

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINSTALACIÓN –
PROMOVIDO POR LUIS HENRY NAVAS BALLEÑ CONTRA LA CORPORACIÓN
CLUB LOS LAGARTOS (RAD 12 2020 00233 01)**

En Bogotá D.C., al primer (1er) día del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), estando reunida la Sala de Decisión procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

LUIS HENRY NAVAS BALLEÑ, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda especial de fuero sindical – acción de reinstalación- contra la sociedad CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS, con el fin de que se deje sin efectos la suspensión del contrato de trabajo de fecha 15 de mayo de 2020 y se le restituyan todos sus derechos laborales, y que le fueron dejados de cancelar, como consecuencia de dicha suspensión, tales como salarios, vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social y caja de compensación familiar, desde el 15 de mayo de 2020 y hasta la fecha en que se efectúe el reintegro de sus garantías como trabajador y miembro de la junta directa del sindicato UNITRALAG (*página 2 archivo “001 Demanda fl 1 a 19.pdf”, expediente digital*).

Como fundamento de sus pretensiones narró los hechos que a continuación se resumen (*páginas 2 a 7, ibídem.*).

- Asegura, suscribió con la demandada un contrato individual de trabajo a término indefinido desde el 1 de marzo de 1994, siendo su último cargo el de Jefe de Investigación y Desarrollo, devengando la suma de \$7.416.329 para el 2020.

- Sostiene, se afilió al sindicato UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS – UNITRALAG, siendo elegido para integrar la Junta Directiva, actualmente, como Secretario General.
- Asevera, desde la creación del sindicato UNITRALAG ha adelantado varias acciones contra la organización sindical como despedir a los miembros de la junta directiva, entre otros.
- Aduce, el 15 de mayo de 2020 el club le notificó la suspensión de su contrato de trabajo aduciendo la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, fecha a partir de la cual le fue suspendido el pago de su salario, lo cual afecta el promedio para la prima de junio de ese año, su tiempo de vacaciones, el pago de cesantías y otras prestaciones, lo que en su sentir, constituye una desmejora de sus condiciones de trabajo.
- Advierte, se suspendieron 50 contratos de trabajadores afiliados a UNITRALAG y 8 más aceptaron firmar un acuerdo renunciando a varios derechos legales y extralegales.
- Anota, para proceder a dicha suspensión la demandada no pidió permiso al Ministerio del Trabajo, ni solicitó autorización ante el Juez Laboral.
- Comenta, en las instalaciones del Club se siguieron realizando diferentes tareas de orden laboral a pesar de la pandemia por la propagación del Covid 19.
- Relata, previo a la suspensión del contrato de trabajo se le habían otorgado vacaciones por dos periodos.
- Indica, el 14 de julio de 2020 presentó una reclamación ante su empleador sobre la desmejora de sus condiciones de trabajo, la cual fue resuelta el 27 siguiente en la que se les indicó que no había tal desmejora y no requerían permiso alguno para suspender los contratos de trabajo.

Mediante proveído del 23 de septiembre de 2020 (*archivo “005 Admite fuero reintegro contra particular(fl. 65a66).pdf”, expediente digital*) se admitió la demanda y se corrió traslado a la demandada para que diera contestación en audiencia

pública. Además, se ordenó notificar al sindicato UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS – UNITRALAG, para que, si a bien lo consideraba, interviniera dentro del proceso.

Una vez surtido el trámite procesal e integrada la Litis, en la audiencia virtual especial celebrada el 20 de octubre de 2021 (*archivos “013. Proceso fuero sindical 2020-233 - Audiencia CPT y SS-20211020_091334-Grabación de la reunión folio 600.mp4” y “014. Proceso fuero sindical 2020-233 - Audiencia CPT y SS-20211020_120933-Grabación de la reunión folio 601.mp4”*), el apoderado de la demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una las pretensiones de la demanda.

Frente a los hechos, admitió los relativos a la existencia del sindicato UNITRALAG dentro de la empresa demandada, la pertenencia del demandante al mismo como miembro de la junta directiva en calidad de Secretario General; el respeto de las condiciones de trabajo pactadas desde el inicio de la relación laboral; la existencia de otra organización sindical denominada SINTRALAG que tiene carácter mayoritario con la cual tiene suscrita una convención colectiva y la falta de acuerdo frente a la negociación colectiva adelantada por UNITRALAG. Los demás los negó o dijo no constarle.

Propuso como excepciones de mérito, aquellas que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en un juicio a cargo de la demanda, prescripción, buena fe y compensación.

La demanda se tuvo por contestada¹ y el apoderado de la organización sindical **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE “SINALTRASCOP** refirió su coadyuvancia frente a las pretensiones elevadas por la parte actora.

Surtido el trámite procesal correspondiente, el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 11 de noviembre de 2021, en la que resolvió²:

¹ Audiencia del 20 de octubre de 2021, récord 1:22:08.

² Audiencia del 11 de noviembre de 2021, record 1:15:20, archivo “16. Proceso fuero sindical 2020-233 - Audiencia CPT y SS-20211111_163712-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital.

