intención del afiliado de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que la señora demandante tuvo la oportunidad de trasladarse de régimen y no obstante mostro un total desinterés en ello, incluso asegura que permaneció afiliada al RAIS durante más de 26 años lo que pone de presente y ratifica su voluntad de pertenecer al RAIS.

Adujo que aceptar un traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida afectaría significativamente el sistema financiero de este régimen y en ese sentido se generaría una carga a los demás afiliados quien no tendrían por que soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de una persona que no construyo un derecho pensional durante 26 años que permaneció afiliada a un régimen distinto y que es precisamente lo que se pretende evitar con el principio de sostenibilidad financiera del sistema el cual se encuentra consignado en el artículo 48 de la constitución política.

Finalmente y, de manera subsidiaria solicita que, en caso de que se llegara a confirmar y declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al RAIS, se ordene entonces a PORVENIR S.A. que las sumas de dinero percibidas sean devueltas a favor de mi representada tanto por concepto de cotizaciones rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora y que esta sumas sean debidamente indexadas sin que se realice descuento alguno por el periodo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado en virtud de garantizar el principio de sostenibilidad financiera y evitar un detrimento al régimen de prima media (Archivo 15, record, 2:01:24)¹.

¹ Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación el cual sustento de la siguiente forma solicito respetuosamente a los Honorable magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral que de manera principal se sirva de revocar la presente sentencia de primera instancia con fundamento en lo siguiente primero respecto de las pruebas con las que contaba el Fondo privado de pensiones es preciso establecer que solamente hasta el año 2016 estos contaban con el consentimiento emitido en un formulario de afiliación como el único medio de prueba que les permitiera el conocimiento y consentimiento del afiliado respecto a su traslado que en el presente asunto pues ha quedado plenamente demostrado la señora demandante PATRICIA PERALTA suscribió un formulario de afiliación con la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PRIVADA PORVENIR y que por tanto esa afiliación es válida y la cual se encuentra plenamente vigente que en ese sentido también necesita tenerse en cuenta que entre el año de 1994 y el 2016 pues no se exigía nada diferente en cuanto al documento de afiliación en el que se constata la intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad con lo que en presente asunto ha quedado acreditado de tal forma es que se debe explicar que una regla automática que permita el traslado de régimen bajo cualquier circunstancia o situación pues esto necesario procedente en el presente asunto a la particularidad del caso en ese sentido es claro que la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse de régimen no obstante mostro un total desinterés en ello incluso permaneciendo afiliada en vigencia de diferentes relaciones laborales y esto ocurre durante más de 26 años lo que pone de presente su voluntad de permanencia y la ratificación de su voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual respecto de la motivación de la demandante con el monto pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad depende de los rendimientos financieros los

PORVENIR S.A Solicita se revoque en su integridad la sentencia emitida, señala que si bien respeta las decisiones de la Corte Suprema de Justicia; afirma que no comparte la interpretación que en el caso en estudio se dio a las normas que regulan el deber de información, específicamente se refiere al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues, señala que en dicho precepto se indicó de forma expresa que la decisión de afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, sin que en dicho elemento normativo se haya hecho referencia alguna al deber de información, por tal razón alega que no puede crearse una obligación a cargo de administradoras de fondos de pensiones, cuando específicamente en agosto de 1994, fecha de afiliación de la demandante, no estaba si quiera vigente.

Adicional a ello se remite al artículo 271 de la ley 100 de 1993, indicando que dicho precepto es de carácter sancionatorio y que va dirigido a los actos que impidan el derecho de afiliación, pero que de ninguna forma hace alusión a

cuales están sujetos a un comportamiento fluctuante de la economía pues al momento del traslado resultaría incierto establecer un posible monto correspondiente mesada pensional de la demandante en esa medida no es posible afirmar una falta de información por parte de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PRIVADA respecto de este punto así mismo pues las circunstancias que rodeaban a la demandante al régimen de ahorro individual es posible establecer que estuvieron presididas de la voluntad de la demandante y esa voluntad ha sido ratificada durante 26 años en los que ella siguió afiliada realizando cotizaciones al régimen individual con solidaridad que frente a ese artículo 112 de la ley 100 de 1993 dispone que las administradoras de fondo de pensiones privadas están en la obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten y que esos afiliados no pueden ser rechazados por las entidades administradoras del mismo que de conformidad con el mismo las personas que se trasladan no pueden ser rechazadas por las administradoras de ahorros individual ya que no le es dable a las administradoras de fondo de pensiones rechazar las afiliaciones o si quiera desincentivar de las mismas pues ello podría constituirse como un mecanismo de selección inversa que en nuestro ordenamiento jurídico esta proscrito en ese escenario al haberse suscrito el formulario de vinculación por parte de la demandante al principio no le era dable a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PRIVADAS rechazar o desincentivar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con fundamento en lo anterior es evidente que un eventual traslado de régimen pensional de la demandante pues aceptarlo afectaría significativamente el sistema financiero del régimen de prima media y en ese sentido pues generaría una carga a los demás afiliados de soportar una eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante que no construyo un derecho pensional en vigencia de afiliación de prima media que es precisamente lo que se pretende evitar con el principio de sostenibilidad financiera del sistema el cual se encuentra consignado en el artículo 48 de nuestra constitución política finalmente y de manera subsidiaria le solicito a los honorables magistrados del Tribunal de Bogotá en su sala laboral en caso de confirmar y declarar el traslado de ineficacia efectuado por la demandante así mismo se ordene entonces a la ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES PORVENIR que las sumas de dinero percibidas sean devueltas a favor de mi representada tanto por concepto de cotizaciones rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora y que esta sumas sean debidamente indexadas sin que se realicen descuento alguno por el periodo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado en virtud de garantizar el principio de sostenibilidad financiera y evitar un detrimento al régimen de prima media con fundamento a todo lo anterior reitero le solicito a los magistrados de la Sala laboral del Tribunal de Bogotá que sean despachadas favorablemente las pretensiones de la demandante y que en su lugar se absuelva a mi representada COLPENSIONES de los 0cargos que en su contra se han formulado en ese sentido dejo sustentado mi recurso muchísimas gracias.

faltas respecto del deber de información, razón por la que considera que no puede ser sustento para argumentar una declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Manifiesta también que a PORVENIR no se le puede exigir el cumplimiento de una obligación que para la época de la afiliación no estaba vigente como la de informar al afiliado características riesgos ventajas desventajas e inclusive ilustrar sobre proyecciones futuras de mesadas pensionales, las cuales solo nacieron a la vida jurídica con el desarrollo del deber de información legalmente establecido en el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2061 de 2015 y la Ley 1548 de 2015.

Advierte además que la motivación de la demandante para impetrar esta acción fue netamente de tinte económico y no que realmente se hubiese incumplido con el deber de información que alega.

Por otro lado, solicita que de mantenerse la decisión de la a quo se revoquen las condenas impuestas a PORVENIR S.A. y que ordenan la devolución de gastos de administración comisiones, aportes al fondo de pensión de garantía mínima o cualquier otro concepto que se haya generado durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada al RAIS o que se declare que dichos conceptos son sujetos de aplicación del fenómeno prescriptivo (Archivo 15. Record 2:06:47)².

² Gracias señora juez estando en la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos en primer lugar y de forma principal solicito al Honorable Tribunal que revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho en los siguientes fundamentos si bien mi representada respeta la posición de la Corte Suprema de Justicia al igual que la del despacho debe señalar que no comparte la interpretación que se ha dado en este caso respecto de las normas que regulan el deber de información respecto del artículo 13 de la ley 100 de 1993 la lectura literal de la norma y su texto original que permanece señala que la afiliación debe ser libre y voluntaria respetada en esos términos por personas jurídicas y naturales y en ese sentido nada indica respecto al deber de información no establece ni desarrolla obligación alguna en tal sentido frente a las administradoras de fondo de pensiones por lo tanto mal puede entenderse que dicha norma así lo establece y así crearse una obligación a cargo de administradoras de fondos de pensiones que no están vigentes a la fecha de afiliación de la demandante esto es para agosto de 1994 nótese que de ninguna manera las administradoras podían colegir una interpretación en tal sentido de la lectura de la norma adicionalmente se señala que es procedente la ineficacia con base en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 circunstancia circunstancia de la cual se aparta mi representada (inaudible) que la norma es de carácter sancionatorio mas no crea derecho de carácter sustancial y lo que sanciona en este caso es impedir el derecho de afiliación pero no hace alusión a faltas respecto del deber de información razón por la cual considera mi representada que no puede ser sustento en este caso de la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional adicionalmente considera mi representada que en presente caso demás de no compartir la interpretación de las normas se pretenden poner a cargo de mi representada una obligación que no se encontraba vigente para el año 1994 significa que mi representada debió informar características riesgos ventajas desventajas e inclusive ilustrar sobre mesadas pensional pero si nos