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante LUIS HERNY NAVAS BALLEEN se encuentra amparado con fuero sindical, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS desmejoró las condiciones del trabajo de su empleado LUIS HERNY NAVAS BALLEEN, con ocasión de la suspensión del contrato a partir del 15 del año (sic), del 15 de mayo de 2020, conforme lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR que la suspensión del contrato de trabajo del señor LUIS HERNY NAVAS BALLEEN es ineficaz porque no se demostró ni se configuró la existencia de una fuerza mayor y/o caso fortuito.

CUARTO: CONDENAR a la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS al restablecimiento del contrato de trabajo del señor LUIS HERNY NAVAS BALLEEN a partir del 15 de mayo de 2020, en las mismas condiciones en que se venía prestando el servicio antes de dicha suspensión.

QUINTO: CONDENAR a la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS a pagar al demandante, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir desde el 15 de mayo del año 2020 hasta que se materialice el restablecimiento de sus funciones y de sus derechos como trabajador. Como retroactivo causado entre el 15 de mayo de 2020 hasta el 30 de octubre del año 2021, deberá la empresa pagar al trabajador la suma de \$132.628.688,47.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, conforme lo expuesto.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$5'000.000 de pesos.”

Lo anterior tras considerar que si bien a partir de la sola aplicación del artículo 412 del C.S.T., era factible concluir que la suspensión del contrato del demandante no requería autorización del juez laboral, el hecho de que no sea necesaria la intervención del juzgador para efectos de suspender el contrato no impedía o limitaba al trabajador aforado para solicitar la restitución de su contrato de trabajo, cuando considere que tal actuación no está ajustada, y por ello, correspondía al empleador demostrar la causa de la suspensión.

Frente a esto último, y teniendo en cuenta que la suspensión se soportó en una fuerza mayor o caso fortuito con ocasión de la pandemia, discurrió, aunque se aceptara que la demandada no estaba en la posibilidad de precaver esa circunstancia, ello no era suficiente para darle eficacia a la suspensión del contrato

pues adicionalmente debía demostrar las situaciones que impedían la ejecución del contrato, lo que no acreditó.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada indica, el Despacho determina una desmejora de condiciones laborales con fundamento en el artículo 405 del C.S.T, que en su sentir no puede ser aplicado en este caso. Al respecto, advierte, en el asunto lo que se presentó fue una suspensión del contrato de trabajo, el cual, a la luz del artículo 412 ibídem no vulnera el derecho de fuero sindical y no requiere autorización judicial.

Considera equivocada la sentencia del juez de disponer el restablecimiento de los derechos del trabajador hoy demandante, porque en el asunto se presentó una fuerza mayor, debidamente probada, con la implementación de las medidas para frenar la propagación del COVID 19, siendo los clubes uno de los sectores de la economía más afectados con dicha situación debido al cierre de sus instalaciones.

Adicionalmente, arguye, quedó claro que el cargo del demandante no podía ser ejecutado desde casa porque sus funciones estaban enmarcadas en la implementación del software a máquinas cuya operación estaba suspendida, no siendo ejecutada dicha actividad por persona distinta al actor.

Advierte, la pandemia del año 2020 fue imprevisible e imposible de resistir para esa sociedad como empleador, y de cara a la ejecución del contrato de trabajo, señala, existe la imposibilidad de ejecutar el mismo porque el club suspendió por completo la operación en mayo de ese año, y si bien se acordó con algunos trabajadores un manejo especial, lo cierto es que el convocante no quiso acogerse a tales acuerdos, con los que se trataba de afectar lo menos posible a los empleados, aunque dicha situación quiera hacerse ver como un acto discriminatorio contra la organización sindical.

Además, apunta, las licencias no han sido indefinidas, de hecho al demandante se le indicó que la medida estaría vigente mientras ocurría la reactivación total, pero aún a la fecha ello no ha ocurrido, precisando, no dispuso la orden de reintegro porque no están dadas las condiciones para que él pueda laborar normalmente y por ello lo invitaron a acogerse a las medidas dispuestas por la compañía.

Con todo, asegura, no puede endilgársele un actuar por fuera de la ley, cuando dio aplicación a las medidas sugeridas por el Gobierno Nacional que el trabajador se negó a acatar y aceptar, no dejando alternativa distinta a suspender el contrato de trabajo³ (Audiencia del 11 de noviembre de 2021, récord 1:17:55, archivo “16.

³ “Entonces, como lo decía interpongo recurso de apelación contra la decisión que ha proferido el despacho, la cual fundamento en los siguientes aspectos:

El despacho decide declarar una desmejora de condiciones laborales, basado y fundamentado en el artículo 405 del Código sustantivo del trabajo, la cual para este servidor y para la propia Corte Suprema de Justicia no puede ser aplicada en este caso. Toda vez que como se dijo desde el inicio al plantear la defensa, lo que se presentó acá fue una suspensión del contrato de trabajo y a la luz del artículo 412 del Código sustantivo del Trabajo, no se trata de una vulneración del fuero sindical, como quiera que no se requería permiso del Juez para que el empleador, en este caso la corporación CLUB LOS LAGARTOS, aplicará la suspensión que por fuerza mayor aplicó en su momento. En este sentido, consideró que el señor juez, con todo respeto, desborda los límites que tienen acción de fuero sindical y decide fulminar una condena y llevar a una desmejora cuando tenía un límite, era revisar si esta acción, si era o no tramitada por un fuero sindical. Toda vez que el artículo 412 avala la suspensión de los contratos de trabajo sin permiso de autoridad competente. Por otro lado, y en cuanto al juez, el señor juez decide fulminar condena, restableciendo y ordenando el restablecimientos de los derechos del contrato de trabajo, perdón, del aquí demandante. La considero equivocada, porque aquí sí se presentó una fuerza mayor y creo que en uno de los sectores de la economía del país que más se vio afectada y más se vio clara, la extensión fuerza mayor con la implementación de las medidas del COVID 19, para frenar el COVID 19 fueron los clubes, los clubes de todo el país tuvieron que cerrar y tuvieron que cerrar por completo sus instalaciones. Si para el mes de mayo, junio, julio como usted lo observó, ingresaron unas personas eran muy especialmente para temas de mantenimiento, como se demostró, y como temas de cómo lo autorizó, lo fue autorizando la Alcaldía en este caso mayor de Bogotá, para realizar algunas actividades que no requerían, que cumplieran con los distanciamientos, que para la época todos deberíamos estar cumpliendo.

Acá a la luz del artículo 51 del Código sustantivo del Trabajo se, nos encontramos frente a una evidente fuerza mayor y no como erradamente (inaudible) el señor juez, al decir que no estaba probado una fuerza mayor se demostró, se demostró con todos los documentos y resoluciones que se expidieron por el Gobierno nacional y con la propia alcaldía mayor de Bogotá. Se demostró la fuerza mayor porque teníamos pedir permiso a la alcaldía para poder ir restableciendo algunos sectores del club.

Y frente al demandante quedó claro que el cargo del señor HENRY NAVAS, no podía ser ejecutado desde casa. Si fuera el caso de aplicado trabajo en casa, como usted lo infirió dentro de su decisión, señor juez. El trabajo del señor, pues del señor NAVAS era realizar un software tendiente a controlar los diferentes elementos o máquinas que se utilizan al interior del Club, al estar suspendidas las máquinas, aún más están suspendidos la implementación del software, que si hoy revisamos aun hoy, como lo dijo el representante legal en el interrogatorio de parte, está suspendido desde que el Señor NAVAS se les suspendió el contrato no existe, es no existe ejecución alguna por parte de ese cargo.

Es por ello que consideró, señor juez que se aleja completamente su decisión de los postulados que han dado lo que se define la fuerza mayor y son autos entendiéndose como algo impredecible, como usted mismo lo dijo al momento de proferir los diferentes requisitos que existe para poder (inaudible) en una fuerza mayor, y es que sea algo imposible de resistir, imprevisible por parte del empleador, acaso, señor juez, todos sabíamos que iba a llegar una pandemia en el año 2020 para yo poder como empleador prever la existencia que debía suspender mis actividades.

Imposibilidad de ejecutar el contrato, claro que existe una imposibilidad en este caso de ejecutar el contrato, el club cerró operaciones por completo en mayo del año 2020, y se acordó con algunos trabajadores su manejo especial si, un manejo del tema era un beneficio que el club, a pesar de tener la posibilidad de suspender todos los contratos de trabajo, quiso beneficiar a las personas y por eso invitó a los trabajadores a firmar una licencia donde establecieron los acuerdos, claro, frente a sus ingresos. Pero el aquí demandante se negó por completo, por ello, no es que haya habido una diferenciación por parte del club para aplicar el club (sic), al contrario, la fuerza mayor existía para todo el personal del club. Lo que se trató fue entre menos, afectar a los trabajadores y ese acto benévolo de una organización, como es el club los lagartos. Ahora bien, se tilda como un tratamiento discriminatorio de una organización sindical que siempre estaba en contra de los lineamientos de llevar a cabo una mejor convivencia social al frente, con sus trabajadores.

Que sea temporal, claro, las licencias no ha sido indefinida de hecho, desde el momento en que se le entregó al demandante la comunicación se le dijo que esta era mientras estaban las medidas, mientras se volvía a la reactivación total a hoy, como se dijo y se demostró con los documentos allegados, y con el conocimiento público a hoy todavía no podemos hacer eventos. Ósea, a hoy no se puede todavía considerar que se haya restablecido de manera total las entidades del club.

Proceso fuero sindical 2020-233 - Audiencia CPT y SS-20211111_163712-Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital)

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver de fondo previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Necesidad primordial es establecer si se encuentran satisfechos los presupuestos procesales que deben existir para toda demanda, a fin de tocar el fondo de las controversias en litigio; como en el caso de autos están dados, es procedente adentrarnos al examen de las presentes diligencias.