remitimos a normas vigentes para agosto de 1994 no existían ninguna norma que estableciera obligación en tal sentido a cargo de mi representada de juicio de mi mandante no es viable entender e imponerlo en este caso nótese adicionalmente que las normas reglamentarias de la ley 100 no crearon y tampoco desarrollaron el deber de información que si bien el decreto 656 de 1994 en su artículo 14 y 15 señala cuales son las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones nada indica dicha norma sobre el deber de información es decir no lo establece y tampoco lo desarrolla por lo tanto no es dable en este caso imponer obligaciones que no se encontraban vigentes no podían (se entrecorto) que existía la obligación de brindar una debida asería buen consejo o incluso o desincentivar al afiliado porque no existía norma que consagrar ello. así las cosas en el desarrollo del deber de información legalmente se da con el decreto 2555 de 2010 el decreto 2061 de 2015 la ley 1548 de 2015 normas estas que si viene a crear y a desarrollar la obligación por lo tanto reitero no es dable establecer una obligación diferente a cargo de mi representada adicionalmente considero que demandante en este caso y de acuerdo con el interrogatorio de parte se establece claramente cuál es la verdadera motivación del traslado de la demandante a la demandante se le pregunta en el interrogatorio cual es la razón para trasladarse querer retornar a COLPENSIONES y ella indica que como razón es que la pensión en PORVENIR no alcanza a ser un salario mínimo mientras que en COLPENSIONES tiene una mayor pensión por lo tanto PORVENIR la está llevando a la pobreza esta es la verdadera motivación del traslado de régimen pensional y solicito (inaudible) parte actora pues con base en dicha confesión en dicha motivación no habrá lugar a acceder a una ineficacia de traslado de régimen pensional adicionalmente debe tenerse en cuenta que el régimen o el sistema general de pensiones no obliga a preservar un equilibrio contraprestación como así lo indico la Corte Constitucional en sentencia C086 de 2002 y el hecho de que existan diferencias para financiación del derecho pensional no da lugar a que se pretenda retornar al régimen de prima media sino que se abusa de la figura de ineficacia de traslado de régimen pensional para tratar de acceder a pensiones superiores en COLPENSIONES cuando la partes no han cuando los afiliados no han realizado aportes adicionalmente es claro con el interrogatorio de parte que la voluntad de la demandante ha sido permanecer a este régimen circunstancia que considera mi representada no se tuvo en cuenta por parte del despacho ello porque finalmente el interrogatorio de parte como lo manifestó el despacho frente pese a que la demandante quiso desconocer el formulario de afiliación en el interrogatorio se logró establecer que ella si había firmado el documento y que dicho documento gozaba, adicionalmente se tuvo conocimiento que en el año 1998 solicito una certificación de afiliación a mi representada es decir que además de suscribir el formulario tuvo conocimiento se reitera su conocimiento en 1998 con su formulario de afiliación ella jamás se acerca a mi representada a manifestar ningún inconformidad respecto del acto de afiliación y tampoco en ningún momento solicito al Instituto de seguros sociales o a COLPENSIONES la afiliación durante la vigencia de la vinculación con mi representada lo hace cuando se entera de la posibilidad de una ineficacia de traslado de régimen pensional pero no lo hizo con anterioridad tampoco se acercó a validar si el instituto se iba o no a liquidar cuando alega que ese fue el conocimiento que ella tuvo que por eso se afilia y que inicialmente a ella le informaron luego señala que fue un rumor pero al final nunca manifestó su intención de trasladarse o de cambiarse a dicho régimen solo lo hace con ocasión de conocer cuáles serán los monto de su mesada pensional en cada mes así las cosas considera mi representada que pues no dable acceder a la ineficacia aunado a ello mi representada comprende la postura de la inversión de la carga de la prueba cuando nos encontramos frente a negaciones de carácter indefinido sin perjuicio de que mi representada considera que en este caso no había lugar a dar aplicación de la carga de la prueba porque en estricta demanda se puede establecer que los hechos no contienen negaciones que cumplan con los presupuestos para ser consideradas como negaciones definidas nótese en los hechos de la demanda dice nunca informo cual sería el valor para acceder a la pensión tampoco requisitos para la pensión de garantía mínima condiciones para la devolución de saldos desmejora en la tasa de reemplazo cálculo de posible (se entrecorto) fecha mención de bono acá se está haciendo alusión a unas omisiones pero estableciendo claramente cuál es la omisión mas no hay una negación de carácter definido por lo tanto no operaba la inversión de la carga de la prueba y en tal sentido le correspondía a la parte actora acreditar los supuesto de la demanda en este caso bajo estos argumentos dejo expuesto la apelación frente a la revocatoria integral de la sentencia ahora si Honorable Tribunal decide confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional mi representada de forma respetuosa solicita se revoquen las condenas impuestas a mi mandante para devolver gastos de administración comisiones aportes al fondo de pensión de garantía mínima o cualquier otra causa señala el despacho que se haya generado durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada al RAIS y se solicita la revocatoria con base a los siguientes argumentos señala el despacho que en este caso opera la ineficacia ex tunc por lo tanto pierde el efecto del traslado realizado el 04 09 de agosto de 1994 si pierde los efectos en su totalidad el traslado efectuada por la demandante no habría lugar de ninguna manera de trasladar los rendimientos que se generaron en este caso con base en la debida administración de los recursos de la demandante por parte de mi representada pues perdería totalmente sus efectos si en gracia de discusión hubiere traslado de los rendimientos deberían ser similares a los que se generaron en COLPENSIONES pero no los generados en el fondo privado que claramente superan ampliamente los valores que se podrían generar en el régimen de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la señora demandante PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el Archivo 1 del expediente virtual págs. 6 a 9, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en el mismo archivo en las págs. 3 a 6 aspirando se declare la existencia de un vicio del consentimiento del contrato suscrito con la AFP PORVENIR por haberse incurrido en la omisión del deber de información de beneficios y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se declare la ineficacia o subsidiariamente la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS con PORVENIR y se condene a ésta última a trasladar todos los aportes cotizados en el RAIS junto con sus frutos y rendimientos a COLPENSIONES quien debe aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada, derechos ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la**

prima media e inclusive debo indicar que los rendimientos en este caso fue superan el 100% de los aportes de la demandante adicionalmente tiene que tenerse en cuenta que mi representada efectuó descuentos por gastos de administración comisiones pensión de garantía mínima seguros de invalidez y sobrevivencia no hizo aparada en la ley en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y si la demandante estuviere afiliada al régimen de prima media una parte de sus aportes también se hubiera destinado a gastos de administración y a seguros de invalidez y sobrevivencia entonces en este caso no se puede desconocer para efectos de devolver gastos de administración y comisiones la gestión realizada por mi representada mientras que de forma contradictoria se reconoce la misma cuando se ordena la devolución de los rendimientos adicionalmente frente a aquello que denomina el despacho cualquier otro concepto hay también hay lugar a las primas de invalidez y sobrevivencia y es que no puede desconocerse que la demandante durante toda la afiliación tuvo en este caso la cobertura frente a estos riesgos ya esas sumas se han trasladado a la respectivas administradoras se ha visto beneficiada en este caso de estas coberturas y trasladar dichos montos a COLPENSIONES además de ser improcedente es innecesario porque COLPENSIONES en este caso no va a brindar una cobertura retroactiva respecto de estos riesgos a la demandante así las cosas considera mi representada que en caso de confirmarse la ineficacia claramente habrá lugar y no se opone a la devolución de los rendimientos financieros pero que se tenga en cuenta que no hay lugar a la devolución de ningún otro concepto y en ese sentido pues estaría dando aplicación y reconociendo en debida forma la gestión de mi representada por ultimo considera mi mandante que si bien en efecto no es dable la aplicación de la 'prescripción que le asiste a la demandante de declarar la ineficacia de traslado a régimen pensional no aplica lo mismo de los conceptos que se están ordenando devolver ello para efecto de gastos de administración comisiones aportes aporte de garantía a pensión mínima o por cualquier otro concepto como quiera que frente a estos si opera el fenómeno prescriptivo por lo tanto solicito al despacho al Honorable Tribunal que si se tenga en cuenta y adicionalmente que dichos conceptos que se están ordenando devolver claramente no están llamados a financiar el derecho pensional de la demandante en estos términos señora juez dejo por sentado el recurso de apelación muchas gracias.

ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a la AFP PORVENIR, ordenando a dicha AFP devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron al fondo privado en los períodos en que estuvo afiliada la demandante, sin descontar valor alguno, a COLPENSIONES y ordenó a que esta última reactive de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial; absolvió de las demás pretensiones incoadas.

Como fundamento de su decisión indicó que para el análisis del caso se tendrían en cuenta los criterios fijados por la Sala de Laboral de la Corte Suprema de justicia en sentencia SL-1688 de 2019 precedente en el que se definió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de pensiones de ambos regímenes para garantizar el derecho de la libre escogencia de régimen de los afiliados.

Precisó que el objeto del litigio no versa sobre la existencia de vicios en el consentimiento sino sobre la afectación del acto de afiliación por no haber sido consentido de forma informada.

Para resolver y del análisis probatorio concluyó en primer lugar que al 09 de agosto de 1994 la demandante se afilió al RAIS de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa época esto es el art. 3 de la Ley 100 de 1993; aspecto temporal que no genera ningún tipo de ineficacia o nulidad.

En segundo término y respecto al deber de información concluyó que PORVENIR omitió el deber de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias que le traerían a su futuro pensional el traslado al RAIS, arribó a tal conclusión, por considerar que el formulario de traslado lo único que acredita es la recolección de datos básicos de la demandante pero no da indicio alguno del tipo de información que le fue dada a la demandante previo a la suscripción del formulario.

Aunado a ello dejo constancia de que no existe en el expediente prueba alguna de la que se acredite que a la señora demandante se le entregó un plan de pensiones o los lineamientos del funcionamiento del RAIS o reglamento del funcionamiento del fondo privado, mismos que el art. 15 del Decreto 656 de 1994 sirven para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS, ni tampoco obra prueba de la comunicación remitida a la demandante por la AFP en la que se le advierta la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación al RAIS siendo ello una obligación conforme lo dispone el art. 3 del Decreto 1661 de 1994, obligación que recaía en las administradoras de pensiones del régimen privado y público.