En ese orden, se abordará entonces el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en virtud del principio de consonancia.

En el asunto de marras no es objeto de discusión que entre las partes existe una relación laboral desde el 1 de marzo de 1994, la cual se encuentra suspendida desde el 15 de mayo de 2020 (páginas 16 y 17, archivo “002 Anexos . FI 20 a 59.pdf”, expediente digital). Tampoco se controvierte la pertenencia del demandante al Sindicato UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS – UNITRALAG y su calidad de aforado derivada de su designación como Secretario General de la Junta Directiva de dicha organización

Porque es así que los eventos que mencioné en mis alegatos y se quedó claramente demostrado con los documentos allegados, pues no se pueden hacer entonces masivos como antes se hacía. Entonces la suspensión sigue siendo temporal, y la invitación que se le hizo al señor NAVAS, que fue catalogada equivocadamente por el señor juez, nosotros invitamos a él y lo decimos porque no podemos decir no podemos dar una orden de reintegro cuando nos están dando las condiciones para que él pueda regresar a trabajar normalmente y lo invitamos fue acójámonos a estas medidas, y lo invitamos precisamente, pensando en que su familia, como lo dijo en el interrogatorio de parte, no, no están recibiendo los ingresos y depende exclusivamente de él. Entonces, dónde está el actuar por fuera de la ley de un empleador que lo que hizo fue aplicar las medidas que el Gobierno nacional sugirió, pero de un trabajador que se negó a acatar dichas medidas, no acepta dichas medidas. Que camino nos dejó ese trabajador o esos trabajadores, esos 43 trabajadores, que en su momento se les suspendió el contrato. Aplicada a la fuerza mayor que evidentemente existía, porque el club estaba cerrado por completo, en sus operaciones y no había la posibilidad ni siquiera del trabajo en casa. Para el aquí demandante era claro que el debida desarrollar el software y dependía de la operación de los equipos y los equipos no operaban, pues no había lugar a ejecutar el mismos. Entonces, como usted mismo lo dijo sé la fuerza mayor se demostrar con base en estos requisitos y la suspensión del contrato de trabajo se dio por fuerza mayor y por ello se dio el aviso al Ministerio de Trabajo, quien hasta ahora no ha impuesto ninguna medida sancionatoria a mi representada por haber supuestamente, suspendido sin la existencia de una fuerza mayor. Considero señor juez que esta sentencia debe ser revocada por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar absolver a mi representada acogiendo incluso los postulados, como ya lo dijo la sentencia, SL1131 de 2021 de fecha 18 agosto 2021, que fue aportada al despacho de la Corte hace un estudio y en cierta forma, indica que sí existió fuerza mayor al interior de la corporación CLUB LOS LAGARTOS. Muchas gracias, señor Juez.”

sindical (archivo “009. Certificado existencia UNITRALAG folios 82 a 85.pdf”, expediente digital).

Tales cuestiones además de excluirse del debate por la aceptación de las partes, se verifican de las pruebas documentales que fueron acopiadas tanto con la demanda como con la contestación de la misma.

Así pues, para resolver la controversia traída a estos estrados, es oportuno memorar, el artículo 405 del C.S.T, define como fuero sindical “*la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo*”.

Este derecho fue consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991 donde se reconoció “*a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión*”, prerrogativas por las que se faculta a los amparados a ejercer su función sindical frente al empleador, el Estado y los mismos trabajadores, en forma independiente, permanente y sin discriminación, con miras a no hacer ilusorio el derecho de asociación sindical.

Por su parte, el artículo 406 *ibídem*, estableció quiénes se entienden amparados por el fuero sindical, así:

“(…)

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos.

PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.»

Ahora, como quiera que se trata de una garantía supra legal, no puede el empleador sustraerse de tal reconocimiento, y por ello se estatuyó que para finiquitar el vínculo, desvincular, desmejorar o trasladar a quien goza de fuero sindical debe acudir necesariamente ante la jurisdicción ordinaria laboral, a fin de obtener el permiso correspondiente, previa calificación de una justa causa, motivos consagrados en el artículo 410 del C.S.T.

Conviene precisar, el fuero sindical no fue concebido por el constituyente, ni regulado por el legislador como un mecanismo para la protección del trabajador aforado individualmente considerado; su fin último es la salvaguarda del derecho de asociación, es decir, su propósito es el de amparar el derecho colectivo, por encima de los intereses particulares. Sobre este asunto, la Corte Constitucional desde la sentencia C-381 de 2000 expresó:

“(…) El fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos”, es decir, que tal como se dijo por la Corte en Sentencia C-710 de 1996, citada en la anteriormente mencionada, “para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón de su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización” .

Para no hacer nugatorios los derechos de los aforados sindicales el legislador previó dos acciones para garantizar que los trabajadores no sean perseguidos por su condición de dirigentes sindicales, a saber: la acción de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro o reinstalación. El segundo, que para el caso interesa, corre por cuenta del trabajador quien deberá promover acción contra el patrono que actuó sin cumplir con el trámite ante la jurisdicción ordinaria para obtener del juez laboral el permiso que le permita despedir o desmejorar las condiciones del trabajador aforado.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que: i) *“el objeto de la solicitud judicial previa al despido es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad”*, y ii) que en la acción de reintegro *“se trata (...) de analizar si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió”* (Sentencia T-731 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil).