Para resolver la controversia sometida al conocimiento de esta instancia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que 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 caso en estudio se tiene que en el folio 56 (copia cédula de ciudadanía) del archivo No. 1 del expediente digital se registra como fecha de nacimiento de la actora el 22 de abril de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR el 15 de julio de 2019 y 09 de noviembre de 2017, respectivamente (archivo No. 1 fls. 48-54), es decir, cuando ya le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad

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”.

de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993⁴, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 4,57 semanas de cotización⁵ equivalentes a 1 mes y 6 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia o subsidiariamente 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 **09 de agosto de 1994**, con fecha de efectividad 01 de septiembre de 1994 (archivo No. 1 fl. 51 y carpeta 5 archivo “pruebas” fl. 64), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

⁴ 01 de abril de 1994.

⁵ *Resumen historia laboral* fls. 60 y 63.

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.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y

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

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

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

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.

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte esta Sala de decisión, que 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. archivo 15 record: 07:46), en las que la señora demandante aceptó que firmó el formulario, pero precisó que no estaba diligenciado con su letra y que contiene información errada; respecto a las condiciones en que se dio la firma de dicho formulario indicó que recuerda que para el año 1994 se encontraba laborando en Activos de Colombia LTDA y a esa empresa llegaron ejecutivos de fondos privados promocionando la afiliación al RAIS argumentando que el ISS se acabaría y que la mejor decisión para garantizar los aportes y el futuro pensional de los trabajadores era tomar la decisión de vincularse a las AFP, hizo énfasis en que la empresa empleadora presionaba a los trabajadores para que se vincularan a los fondos privados y que para ese momento nunca recibió copia del formulario, que no recuerda que ella hubiese hecho solicitud de vinculación y que nunca le entregaron un reglamento o documento que explicara las condiciones del RAIS; de las respuestas dadas por la demandante en su interrogatorio se extrae que la demandante confesó que firmó el formulario, pues, aceptó que la firma allí consignada era la suya, sin embargo, también indicó que los datos allí consignados no eran los suyos y que nunca recibió ningún tipo de información que le dejara claridad de los efectos que le traería a su futuro pensional esa decisión aunado al temor que le fue infundado por los asesores del fondo privado que la prevenían de una eventual liquidación del ISS noticia que para la década del 90 era sin lugar a dudas popular entre los trabajadores del país.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (archivo 1, folio 47), plasmado en el formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en

manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por 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 archivo No. 5 folio 67, 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.

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 ya se hizo mención, con los reparos pertinentes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (09 de agosto de 1994, archivo No. 1 fl. 47), 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 que, 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.

Loa apelantes COLPENSIONES y PORVENIR como uno de los argumentos de sus recursos manifestaron que para el año 1994, época en que se dio el traslado de la señora demandante como consta a folio 47, no estaba vigente el deber de información en los términos señalados en el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2061 de 2015 y la Ley 1548 de 2015.

Al respecto se precisa que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En este sentido la sentencia SL1688-2019 reiterada en sentencias SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr

la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y el formulario de afiliación aportado (fl.47) y como ya se ha dicho de forma reiterada en esta sentencia, la señora demandante se vinculó al RAIS con PORVENIR S.A. el 09 de agosto de 1994, y como bien lo precisó la a quo para esa data ya existía el deber de información, como desde la sentencia SL-1688-2019 se detalló:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Otro de los argumentos invocados por PORVENIR en su alzada fue el referido a que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, es un precepto de carácter sancionatorio que va dirigido a los actos que impiden el derecho de afiliación, sin hacer alusión a faltas respecto del deber de información, razón por la que considera que no puede ser sustento para argumentar una declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional.

De la revisión de las consideraciones de la Juez de primer grado se observa que no le asiste razón al recurrente, pues, no se observa que la decisión de

primera instancia se haya fundamentado específicamente en el aludido precepto normativo, sino en la inexistencia del deber información que como ya se expuso no fue acreditado por el fondo privado demandado, quien en virtud de lo dispuesto en el art. 167 del CGP tenía la carga de la prueba, pues, desde el escrito genitor se se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, correspondiéndole, por consiguiente al fondo privado demandado demostrar que si cumplió con el deber de asesoría e información.

Ahora conviene aclararle al recurrente que, respecto a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que dicha preceptiva, de manera expresa, previó que: *“la vulneración del derecho a la vinculación libre a cualquiera de las instituciones del Sistema de Seguridad, trae como efecto justamente la ineficacia.”*

Y obviamente la falta al deber de información impide y atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, pues, como se ha concluido los fondos privados hicieron uso de estrategias de mercadeo para impulsar su crecimiento comercial, dejando de lado los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe que les asistía, en su calidad de administradoras de los fondos de pensiones, derecho social establecido en el art. 48 de la Constitución Política como *“un servicio público de carácter obligatorio”* que obviamente comporta una mayor responsabilidad en su manejo y en virtud de ello, estaban obligados a garantizar el suministro de la información clara, detallada y concreta de las ventajas y desventajas que le traería la decisión de traslado o vinculación al RAIS.

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 las accionadas (archivo No. 4 página 16, archivo No. 5 página 22) en sus contestaciones las cuales fueron admitidas por la Juez de primera instancia en auto del 16 de diciembre de 2020 (archivo No. 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 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 tiempo⁸.

En lo que tiene que ver con la solicitud de COLPENSIONES, que tiene que ver con la devolución de cotizaciones rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora debidamente indexadas, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional, pues, lo que se

⁸ Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por lo anterior, habrá de adicionarse el numeral tercero de la decisión de primera instancia en este aspecto.

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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a la devolución de los gastos

EXP. No 38 2019 00846 01 PATRICIA DEL CARMEN PERALTA BENITEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

de administración causados por el periodo de afiliación de la accionante a dicha administradora, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 29 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

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 HELIDA HELENA
AVENDAÑO MAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 38 2020 00058 01¹)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR S.A (fl 8-10) y COLPENSIONES (fl 18-20), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el pasado 19 de julio de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 41:50, archivo “16CITA AUD ART 80 CPT SS RAD 0382020058-20210719_135519-Meeting Recording.mp4”, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado de la señora HELIDA HELENA AVENDAÑO MAZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 21 de octubre de 2002 y, consecuentemente,

¹ El proceso fue remitido al Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, Despacho que mediante auto del 12 de julio de los corrientes avocó el conocimiento del mismo (archivo 10 “Auto Avoca conocimiento fija fecha”, expediente digital).

que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora HELIDA HELENA AVENDAÑO MAZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por HELIDA HELENA AVENDAÑO MAZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de HELIDA HELENA AVENDAÑO MAZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSOLVER en lo demás.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social de no ser apelada esta decisión.

OCTAVO: COSTAS de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de PORVENIR S.A., la apeló, solicitando se revoque en su integridad la misma y, en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamentos de la alzada, arguye, ni la Ley 100 de 1993 ni el Decreto 663 de 1993, desarrollaron el deber de información frente a las administradoras de los fondos privados de pensión o una obligación en tal sentido, de hecho, solo se hace alusión a la manifestación de la elección de régimen de manera libre y

voluntaria, y la ausencia de coacción, pero no fija en cabeza de las AFP ninguna carga en materia de información al afiliado.

Bajo dicha línea argumentativa, sostiene, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, esto es, el 21 de octubre de 2002, no existía un desarrollo legal frente al deber de información, el buen consejo, la doble asesoría, el desincentivo de la afiliación, o la obligación de dejar constancia escrita de lo indicado en la asesoría como los beneficios puntales de cada uno de los regímenes, el valor de la pensión, entre otros, los cuales aparecieron con posterioridad a la expedición del Decreto 255 de 2010, el Decreto 2075 de 2015 y la Ley 1748 de 2015.

Indica, en el expediente reposa el formulario de afiliación signado por la demandante en el que constan las implicaciones legales del traslado, que se trató de una afiliación libre y voluntaria, e incluso, que se le informó sobre la posibilidad de retracto, documento que, asegura, debe dársele pleno valor probatorio frente a la información suministrada.

Por otra parte, estima, no era posible dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que es de carácter sancionatorio, por cuanto allí no se establecen derechos de naturaleza sustancial, no pudiendo por tanto ser empleada como fundamento legal para declarar la ineficacia del tránsito entre regímenes por omisión en el deber de información, máxime cuando la verdadera motivación de la actora es el monto de la mesada pensional que obtendría en el régimen de ahorro individual frente a aquella que le correspondería en prima media.

Pide se tenga en cuenta la sentencia C-086 de 2002 en la cual se dejó sentado que no nos encontramos frente a un régimen contractual como el de los seguros privados y, por ende, no existe la finalidad de preservar el equilibrio de otra prestación porque cada régimen tiene una forma de financiación diferente, por lo que la diferencia en la cuantía de la eventual prestación no puede ser considerada como una razón válida para declarar la ineficacia.

Argumenta, en el asunto se trasladó por completo la carga al fondo privado, dejándose de lado las obligaciones que pudieron estar en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, frente a la información que debía entregarse a la afiliada en el

momento de la afiliación, aun cuando esta administradora también integra el Sistema General de Pensiones. Adicionalmente, señala, se pasaron por alto las obligaciones que como consumidora financiera y afiliada le asistían a la demandante durante toda la vigencia de su vinculación, quien, además, no acudió a solicitar algún tipo de información sobre su derecho pensional ni manifestó su voluntad de retornar al ISS.