La acción de reintegro es entonces un mecanismo de protección especial, de rango legal, con fundamentos constitucionales, que los gestores y directivos de las organizaciones sindicales, sin excepción, pueden tramitar ante la jurisdicción del trabajo, cuando son despedidos sin permiso del juez laboral, en la cual no es dable calificar la causa del despido ni la viabilidad del reintegro, sino la existencia del fuero y el cumplimiento de la ritualidad del permiso⁴.

Por su parte, en la acción de reinstalación se debe verificar si se produjo un traslado que conllevó a la desmejora de las condiciones laborales del trabajador, en tal medida, si el empleador estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso afirmativo, se deberá verificar si cumplió dicho requisito. Si surtido el trámite correspondiente se comprueba que el trabajador fue desmejorado desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reinstalación.

Precisado lo anterior, en el caso de autos pretende el demandante se le restituyan sus derechos laborales, los cuales aduce desmejorados con ocasión de la suspensión de su contrato de trabajo.

Al respecto, se observa misiva calendada 15 de mayo de 2020 dirigida al actor, suscrita por MAURICIO SÁNCHEZ MOLINA en calidad de representante legal de la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS, con la referencia *“Suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito”*, en los siguientes términos (páginas 16 y 17, archivo *“002 Anexos . FI 20 a 59.pdf”*, expediente digital):

“Respetado(a) Henry

MAURICIO SÁNCHEZ MOLINA en mi calidad de representante legal de la empresa, me permito informar que, ante la ocurrencia de una situación de fuerza mayor o caso

⁴ T-675 de 2009.

fortuito, ha operado la suspensión de su contrato de trabajo, a partir del 15 de mayo, por las razones que a continuación paso a exponer:

El día 22 de marzo de 2020 mediante Decreto 457 de esa misma fecha, el Presidente de la República ordenó adoptar como medida sanitaria preventiva y de control, en todo el territorio nacional, el aislamiento preventivo obligatorio, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, limitando totalmente la libre circulación de personas y vehículos en el territorio nacional. Posteriormente, mediante Decreto 531 del 8 de abril de 2020, se extendió el periodo de aislamiento obligatorio hasta el 26 de abril de 2020.

Adicionalmente, el 24 de abril de 2020, el Gobierno Nacional dentro de sus facultades extiende nuevamente la medida hasta el 11 de mayo de 2020 a través del Decreto 593 de 2020.

Así mismo, mediante Resolución 453 del 18 de marzo del 2020, “Por la cual se adoptan medidas sanitarias de control de algunos establecimientos por causa del COVID -19 y se dictan otras disposiciones”, se determinó por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la clausura de los establecimientos y locales comerciales de esparcimiento y diversión (...).

Lo anterior en virtud de que la Organización Mundial de la Salud, identificó el nuevo coronavirus – COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

Dicha circunstancia de aislamiento obligatorio, constituye una situación de fuerza mayor o caso fortuito, que de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo es una causal de suspensión del contrato de trabajo.

Por lo tanto, se le informa opera la suspensión de su contrato de trabajo a partir del 15 de mayo de 2020 y hasta que la medida persista.

*El artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que el contrato de trabajo se suspende, “Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución” y el artículo primero de la ley 95 de 1980 define la fuerza mayor o caso fortuito como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, **los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público**”*

Durante el periodo de duración de la suspensión, de acuerdo con el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, se interrumpe para usted la obligación de prestar el servicio y para la empresa de pagar los salarios.

La empresa continuará efectuado los aportes a seguridad social, en salud y pensión, durante el periodo de suspensión, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

Lo requerimos para que durante el tiempo de suspensión del contrato cumpla con todas las medidas ordenadas por el Estado Colombiano, a través de sus distintas Entidades, para prevenir y combatir la propagación del COVID 19.”

Establecido lo anterior, esto es, definido como se encuentra que en el asunto se suspendió el contrato de trabajo, para resolver la controversia, es menester traer a colación el contenido del artículo 412 del C.S.T, ubicado en el capítulo VIII “*Fuero Sindical*” del Título I “*Sindicatos*” de la Segunda parte “*Derecho Colectivo del Trabajo*” de dicho estatuto, el cual reza:

“Artículo 412: Suspensión el contrato de trabajo: Las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial.”

Por su parte el artículo 51 de esa misma norma, prevé:

“Artículo 51. Suspensión. El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

(...)”

Al tenor de la primera disposición en cita, tal como lo sostuvo la pasiva, para proceder a la suspensión del contrato de trabajo, como en efecto lo hizo la demandada, no se requería calificación judicial alguna y en ese sentido, no se vulnera la garantía de fuero sindical.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al desatar una acción constitucional interpuesta por la aquí demandada contra una sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión Laboral de esta Corporación, en un asunto que guarda identidad fáctica, consideró que se había incurrido en un defecto sustantivo al fundamentar su decisión en una norma “*evidentemente inaplicable al caso concreto*” y no aplicar el artículo 412 del C.S.T. Puntualmente, en sentencia STL11131-2021, sostuvo:

“(...) De lo citado en precedencia, se tiene que la autoridad convocada efectivamente incurrió en un exabrupto, ante el defecto sustantivo, pues soportó su decisión en una norma que no era aplicable al caso, tal como pasa a explicarse.

De conformidad con lo reglado en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, el fuero sindical es «la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo».

Así mismo, la antes citada disposición, en el numeral 1º del artículo 51, dispone que el contrato de trabajo puede suspenderse «Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución», y a su vez el artículo 412 ibídem, propugna «Las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial».

Ahora bien, consideró el Tribunal cuestionado que existe una «colisión» entre el numeral 1º del artículo 51 y el artículo 412 del Código Sustantivo del Trabajo con el artículo 405 de igual normativa, y con fundamento en tal supuesta disparidad reflexionó que en aplicación al principio de favorabilidad debía hacer uso de lo indicado en la última disposición, y por ende, que en el caso de la accionante la suspensión del contrato de trabajo se dio como consecuencia de una desmejora de las condiciones laborales de la trabajadora aforada, por lo que se requería de previa autorización del juez laboral para la suspensión del contrato.

La anterior conclusión, se constituye en una clara arbitrariedad, pues se inaplicó por parte del operador judicial la norma específica para el debate procesal puesto en conocimiento, pues ciertamente los supuestos fácticos concretan el caso en lo establecido en el numeral 1º del artículo 51 en concordancia con el artículo 412, ambos del Código Sustantivo del Trabajo, que permite al empleador suspender el contrato de trabajo sin intervención judicial, por soportarse dicha suspensión en una fuerza mayor o caso fortuito, aspecto que era lo que debía analizar el Tribunal, es decir, establecer si a las luces de la emergencia sanitaria y económica y las normas expedidas por el Gobierno Nacional, se conjuraban los presupuestos de una situación irresistible o imprevista.

Máxime que la garantía al fuero sindical que propugna el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, se reduce a los eventos de despidos, desmejoras de las condiciones laborales y traslados, más no ante la existencia de la suspensión del contrato por fuerza mayor o caso fortuito, aspecto que como se reitera, encuentra su desarrollo en lo indicado en el numeral 1º del artículo 51 en concordancia con el artículo 412, del Código Sustantivo del Trabajo

Bajo tal entendido, y como quiera que, como se dijo, para suspender el contrato de trabajo no se requiere intervención judicial, siendo el fin último de esta acción especial verificar el cumplimiento de tal ritualidad cuando se exige, no había lugar a disponer la “reinstalación” del trabajador como lo dispuso el *a quo*, no siendo este el escenario judicial idóneo para calificar las razones que motivaron dicha suspensión por parte del empleador, pues la discusión de la legalidad de la misma puede ventilarse en un trámite ordinario y no a través de la acción de fuero sindical que lo que busca es proteger la garantía foral.

En todo caso no sobra indicar, la suspensión del contrato a que se refiere el artículo 51 del C.S.T., no resulta equiparable con una “desmejora”, como pareció entenderlo el juzgador de primer grado, pues el primero no comporta propiamente una

modificación de las condiciones pactadas entre las partes, se trata de dos figuras de consecuencias y efectos disímiles.

Corolario de todo lo anterior, esta Sala de decisión no encuentra acertada la conclusión arribada por el *a quo*, por lo que agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos de inconformidad, conforme lo expuesto, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

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

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

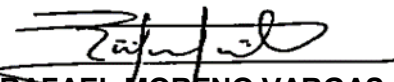
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas y, en su lugar, **ABSOLVER** a la CORPORACIÓN CLUB LOS LAGARTOS de las pretensiones incoadas en su contra por LUIS HENRY NAVAS BALLEEN.

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

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE


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 OMERI ROCIO GARCÍA
PARDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 01 2020 00021 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 354 a 356), y la parte demandada COLPENSIONES (folios 358 y 359) y PORVENIR S.A (folios 361 a 363) 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 en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 9 de septiembre de 2021 (*Audiencia virtual Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:10:19, CD folio 344, acta folios 345 a 347*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante señora OMERI ROCIO GARCIA PARDO identificada con la cédula de ciudadanía 20.659.486 a través del fondo administrado por la sociedad demandada PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora OMERI ROCIO GARCIA PARDO identificada con la cédula de ciudadanía 20.659.486 al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora OMERI ROCIO GARCIA PARDO identificada

con la cédula de ciudadanía 20.659.486 en el régimen de ahorro individual con solidaridad junto a todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la actora, sin que le sea dable hacer descuento alguno de la cotización total realizada por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada COLPENSIONES puede obtener por la vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que asume la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas para ello.

QUINTO: SIN COSTAS para las partes en esta instancia.”