En otro giro, y de confirmarse la decisión frente a la ineficacia del traslado, pide se revoque lo atinente a la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y lo descontado por concepto de pensión de garantía mínima, de un lado, porque a su juicio no es procedente su reintegro con fundamento en las restituciones mutuas, precisando, si se aplicaran con estrictez la consecuencias de la ineficacia no tendrían que retornarse los rendimientos pero igual se ordenó su devolución, y de otro, estas son deducciones efectuadas con fundamento en la ley, específicamente, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y que también se realizan en el régimen de prima media.

Frente a este punto, además, alude, cumplió con sus obligaciones, efectuó las inversiones necesarias e incluso generó rendimientos que pueden verificarse con la relación histórica de movimientos que reposa en el expediente, adicionando frente a los seguros de invalidez y sobrevivencia que estos brindaron cobertura a la afiliada durante el tiempo que ha estado afiliada a esa AFP.

Finalmente, considera, frente a tales devoluciones debe darse aplicación el fenómeno prescriptivo, por cuanto no están llamados a financiar la pensión²

² “Gracias señora juez estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho el cual sustento en los siguientes términos, de forma respetuosa solicito al Honorable Tribunal revocar la sentencia emitida en primera instancia por las siguientes razones, mi representada se aparta en este caso de los fundamentos que dan lugar a la ineficacia del traslado del régimen pensional por las siguientes razones, en cuanto a lo señalado al Decreto 663 de 1993 mi representada considera que bajo dicha norma no se impuso el deber de información frente a las administradoras de los fondos privados y tampoco se desarrolla ninguna obligación en tal sentido, tan es así que la norma señalaba había que dar la posibilidad de escoger las mejores opciones del mercado y no podemos pasar por alto que es una norma que vigila las entidades las entidades perdón, es una norma que busca la vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera respecto de entidades tales como las administradoras de fondos privados, es decir, no estableció ningún deber o comparación eventualmente frente al régimen de prima media en dicha época, adicionalmente la ley 100 de 1993 tampoco desarrolla el deber de información a cargo de las administradoras privadas y en ese sentido se tiene que el artículo 13 se limita a señalar es una selección de régimen libre y voluntaria que no puede haber ningún grado de coacción de una persona natural o jurídica, entonces esta disposición legal solo hace alusión a la manifestación de la elección de régimen pero no fija en cabeza de las administradoras ninguna carga en materia de información al afiliado, por lo tanto considera mi representada que no debe dársele una interpretación distinta a la que señala la misma norma, de igual forma las normas reglamentarias de la ley 100 de 1993 no crean la obligación de entregar la información a cargo de las administradoras de fondos privados y de igual forma

el decreto 656 del 94 en sus artículos 15 y 19 si bien regula las obligaciones de las entidades administradoras de los fondos de pensiones no menciona la de entregar información a los afiliados, por lo tanto la fecha que la demandante suscribe el formulario de afiliación es decir, el 21 de octubre de 2002 no existía un desarrollo legal frente al deber de información, por lo tanto no había una obligación de brindar una asesoría de dar un buen consejo o incluso desincentivar la afiliación, mucho menos una doble asesoría, tampoco existía para la época la obligación de informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes ni tampoco sobre el valor de la pensión, eso no era obligatorio para dicha época, no era obligatorio realizar proyecciones pensionales por escrito y considerando que mi representada de no existir obligaciones en tal sentido no es dable ahora trata de crear respecto de los fondos obligaciones de forma retroactiva o darle a las normas dichos efectos, en ese sentido mi representada se aparta de los fundamentos legales que se dan en este caso para efectos para la ineficacia, incluso téngase en cuenta que es con el decreto 2555 de 2010 que inicia el desarrollo legal del deber de información, de igual forma el decreto 2075 de 2015, la ley 1748 de la misma anualidad cuando las administradoras adquieren en su adquieren el deber de asesoría e información, de igual forma y pese a que legalmente no había ninguna obligación considera mi representada que para este caso particular se tiene constancia de la información entregada, y ello lo encontramos en el formulario de afiliación que obra en el expediente, en dicho formulario se puede extraer que se informaron las implicaciones legales del traslado, que se trató de una afiliación libre y voluntaria e incluso contrario a lo que señala el despacho si se informó la posibilidad de retracto, y dicha información consta en el formulario de afiliación, por lo tanto existe prueba de la información otorgada en dicho momento sin que sea dable en este caso crear una obligación más allá de lo que exigía la ley y tan se entregó la información que la demandante así lo afirma con la firma que plasma en el formulario de afiliación, documento que considera mi representada debe tenerse como prueba y debe dársele valor en cuanto a la información suministrada, ello por cuanto legalmente para 2002 mi representada no estaba obligada a dejar tampoco algún soporte adicional y solo contaba con el formulario documento que en este considera mi representada debe ser analizado en tal sentido, inclusive de acuerdo con el interrogatorio de parte es claro que mi representada dio información como la posibilidad de si pensionarse con un mayor monto, lo cual claramente depende de los aportes de la demandante, pero si existe esta opción y adicionalmente la posibilidad de acceder a una pensión anticipada, de igual forma considera mi representada que en este caso no era dable la aplicación del artículo 271 de la ley 100 de 1993 por cuanto dicha norma es de carácter sancionatorio pero no establece derechos de naturaleza sustancial, por lo tanto, no es dable de manera alguna tomar este fundamento legal para efectos de acceder a la ineficacia de un traslado de régimen pensional por omisión en el deber de información, como quiera que la norma no permite una interpretación en tal sentido en juicio de mi mandante, de igual forma considera mi representada en este caso adicionalmente y de acuerdo con el interrogatorio de parte es claro lo que motiva el traslado de régimen pensional de la demandante no es una eventual omisión del deber de información que se tome como soporte te a lo que sería en el régimen de a para poder retornar es muy diferente, de acuerdo con el interrogatorio podemos establecer que lo que motiva realmente el traslado de la demandante es saber que hoy puede acceder a una pensión por un monto muy superior en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES fren horro individual con solidaridad, en este sentido considera mi representad siendo esta la verdadera motivación de la demandante no habrá lugar a acceder a la suplicas de las demanda y por lo tanto, deberá revocarse la sentencia en segunda instancia.

Inclusive debe tenerse en cuenta que en este caso la Corte Constitucional en sentencia C086 de 2002 señaló que en este caso no nos encontramos frente a un régimen contractual como el de los seguros privados y que por lo tanto no hay la finalidad de preservar el equilibrio otra prestación, y es que es claro que cada régimen tiene una forma de financiación totalmente diferente en este caso que no cumple las expectativas el monto pensional de la demandante pues no puede dar lugar de forma alguna acceder a las súplicas de la demanda.

Adicionalmente considera mi representada que en estos caso se impone toda la carga y puede establecerse así de acuerdo al fallo de primera instancia en cabeza de las administradoras de fondos privados, es decir, en este caso se pasa por alto las obligaciones que pudo tener el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES frente a la información que debió entregar a la afiliada en el momento de su vinculación y solo se analiza si se cumplió o no la carga de informar por parte de las administradoras de fondos privados pasando por alto las obligaciones de todas las administradoras del Sistema General de Pensiones, y derivando unas consecuencias jurídicas únicamente en mi mandante, pasando por alto en este caso que la demandante también tenía unas obligaciones como consumidor financiero y como afiliada al Sistema General de Pensiones que paso por alto en toda la vigencia de su vinculación, no solo con mi representada sino también con el Instituto de Seguros Sociales, nótese que la demandante en este caso nunca acudió a mi representada a solicitar ningún tipo de información adicional sobre lo que podría ser la causación de su derecho pensional y tampoco fue su voluntad retornar al Instituto de Seguros Sociales en el año 2002, nótese que en eL interrogatorio de parte se le indicó si en alguna ocasión se había acercado a dicha entidad con el propósito de retornar y su respuesta fue no, entonces su voluntad siempre fue permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 44:38, archivo “16CITA AUD ART 80 CPT SS RAD 0382020058-20210719_135519-Meeting Recording.mp4”, expediente digital),

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 2, archivo “01CuadernoFisico.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a

Ahora si el Honorable Tribunal decide confirmar la sentencia en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional mi representada solicita de manera respetuosa revocar las condenas impuestas para este caso la devolución de gastos de administración, primas de seguros y el concepto para descontado para el concepto de pensión de garantía mínima por las siguientes razones, en primer lugar debe tenerse en cuenta que a juicio de mi representada no es dable la devolución de estos conceptos derivados de las restituciones mutuas adicionalmente, debe tenerse en cuenta que se está dando unos efectos parciales respecto de la declaración de ineficacia del traslado del régimen pensional, ello por cuanto si el efecto de la ineficacia fuera total e integral claramente al dejar de existir el acto del traslado, es decir, la afiliación con PORVENIR del 21 de octubre de 2002 pues se caería todo lo que con ello conlleva inclusive la generación de unos rendimientos financieros pero en este caso las declaraciones de ineficacia se realizan de forma parcial, pues si bien se declara frente al acto de la afiliación los demandantes si pueden retornar al régimen de prima media con sus rendimientos, pasando por algo inclusive que si la demandante hubiese permaneció siempre en el régimen de prima media jamás hubiese generado unos rendimientos financieros como los que se generaron por su afiliación en este caso a PORVENIR, adicionalmente, los descuentos de gastos de administración, de sumas previsionales para invalidez y sobrevivencia del concepto para la financiación de la garantía de la pensión de garantía mínima son conceptos establecidas por ley, es decir, que mi representada actuó amparada por la norma en este caso por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, incluso si la demandante jamás se hubiese trasladado de régimen pensional en el régimen de prima media una parte de su aporte también va para gastos de administración, también va para seguros de invalidez y sobrevivencia.

Frente a los gastos de administración mi representada cumplió con sus obligaciones en debida forma, hizo las inversiones necesarias e inclusive genera rendimientos y prueba de ello es la relación histórica al momento que obra en expediente, que para la fecha de expedición permite que ver que la demandante tenía un ahorro de \$59.653.364 con unos rendimientos financieros de \$73.301.326, es decir, más de 100% del valor de sus aportes lo cual se está ordenando retornar a COLPENSIONES, y frente a los gastos de administración perdón frente a los seguros de invalidez y sobrevivencia mi representada se aparta de sus devoluciones es que la demandante ya tuvo cobertura frente a esos riesgos durante todo el tiempo estuvo afiliada con mi representada y mal se hace ordenar la devolución de dichas sumas cuando claramente COLPENSIONES no le va a dar una cobertura retroactiva frente a esos riesgos que ya cumplió mi representada, que traslado cuyas sumas fueron trasladadas a las administradoras pertinentes, entonces no es una suma cuya devolución no es necesaria en este caso, no está llamada a cubrir en ningún riesgo en este momento y por lo tanto mi representada se aparte de dicha orden, adicionalmente, considera mi representada que si bien es cierto se ha establecido que no es dable la aplicación de la prescripción para reclamar el trasladado de régimen pensional por omisión del deber de información considera que no es lo mismo o por lo menos no debe darse el mismo alcance frente a gastos de administración, seguros previsionales y el concepto descontado para la financiación de la pensión de garantía mínima inclusive estos conceptos no están llamados a financiar la pensión, por esta razón a juicio de mi representada si es aplicable la prescripción frente a estos conceptos y así solicita tenerlo en cuenta por parte del Honorable Tribunal, bajo estos argumentos señora juez dejo por expuesto el recurso de apelación, muchas gracias.”

3), aspirando se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado el 21 de octubre de 2002 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante la afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia se ordena a esa AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, además, se ordene a COLPENSIONES realizar las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 21 de octubre de 2002 y recibirla sin solución de continuidad. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos financieros, bono pensional y demás conceptos que integren o no su CAI, sin lugar a descontar costos cobrados por concepto de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Además, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas cotizadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

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 8 de septiembre de 1959 (*página 11, archivo “01CuadernoFisico.pdf”, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 17 de diciembre de 2019 (*páginas 21 a 22 y 24, ibíd.*), esto es, cuando ya contaba con la edad 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 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 73,43 semanas cotizadas que corresponden a 1,40 años (*historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, páginas 30 a 32, archivo “pruebas”, carpeta contestación porvenir, expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **21 de octubre de 2002** con fecha de efectividad a partir del **1 de diciembre de 2002**, (*páginas 2 y 36, archivo “pruebas”, carpeta contestación porvenir, expediente digital*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

⁴ Laboraba en el sector privado.

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio

que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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***

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

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).

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de

cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas,

como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 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 demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó el asesor se limitó a indicarle que su mesada sería mucho mayor y podría pensionarse a cualquier edad, empero ninguna ilustración se le dio frente a la características propias del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*página 36, archivo “pruebas”, carpeta contestación porvenir, expediente digital*), este 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, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 39 a 41, ibíd.*), 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, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, 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*

⁷ Audiencia del 19 de julio de 2021, récord 06:33.

vincularse a PORVENIR S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea”.

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR invoca como argumento de su recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un

principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2002, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (21 de octubre de 2002, efectivo el 1 de diciembre de 2002), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

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.

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 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (páginas 67 archivo “01CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 15 de diciembre de 2020.

administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones

que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

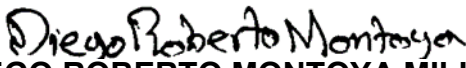
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARINA OTERO RIVERA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
(RAD. 01 2017 00388 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LILIANA PATRICIA GARCIA GONZALEZ 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 ASOCIADOS S.A, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 9 de julio de los corrientes (fl. 8).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl 4) y COLPENSIONES (fl 6), 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 demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de junio de 2021 (*Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 14, récord 24:41*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MARINA OTERO RIVERA la pensión de vejez, a partir del 16 de julio de 2010, en cuantía de inicial de \$773.268, por 14 mensualidades, con los reajustes anuales correspondientes.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MARINA OTERO RIVERA el retroactivo de diferencias pensionales causadas desde el 18 de julio de 2011 suma que con los respectivos incrementos al 30 de mayo de 2021 asciende a la suma de \$21.595.130,86, sin perjuicio de los que se causen hasta el momento de su pago.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y no probadas las demás.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$8630.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES.”

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación.

Inicialmente, COLPENSIONES pide se revoque integralmente la sentencia y en su lugar se absuelva a la demandada de todas y cada una de las condenas incoadas en su contra como quiera que dicha entidad actuó conforme a derecho efectuando el reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez del demandante; conforme se evidencia en la Resolución GNR 569 del 5 de enero de 2015 en la cual se efectuó el debido estudio de la reliquidación de la pensión de vejez del demandante la cual fue reconocida con base en la Ley 71 de 1988 teniendo en cuenta que la demandante contaba con un total de 1103 semanas y que se ha efectuado el reconocimiento pensional y el pago de las mesadas pensionales conforme lo ha estipulado dicha normatividad y teniendo en cuenta que el IBL de los últimos 10 años estuvo por debajo del SMMLV con la aplicación de tasa de reemplazo del 75%, se le reconoció el SMMLV para la fecha de efectividad.

Afirma que COLPENSIONES en la liquidación de la pensión efectuó los ajustes que correspondían según los factores devengados por la demandante y que fueron registrados por parte de los empleadores, según lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 1158 de 1994; concluyendo por ello que la mesada se encuentra debidamente liquidada, (Archivo 14. Record 25:58).¹

¹ Muchas gracias su señoría: siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho con el fin de que sea conocido por el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral rogándole a los Honorables Magistrados se revoque la decisión emitida por a quo y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas como quiera que mi representada actuó conforme a derecho efectuando el reconocimiento y reliquidación posteriormente de la pensión de vejez del demandante conforme a lo que se evidencia en la resolución GN569 del 5 de enero de 1015 en la cual se efectuó el debido estudio de la reliquidación de la pensión de vejez del demandante la cual fue reconocida con base en la ley 71 de 1988 teniendo en cuenta que el demandante contaba con un total de 1103 semanas y que se ha efectuado el reconocimiento pensional y el pago de las mesadas pensionales conforme lo ha estipulado dicha normatividad y teniendo en cuenta pues que el IBL al momento que tomara en cuenta los últimos 10 años daba un nivel inferior al salario mínimo en dicha oportunidad con la tasa de reemplazo del 75% el cual fue reconocido con base en un salario mínimo y resulta improcedente un reconocimiento pensional conforme lo dispone el día de hoy el a quo teniendo en cuenta una mesada pensional de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda², las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo³, solicitando se declare que la señora MARINA OTERO RIVERA, es beneficiaria del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, que para el estudio de su derecho pensional le es aplicable el art. 7 de la Ley 71 de 1988; que se declare que la demandante es pensionada desde el 16 de julio de 2010 ;que para la liquidación de su derecho pensional ha de tomarse en cuenta lo dispuesto en el art. 21 y en el inciso tercero del art. 36 de la Ley 100 de 1993 y que en virtud de dichas declaraciones se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez desde el 16 de julio de 2010 en cuantía inicial de \$777.248,78; se ordene el pago de retroactivo, indexación, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la reliquidación de la pensión de vejez, a partir del 16 de julio de 2010, en cuantía de inicial de \$773.268, por 14 mensualidades, con los reajustes anuales correspondientes; reconociendo a favor de la actora un retroactivo de diferencias pensionales causadas desde el 18 de julio de 2011 y declarando parcialmente probada la excepción de prescripción. Lo anterior, tras considerar, que no existe discusión que la señora demandante nació el 16 de julio de 1955; que es beneficiaria del régimen de transición; que mediante Resolución 05246 del 21 de febrero de 2012 el ISS le reconoció pensión de jubilación en virtud de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 con un IBL de \$852.515 pesos, al que aplicándole una tasa de reemplazo del 75% obtuvo como quantum inicial la suma de \$639.386 a partir del 16 de julio de 2010, por cuanto para esa edad arribó a la edad de 55 años; que mediante Resolución GNR 569 del 05 de enero de 2015 COLPENSIONES reconoció una reliquidación de la pensión de vejez de la actora de manera retroactiva a partir

\$773.800 pesos aproximadamente como quiere que pues el mismo no cumple con lo no se encuentra ajustado a derecho ya que pues teniendo en cuenta los factores salariales devengados por el demandante los mismo no dan dicha la liquidación no se encontraría liquidada sobre esta suma adicionalmente ruego a los honorables magistrados se estudien en su totalidad las liquidaciones en su totalidad efectuadas por el a quo se revoque la decisión emitida ya que si bien pues es cierto se efectúa el reconocimiento teniendo en cuenta la prescripción descrita en los artículos 151 y 488 del código sustantivo del trabajo y del código procesal del trabajo no es menos cierto que mi representada ha efectuado el debido estudio de reconocimiento pensional y ya efectuó los ajustes que correspondían según los factores devengados por el demandante y que fueron registrados por parte de los empleadores por tanto la mesada se encuentra debidamente liquidada teniendo en cuenta los factores salariales descritos en el decreto 1158 de 1994 artículo primero que pues fueron ya tenidos en cuenta y no es proceden el reconocimiento como lo expone el a quo en consecuencia de los anterior ruego al despacho que se a los Honorables magistrados revocar la decisión y en su lugar absolver a mi representada de cada una de las pretensiones como quieran que el reconocimiento pensional y reliquidación se encuentran debidamente ajustados a derecho. Muchas gracias.