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

Así, en primer lugar PORVENIR insistió que la vinculación efectuada por la actora con esa sociedad en el año 2002 fue válida, como quiera que se suscribió el respectivo formulario de afiliación y medió su voluntad expresa, elemento de prueba que, en su sentir, cumple los requerimientos de la época y es la constancia de que recibió la información, decisión que estima ratificada con los años de sus cotizaciones.

Igualmente, señala, si bien no desconoce que el deber de información ha existido desde el inicio de las administradoras, lo cierto es que este ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial, en la que se han aumentado las exigencias impuestas. No obstante, asegura, no se realizó una debida interpretación de la norma aplicable en el momento histórico en que el demandante ejerció su derecho a la libre elección, en el que no existía el buen consejo o proyecciones pensionales, desconociéndose además cual sería el valor de la mesada pensional que recibiría porque todavía le faltaban años para causar el derecho, a cuánto ascendían sus cotizaciones, entre otras.

Además, refiere, el monto de la prestación que recibiría no constituye una falta al deber de información, ya que, entenderlo de esa forma, sería tanto como desconocer la Ley 100 de 1993 y las condiciones de financiación de cada uno de los regímenes.

Con relación a los gastos de administración, asegura, resulta contradictoria la condena frente al concepto de restituciones mutuas, en tanto la ineficacia del acto

jurídico no daría lugar a retornar los rendimientos causados por las gestiones realizadas por el fondo en cumplimiento de un deber legal. De igual manera, alude, debe tenerse en cuenta el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el que se prevé cuáles son los aportes y a qué están destinados, por lo que las deducciones realizadas a estos estuvieron amparadas en la normatividad aplicable¹ (Audiencia

¹ “Gracias su señora, estando en esa oportunidad procesal pertinente, me permito interponer el recurso de apelación contra el presente fallo, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá apartándome de manera integral en lo dispuesto en el fallo y para esto expongo lo siguiente:

Respecto de la declaratoria de ineficacia vale indicar que pues insistió que esta vinculación con mi representada pues válida, la demandante se vinculó con PORVENIR para el año 2002 pues firmando para ello el respectivo formulario de afiliación, el cual pues téngase era el documento que se requería para hacer válidamente pues este traslado de régimen.

El deber de información si bien no se está negando que ha existido desde los inicios de las administradoras, pues dicho deber ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial que ha pues se ha incrementado a lo largo de los años con las exigencias que se han impuesto a las administradoras, sin embargo, mi representada considera que pues no se realizó la debida interpretación de la norma o no se ha venido realizando la interpretación de la norma aplicable a dicha data, respecto al momento histórico en que la demandante ejerció su derecho de libre elección a la ley 100 de 1993, el decreto 663 de 1993 en su artículo 97 numeral 1, pues determina que debe señalarse características del régimen, pues sobre todo esto ha enfocado a impedir la coacción del derecho de libre escogencia, por lo que se insiste obligaciones como el deber de buen consejo o proyecciones pensionales, entre otras, estas surgen de manera posterior, en aras del principio de retroactividad no pueden ser exigidos este tipo de deberes para el año 2002, pues estas asesorías se hacían primero de manera verbal y el único documento o prueba exigible que debe ser exigible por parte de las administradoras pues es el formulario de afiliación, además que la demandante suscribió un acto jurídico y pues verso de la voluntad de ella, y por lo tanto, yo solicito se respete las voluntad de las partes y que si se le del valor probatorio pues que merece este acto, este formulario de afiliación, prueba que pues cumple con los requerimientos para dicho momento y la voluntad expresa de la afiliada, que ella entendía que este acto jurídico pues era vital para su futuro pensional, ella se sometía a las condiciones del régimen de ahorro individual propuestas para el año 2002, o para cualquier cambio que podría tener este régimen durante su vinculación.

El juez de primera instancia pues manifiesta que pues PORVENIR no cuenta con pruebas de la asesoría o que PORVENIR hubiera hecho la asesoría conforme los parámetros que pues ha venido señalando la Corte Suprema, pero insisto para el año 2002 no estaba previsto, no estaba consolidado, este deber de información, y pues las asesorías eran de manera verbal, por lo que la única prueba exigible ese este formulario de afiliación, ahora bien, el hecho de que no se hubieren advertido pues consecuencias del traslado no implica que se hubiera vulnerado el derecho de información, porque se reitera que para dicha época no era posible determinar unas consecuencias o desventajas frente a un derecho pensional pues no se tenía certeza que se iba a consolidar, conforme ello o a esto pues el fallo emitido el día de hoy está imponiendo a un imposible jurídico a mi representada, por cuanto que se exige el cumplimiento de la debida asesoría, pero para pues para eso se exige probar toda la asesoría desconociendo pues el formulario de afiliación, siendo este el que se brindó y siendo el motivo de la actora para realizar el traslado, es decir, que recibió la información, decidió trasladarse y decisión que ratificó con los años de sus cotizaciones.