² Expediente digital. Archivo No. 14, folio 5.

³ Expediente digital. Archivo No. 14, folio 4.

del 17 de julio de 2010 por haber acreditado 1.103 semanas, para lo cual tuvo en cuenta un IBL de \$862.653 al que aplicándole una tasa de reemplazo del 75% arrojó una suma de \$646.990 pesos, siendo precisamente este último monto el objeto de controversia entre las partes.

Estableció como problema jurídico el de determinar si la pensión se liquidó con los verdaderos salarios devengados por la actora y que fueron reportados por su empleador y si el IBL debe ser establecido de conformidad a lo dispuesto en el art. 21 o en el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver el primer problema jurídico se remitió a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, que regula los ingresos que deben tenerse en cuenta para calcular la base de cotización de los servidores públicos concluyendo que al final de cuentas debe ser la misma base para la liquidación de la pensión.

Señaló que siguiendo los parámetros de la norma en cita los factores que deben tenerse en cuenta son: la asignación básica mensual; los gastos de representación; la prima técnica, cuando sea factor de salario; las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; la remuneración por trabajo dominical o festivo; la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y a bonificación por servicios prestados.

Luego de relacionar las documentales aportadas en el expediente concluyó que los salarios reportados como base para la liquidación no corresponden en su totalidad, a los estipulados por la entidad empleadora como base de cotización señaló que la irregularidad se presenta en los periodos correspondientes a 1983, 1984, 1993, 1994, 1996 y 1997 y en virtud de ello accedió a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta los certificados CLEBS y CETIL aportados por la demandante por contener dichas documentales los salarios reales devengados por ella y máxime cuando la demandada incumplió los requerimientos hechos por el despacho respecto a dicha información.

En cuanto al segundo problema jurídico consideró que el IBL debe liquidarse conforme lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la demandante adquirió su status pensional el 16 de julio de 2010 y cotizó un total de 1103 semanas; precisó que COLPENSIONES no acató en debida forma lo dispuesto en dicha normativa porque no tuvo en cuenta los verdaderos salarios cotizados por la demandante en los últimos diez años.

Al realizar las respectivas operaciones aritméticas determinó que para el 28 de enero de 2007 fecha de la última cotización de la demandante se tuvo como IBL la suma de \$888.099,83 valor que indexado al año 2010 fecha en que adquirió el STATUS PENSIONAL asciende a la suma de \$1.031.024,10 monto que al aplicarle el 75% arroja un total como primera mesada de \$773.268 para el 16 de julio de 2010, significando ello que existe una diferencia superior a la reconocida por COLPENSIONES equivalente a \$126.278.

Relacionados los antecedentes del caso y para resolver se tienen como hechos probados, que no fueron objeto de controversia que la demandante ostenta la calidad de pensionada desde el 16 de julio de 2010, en virtud de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el art. 7 de la Ley 71 de 1988, como se acredita con la Resolución 05246 del 21 de febrero de 2012 ⁴; que en ese acto administrativo se le reconoció como IBL la suma de \$852.515 (fl.30) monto al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% arrojó como primera mesada la suma de \$639.386; que la pensión reconocida fue reliquidada con Resolución GNR 569 del 05 de enero de 2015 donde se calculó como IBL la suma de \$862.653 monto que al aplicarle el 75% arrojó la suma de \$646.990.

A pesar de que COLPENSIONES re liquidó la pensión de la demandante, la actora persistió en su inconformidad porque aduce que no se tuvieron en cuenta los factores salariales que devengó mientras estuvo vinculada en el HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL ESE de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

COLPENSIONES en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación afirma que la pensión fue debidamente reconocida y liquidada en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 71 de 1988.

Teniendo claro que, como el derecho pensional de la demandante fue reconocido con la Ley 71 de 1988, en virtud de que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, entonces, se hace necesario recabar que frente a esta normativa sólo se aplican el tiempo de servicio, la edad y el monto, empero, no así los factores a tener en cuenta, los cuales corresponden a los previstos en el Decreto 1158 de 1994.

El artículo 18 de la Ley 100 de 1993, determina la base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público, indicando para el efecto, que será el que se señale de conformidad con la Ley 4ª de 1992 que remite necesariamente al artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral⁵.

En consecuencia, sólo constituyen base de cotización, los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, que a la letra señala:

“ARTICULO 1o. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

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:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*

⁴Expediente digital. Archivo 1 Folios 30-32

⁵ Sentencia 42.537 del 17 de abril de 2013, que reitera la sentencia No 48.774 del 6 de febrero de 2013.

- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;”

Corolario de lo anterior en el caso *sub examine*, los factores salariales que determinan el ingreso base de liquidación de la accionante, son aquellos que se encuentran relacionados en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Al revisar las documentales aportadas en el expediente se tiene que en los reportes de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES ⁶ se registran 451,29 semanas⁷ y adicional a ellas se aportaron certificados de información laboral de la demandante que registran los tiempos laborados en el Hospital la victoria para el periodo comprendido entre el 11 de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1995⁸, ciclo que no aparece registrado en el historial de aportes expedido por COLPENSIONES, pero que si se tomó en cuenta en las resoluciones 05246 del 21 de febrero de 2012 y GNR 569 del 05 de enero de 2015⁹, donde se hizo referencia a 1103 semanas, cotizadas en toda la vida laboral de la actora, hecho que no fue debatido por las partes y por ende se tendrá como periodo cotizado.

Ahora y previo a verificar los IBC que tomó en cuenta COLPENSIONES y los reportados por el empleador Hospital la Victoria para determinar el IBL; advierte esta instancia que para el cálculo de este concepto, es aplicable el promedio de lo devengado en el los últimos 10 años, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE; por cuanto, en el caso de autos la actora es beneficiaria del régimen de transición; a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba a diez o más años de consolidar su derecho pensional, pues a la actora le faltaban casi 15 años y cotizó un total de 1103 semanas.

Precisado lo anterior al revisar los reportes de COLPENSIONES y los certificados de información laboral de la demandante en el Hospital la Victoria, en los últimos 10 años¹⁰, se encontró lo siguiente:

RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	IBC REPORTADO POR COLPENSIONES	IBC REPORTADO POR HOSPITAL
Hospital la Victoria	1/08/1992	30/11/1992	90	12,87	NR	\$ 137.248,00
Hospital la Victoria	1/12/1992	31/12/1992	30	4,29	NR	\$ 102.627,00

⁶ Expediente digital. Archivo 1 folios 19-23 y 61-64; archivo 5 folios 12-18; 24-30 y 32-38.
⁷ Expediente digital. Archivo 5 folios 80-83, reporte de semanas de fecha 21 de septiembre de 2018.
⁸ Expediente digital. Archivo 5 folios 53-60.
⁹ Expediente digital. Archivo 1 folios 28-32 y 33-35.
¹⁰ Los últimos 10 años de cotización de la demandante, abarcan desde el 01 de agosto de 1992 al 31 de enero de 2007 fecha en que realizó su última cotización al sistema general de pensiones.

EXP. No. 39 2017 00388 01 MARINA OTERO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

Hospital la Victoria	1/01/1993	31/05/1993	151	21,45	NR	\$ 191.134,00
Hospital la Victoria	1/06/1993	30/06/1993	30	4,29	NR	\$ 129.310,00
Hospital la Victoria	1/07/1993	30/11/1993	153	21,45	NR	\$ 191.134,00
Hospital la Victoria	1/12/1993	31/12/1993	30	4,29	NR	\$ 129.310,00
Hospital la Victoria	1/01/1994	31/05/1994	151	21,45	NR	\$ 226.587,00
Hospital la Victoria	1/06/1994	30/06/1994	30	4,29	NR	\$ 161.415,00
Hospital la Victoria	1/07/1994	30/11/1994	30	4,29	NR	\$ 226.587,00
Hospital la Victoria	1/12/1994	31/12/1994	30	4,29	NR	\$ 161.415,00
Hospital la Victoria	1/01/1995	31/05/1995	151	21,45	NR	\$ 304.854,00
Hospital la Victoria	1/06/1995	30/06/1995	30	4,29	NR	\$ 205.894,00
Hospital la Victoria	1/07/1995	30/11/1995	120	17,16	NR	\$ 304.854,00
Hospital la Victoria	1/12/1995	31/12/1995	30	4,29	NR	\$ 205.894,00
Hospital la Victoria	1/01/1996	30/01/1996	30	4,29	\$ 267.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/02/1996	28/02/1996	30	4,29	\$ 412.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/03/1996	31/03/1996	30	4,29	\$ 111.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/04/1996	30/04/1996	30	4,29	\$ 247.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/05/1996	31/05/1996	30	4,29	\$ 373.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/06/1996	30/06/1996	30	4,29	\$ 247.000,00	\$ 251.873,00
Hospital la Victoria	1/07/1996	31/07/1996	30	4,29	\$ 526.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/08/1996	31/08/1996	30	4,29	\$ 295.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/09/1996	30/09/1996	30	4,29	\$ 319.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/10/1996	31/10/1996	30	4,29	\$ 318.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/11/1996	30/11/1996	30	4,29	\$ 307.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/12/1996	31/12/1996	30	4,29	\$ 378.000,00	\$ 251.873,00
Hospital la Victoria	1/01/1997	31/01/1997	30	4,29	\$ 303.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/02/1997	28/02/1997	30	4,29	\$ 441.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/03/1997	31/03/1997	30	4,29	\$ 425.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/04/1997	30/04/1997	30	4,29	\$ 496.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/05/1997	31/05/1997	30	4,29	\$ 446.000,00	\$ 420.147,00

EXP. No. 39 2017 00388 01 MARINA OTERO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

Hospital la Victoria	1/06/1997	30/06/1997	30	4,29	\$ 303.000,00	\$ 308.871,00
Hospital la Victoria	1/07/1997	31/07/1997	30	4,29	\$ 441.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/08/1997	31/08/1997	30	4,29	\$ 438.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/09/1997	30/09/1997	30	4,29	\$ 303.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/10/1997	31/10/1997	30	4,29	\$ 475.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/11/1997	30/11/1997	30	4,29	\$ 440.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/12/1997	31/12/1997	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 308.871,00
Hospital la Victoria	1/01/1998	31/01/1998	30	4,29	\$ 484.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/02/1998	28/02/1998	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/03/1998	31/03/1998	30	4,29	\$ 606.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/04/1998	30/04/1998	30	4,29	\$ 770.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/05/1998	31/05/1998	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/06/1998	30/06/1998	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 367.556,00
Hospital la Victoria	1/07/1998	31/07/1998	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/08/1998	31/08/1998	30	4,29	\$ 953.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/09/1998	30/09/1998	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/10/1998	31/10/1998	30	4,29	\$ 662.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/11/1998	30/11/1998	30	4,29	\$ 420.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/12/1998	31/12/1998	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 367.556,00
Hospital la Victoria	1/01/1999	31/01/1999	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/02/1999	28/02/1999	30	4,29	\$ 583.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/03/1999	31/03/1999	30	4,29	\$ 557.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/04/1999	30/04/1999	30	4,29	\$ 707.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/05/1999	31/05/1999	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/06/1999	30/06/1999	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 433.716,00
Hospital la Victoria	1/07/1999	31/07/1999	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/08/1999	31/08/1999	30	4,29	\$ 953.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/09/1999	30/09/1999	30	4,29	\$ 368.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/10/1999	31/10/1999	30	4,29	\$ 662.000,00	\$ 623.538,00

*EXP. No. 39 2017 00388 01 MARINA OTERO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES*

Hospital la Victoria	1/11/1999	30/11/1999	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/12/1999	31/12/1999	30	4,29	\$ 1.526.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/01/2000	31/01/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/02/2000	29/02/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/03/2000	31/03/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/04/2000	30/04/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/05/2000	31/05/2000	30	4,29	\$ 555.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/06/2000	30/06/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 473.748,00
Hospital la Victoria	1/07/2000	31/07/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/08/2000	31/08/2000	30	4,29	\$ 535.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/09/2000	30/09/2000	30	4,29	\$ 434.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/10/2000	31/10/2000	30	4,29	\$ 807.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/11/2000	30/11/2000	30	4,29	\$ 474.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/12/2000	31/12/2000	30	4,29	\$ 941.000,00	\$ 473.748,00
Hospital la Victoria	1/01/2001	31/01/2001	30	4,29	\$ 547.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/02/2001	28/02/2001	30	4,29	\$ 1.974.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/03/2001	31/03/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/04/2001	30/04/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/05/2001	31/05/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/06/2001	30/06/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 515.201,00
Hospital la Victoria	1/07/2001	31/07/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/08/2001	31/08/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/09/2001	30/09/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/10/2001	31/10/2001	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/11/2001	30/11/2001	30	4,29	\$ 649.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/12/2001	31/12/2001	30	4,29	\$ 1.510.000,00	\$ 515.201,00
Hospital la Victoria	1/01/2002	31/01/2002	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 556.623,00
Hospital la Victoria	1/02/2002	28/02/2002	30	4,29	\$ 1.054.000,00	\$ 1.036.656,00
MARINA OTERO RIVERA	1/08/2002	31/08/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	NL

MARINA OTERO RIVERA	1/10/2002	30/11/2002	61	8,71	\$ 309.000,00	NL
MARINA OTERO RIVERA	1/01/2003	28/02/2003	59	8,43	\$ 332.000,00	NL
MARINA OTERO RIVERA	1/08/2003	31/10/2003	92	13,14	\$ 332.000,00	NL
MARINA OTERO RIVERA	1/11/2006	31/12/2006	61	8,71	\$ 408.000,00	NL
MARINA OTERO RIVERA	1/01/2007	31/01/2007	30	4,29	\$ 433.700,00	NL
TOTAL SEMANAS				515,18		
TOTAL AÑOS				10,01711064		

En la tabla se registran las letras NR para indicar que el periodo comprendido desde el 01 de febrero de 1992 al 31 de diciembre de 1995, no se encuentra registrado en el historial de cotizaciones expedido por COLPENSIONES¹¹ y las letras NL en los periodos siguientes al 28 de febrero de 2002, porque esa es la fecha de terminación de la relación laboral de la demandante con el Hospital la Victoria.

En lo que atañe a los IBC reportados y punto de interés para resolver la alzada, se tiene que al cotejar el reporte de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES ¹² y los certificados de tiempos laborados y salarios devengados por la demandante en el hospital la victoria, expedidos por el CETIL¹³, se observa que durante el tiempo que la actora permaneció vinculada al referido hospital las cotizaciones no se realizaron con base en los salarios que realmente devengaba, pues, de la revisión de la tabla se encuentra que: i) en la mayoría del tiempo se realizaron aportes con un salario inferior y que, ii) incluso existen ciclos donde COLPENSIONES registro un IBC mayor al reportado por el CETIL¹⁴, (como se identificó en la tabla en las celdas más oscuras).

Razón por la que, en los periodos donde se reportó un salario inferior debe tomarse en cuenta lo acreditado por el empleador con los certificados expedidos por el CETIL, documentales que en ningún momento fueron tachados por la demandada y, en los periodos donde se evidencia un IBC superior al reportado por el empleador se debía tener en cuenta el IBC registrado por COLPENSIONES en los reportes de semanas expedidos y aportados por la misma entidad convocada a juicio y prueba de la que se infiere que durante esos ciclos la administradora de pensiones recibió los aportes en pensión teniendo como referencia los salarios allí indicados, como pasa a relacionarse en detalle:

RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	IBC REPORTADO POR COLPENSIONES	IBC REPORTADO POR HOSPITAL

¹¹ Expediente digital. Archivo 1 folios 19-23 y 61-64; archivo 5 folios 12-18; 24-30 y 32-38.

¹² Archivo 5, folios 40-47 y 80-83

¹³ Sistema de Certificación Electrónica de Tiempos Laborado. Expediente digital. Archivo 5 folios 53-60.

¹⁴ Ibídem.

Hospital la Victoria	1/02/1996	28/02/1996	30	4,29	\$ 412.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/05/1996	31/05/1996	30	4,29	\$ 373.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/07/1996	31/07/1996	30	4,29	\$ 526.000,00	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/12/1996	31/12/1996	30	4,29	\$ 378.000,00	\$ 251.873,00
Hospital la Victoria	1/02/1997	28/02/1997	30	4,29	\$ 441.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/03/1997	31/03/1997	30	4,29	\$ 425.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/04/1997	30/04/1997	30	4,29	\$ 496.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/05/1997	31/05/1997	30	4,29	\$ 446.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/07/1997	31/07/1997	30	4,29	\$ 441.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/08/1997	31/08/1997	30	4,29	\$ 438.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/10/1997	31/10/1997	30	4,29	\$ 475.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/11/1997	30/11/1997	30	4,29	\$ 440.000,00	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/12/1997	31/12/1997	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 308.871,00
Hospital la Victoria	1/03/1998	31/03/1998	30	4,29	\$ 606.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/04/1998	30/04/1998	30	4,29	\$ 770.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/08/1998	31/08/1998	30	4,29	\$ 953.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/10/1998	31/10/1998	30	4,29	\$ 662.000,00	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/04/1999	30/04/1999	30	4,29	\$ 707.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/08/1999	31/08/1999	30	4,29	\$ 953.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/10/1999	31/10/1999	30	4,29	\$ 662.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/12/1999	31/12/1999	30	4,29	\$ 1.526.000,00	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/05/2000	31/05/2000	30	4,29	\$ 555.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/10/2000	31/10/2000	30	4,29	\$ 807.000,00	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/12/2000	31/12/2000	30	4,29	\$ 941.000,00	\$ 473.748,00
Hospital la Victoria	1/02/2001	28/02/2001	30	4,29	\$ 1.974.000,00	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/12/2001	31/12/2001	30	4,29	\$ 1.510.000,00	\$ 515.201,00
Hospital la Victoria	1/02/2002	28/02/2002	30	4,29	\$ 1.054.000,00	\$ 1.036.656,00

Así las cosas, como IBC reportados durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de la señora demandante se debían tener los siguientes:

*EXP. No. 39 2017 00388 01 MARINA OTERO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES*

RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	IBC
Hospital la Victoria	1/08/1992	30/11/1992	90	12,87	\$ 137.248,00
Hospital la Victoria	1/12/1992	31/12/1992	30	4,29	\$ 102.627,00
Hospital la Victoria	1/01/1993	31/05/1993	151	21,45	\$ 191.134,00
Hospital la Victoria	1/06/1993	30/06/1993	30	4,29	\$ 129.310,00
Hospital la Victoria	1/07/1993	30/11/1993	153	21,45	\$ 191.134,00
Hospital la Victoria	1/12/1993	31/12/1993	30	4,29	\$ 129.310,00
Hospital la Victoria	1/01/1994	31/05/1994	151	21,45	\$ 226.587,00
Hospital la Victoria	1/06/1994	30/06/1994	30	4,29	\$ 161.415,00
Hospital la Victoria	1/07/1994	30/11/1994	30	4,29	\$ 226.587,00
Hospital la Victoria	1/12/1994	31/12/1994	30	4,29	\$ 161.415,00
Hospital la Victoria	1/01/1995	31/05/1995	151	21,45	\$ 304.854,00
Hospital la Victoria	1/06/1995	30/06/1995	30	4,29	\$ 205.894,00
Hospital la Victoria	1/07/1995	31/11/1995	120	17,16	\$ 304.854,00
Hospital la Victoria	1/12/1995	31/12/1995	30	4,29	\$ 205.894,00
Hospital la Victoria	1/01/1996	31/01/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/02/1996	28/02/1996	30	4,29	\$ 412.000,00
Hospital la Victoria	1/03/1996	31/03/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/04/1996	30/04/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/05/1996	31/05/1996	30	4,29	\$ 373.000,00
Hospital la Victoria	1/06/1996	30/06/1996	30	4,29	\$ 251.873,00
Hospital la Victoria	1/07/1996	31/07/1996	30	4,29	\$ 526.000,00
Hospital la Victoria	1/08/1996	31/08/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/09/1996	30/09/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/10/1996	31/10/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/11/1996	30/11/1996	30	4,29	\$ 352.107,00
Hospital la Victoria	1/12/1996	31/12/1996	30	4,29	\$ 378.000,00
Hospital la Victoria	1/01/1997	31/01/1997	30	4,29	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/02/1997	28/02/1997	30	4,29	\$ 441.000,00
Hospital la Victoria	1/03/1997	31/03/1997	30	4,29	\$

EXP. No. 39 2017 00388 01 MARINA OTERO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

					425.000,00
Hospital la Victoria	1/04/1997	30/04/1997	30	4,29	\$ 496.000,00
Hospital la Victoria	1/05/1997	31/05/1997	30	4,29	\$ 446.000,00
Hospital la Victoria	1/06/1997	30/06/1997	30	4,29	\$ 308.871,00
Hospital la Victoria	1/07/1997	31/07/1997	30	4,29	\$ 441.000,00
Hospital la Victoria	1/08/1997	31/08/1997	30	4,29	\$ 438.000,00
Hospital la Victoria	1/09/1997	30/09/1997	30	4,29	\$ 420.147,00
Hospital la Victoria	1/10/1997	31/10/1997	30	4,29	\$ 475.000,00
Hospital la Victoria	1/11/1997	30/11/1997	30	4,29	\$ 440.000,00
Hospital la Victoria	1/12/1997	31/12/1997	30	4,29	\$ 309.000,00
Hospital la Victoria	1/01/1998	31/01/1998	30	4,29	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/02/1998	28/02/1998	30	4,29	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/03/1998	31/03/1998	30	4,29	\$ 606.000,00
Hospital la Victoria	1/04/1998	30/04/1998	30	4,29	\$ 770.000,00
Hospital la Victoria	1/05/1998	31/05/1998	30	4,29	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/06/1998	30/06/1998	30	4,29	\$ 367.556,00
Hospital la Victoria	1/07/1998	31/07/1998	30	4,29	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/08/1998	31/08/1998	30	4,29	\$ 953.000,00
Hospital la Victoria	1/09/1998	30/09/1998	30	4,29	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/10/1998	31/10/1998	30	4,29	\$ 662.000,00
Hospital la Victoria	1/11/1998	30/11/1998	30	4,29	\$ 530.619,00
Hospital la Victoria	1/12/1998	31/12/1998	30	4,29	\$ 367.556,00
Hospital la Victoria	1/01/1999	31/01/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/02/1999	28/02/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/03/1999	31/03/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/04/1999	30/04/1999	30	4,29	\$ 707.000,00
Hospital la Victoria	1/05/1999	31/05/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/06/1999	30/06/1999	30	4,29	\$ 433.716,00
Hospital la Victoria	1/07/1999	31/07/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/08/1999	31/08/1999	30	4,29	\$

*EXP. No. 39 2017 00388 01 MARINA OTERO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES*

					953.000,00
Hospital la Victoria	1/09/1999	30/09/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/10/1999	31/10/1999	30	4,29	\$ 662.000,00
Hospital la Victoria	1/11/1999	30/11/1999	30	4,29	\$ 623.538,00
Hospital la Victoria	1/12/1999	31/12/1999	30	4,29	\$ 1.526.000,00
Hospital la Victoria	1/01/2000	31/01/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/02/2000	29/02/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/03/2000	31/03/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/04/2000	30/04/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/05/2000	31/05/2000	30	4,29	\$ 555.000,00
Hospital la Victoria	1/06/2000	30/06/2000	30	4,29	\$ 473.748,00
Hospital la Victoria	1/07/2000	31/07/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/08/2000	31/08/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/09/2000	30/09/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/10/2000	31/10/2000	30	4,29	\$ 807.000,00
Hospital la Victoria	1/11/2000	30/11/2000	30	4,29	\$ 542.883,00
Hospital la Victoria	1/12/2000	31/12/2000	30	4,29	\$ 941.000,00
Hospital la Victoria	1/01/2001	31/01/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/02/2001	28/02/2001	30	4,29	\$ 1.974.000,00
Hospital la Victoria	1/03/2001	31/03/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/04/2001	30/04/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/05/2001	31/05/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/06/2001	30/06/2001	30	4,29	\$ 515.201,00
Hospital la Victoria	1/07/2001	31/07/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/08/2001	31/08/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/09/2001	30/09/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/10/2001	31/10/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/11/2001	30/11/2001	30	4,29	\$ 761.869,00
Hospital la Victoria	1/12/2001	31/12/2001	30	4,29	\$ 1.510.000,00
Hospital la Victoria	1/01/2002	31/01/2002	30	4,29	\$

					556.623,00
Hospital la Victoria	1/02/2002	28/02/2002	30	4,29	\$ 1.054.000,00
MARINA OTERO RIVERA	1/08/2002	31/08/2002	30	4,29	\$ 309.000,00
MARINA OTERO RIVERA	1/10/2002	30/11/2002	61	8,71	\$ 309.000,00
MARINA OTERO RIVERA	1/01/2003	28/02/2003	59	8,43	\$ 332.000,00
MARINA OTERO RIVERA	1/08/2003	31/10/2003	92	13,14	\$ 332.000,00
MARINA OTERO RIVERA	1/11/2006	31/12/2006	61	8,71	\$ 408.000,00
MARINA OTERO RIVERA	1/01/2007	31/01/2007	30	4,29	\$ 433.700,00

Realizadas las correspondientes operaciones aritméticas se tiene que el IBL al año 2007 correspondía a la suma de \$1.142.147,14 e indexado al año 2010 fecha en que la demandante adquirió el STATUS PENSIONAL ascendía a la suma de \$1.325.955 al que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% arroja una mesada pensional equivalente a \$994.466,94 mayor en \$221.198 pesos a la liquidada por la Juez de primera instancia y mayor en \$347.476 pesos a la que COLPENSIONES concedió en la resolución GNR 569 del 05 de enero de 2015.

De lo anterior, se concluye que le asiste razón a la demandante respecto a la reliquidación de su pensión, sin embargo y teniendo en cuenta que, en las pretensiones de la demanda, se solicitó la reliquidación de la mesada en cuantía de \$777.248,78 para el 16 de julio de 2010 como consta a folio 5; que en la sentencia de primera instancia se profirió sentencia condenatoria donde el único apelante fue COLPENSIONES, entidad en cuyo favor se surte también el grado jurisdiccional de Consulta, no se entrará a modificar la decisión en atención al principio de la no reformatio in pejus, al que incluso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia en forma reiterada como consta en sentencia SL5596-2019, radicado 77172, con ponencia del Magistrado, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, donde señaló:

“Pues bien, cabe recordar que el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consiste en que el superior no puede empeorar, agravar o perjudicar la situación del apelante único que busca mejorar su situación, o respecto de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, puesto que constituye un límite al poder jurisdiccional del juez de alzada, como garantía del derecho fundamental al debido proceso.”

En atención a lo señalado, no es posible desmejorar al apelante único cuyo resultado de su apelación no le fue favorable, por el contrario, lo desfavoreció, al aumentar los valores de la reliquidación que pretendió la señora MARINA OTERO RIVERA quien en cambio quedó conforme con lo decidido por la Juez de primera instancia y no presentó dentro de la oportunidad legal inconformidad con lo decidido, razones estas por las que se confirmara en su totalidad la decisión recurrida.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación 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.

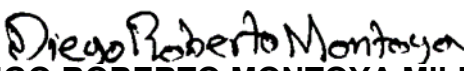
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

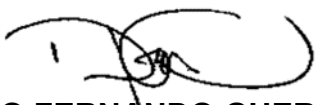
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO TREINTA Y NUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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