Además para dicho momento del traslado también vale indicar que no se sabía el valor de mesadas pensionales para dicho momento pues tuviere que recibir el afiliado, cuando al actor pues le faltan años para causar su derecho y también se desconocía cotizaciones que la actora que iba a tener, también esa tasa de reemplazo que iba a tener cuando se hiciera efectivo el reconocimiento pensional, por lo que insisto no es justo que en este tipo de procesos pues siendo y también como se expone en los hechos de la demanda, si existió inconformidad con la mesada pensional, con la diferencia de mesadas pensionales entre COLPENSIONES y PORVENIR, pues no es justo al existir esta tasa de reemplazo entre estos dos regímenes pensionales, entonces los fondos privados, mi representada incumplió con su deber de información exigible para la época, pues es claro que pues esto no depende de los fondos sino de la normatividad que esté vigente y el hecho de que se alegue y se demande pretendiendo una ineficacia por la presunta falta del deber de información por parte de los fondos, pues en realidad puede señalarse que es el monto de la mesada pensional y que pues se da la ineficacia indirectamente se está desconociendo lo dispuesto en la ley 100, es decir, las condiciones de financiación de cada uno de los dos regímenes.

Ahora bien, otro punto para mi recurso pues es respecto a la condena a lo que devolver los diferentes dineros, exactamente a devolver los gastos de administración, considera mi representada entonces que las restituciones mutuas resulta contradictorio este tipo de condena, por lo que se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional y por lo tanto, se pierden los efectos del traslado y se condena a los fondos a devolver los gastos de administración, sin embargo, considera esta apoderado si fuera a dejar sin efectos el acto jurídico del traslado pues claramente lo actora no tendría derecho a retornar con los rendimientos causados por las gestiones realizadas, por el cumplimiento de un deber legal, por lo tanto, es contrario en injusto el trato diferenciado que se le da a estos dos conceptos que se producen por la afiliación que se da al régimen individual, es decir,

virtual Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:12:37, CD folio 344, acta folios 345 a 347).

A su turno COLPENSIONES pide se revoque en su integridad el fallo de primer grado pues considera improbadó vicio alguno del consentimiento que e lugar a la ineficacia del traslado, debido a que su traslado se hizo de manera libre, voluntaria y espontánea, motivada en la necesidad de pensionarse a la edad de 50 años, dejando constancia de ello al momento de su vinculación.

Por otra parte, señala, el deber de información no solo se incumbe a las AFP sino también al afiliado a quien le corresponde estar asesorado en debida forma y esclarecer las dudas respecto a su afiliación.

De confirmarse la decisión de primer grado, solicita se les garantice *“la posibilidad de realizar el cobro de los dineros que fueren necesarios en un eventual reconocimiento de pensión y de pago de dineros que no fueren previstos (...) para que el fondo privado realice el pago de las sumas correspondientes, í mismo que el fondo devuelva todos y cada uno de los frutos que fueron obtenidos por los aportes realizados por la demandante al fondo privado”*. (Audiencia virtual Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:20:18, CD folio 344, acta folios 345 a 347)

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 203 a 206) las

los rendimientos y los gastos de administración. Entonces en este caso estamos en una circunstancia que claramente desconoce la igualdad y los efectos de la declaratoria de una ineficacia.

También debe tenerse en cuenta que pues el artículo 20 de la ley 100 de 1993, pues establece cuales son los aportes y a que están destinados y en ese sentido si mi representada durante su administración hizo alguna deducción por gastos, por sumas previsionales, por el porcentaje de la garantía de pensión mínima, pues ella lo hizo amparada en la ley y cumplió los presupuestos legales. Adicional, que ha hecho una buena administración de los recurso y se ha visto en los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual, razón que no ocurre en el régimen de prima media, por lo que consideró que en este tipo de procesos debía limitarse las condenas en señalar que pues que procedan a devolver los dineros de la cuenta de ahorro, también pues los rendimientos en ultimas estos se generaron con los dineros propios de los afiliados, pero los conceptos de gastos de administración, teniendo en cuenta que pues esta descrito en la ley y la demandada, mi representada cumplió con lo dispuestos, pues debería absolverse de este tipo de condenas. Con lo anterior dejo sustentado mi recurso, en primera medida solicitando que se revoque en su integridad el presente fallo o en caso contrario que se confirme se absuelva la condena de devolver gastos de administración. Muchas gracias”

cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 197 a 203), aspirando, principalmente, la nulidad y en subsidio, la ineficacia, de la afiliación realizada a la AFP PORVENIR, toda vez que esa entidad omitió informarle sobre las condiciones favorables o desfavorables, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes, que estima necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión del traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a PORVENIR y COLPENSIONES tener como nula la afiliación al RAIS, efectuada mediante el diligenciamiento del formulario el 19 de febrero de 2002. Además, se ordene a PORVENIR trasladar los valores que posee en su cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y rendimientos, y a COLPENSIONES, recibir los valores *“previa verificación satisfactoria de la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que PORVENIR deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución”* y actualizar su historia laboral. **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, trasladar a COLPENSIONES, todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración y cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la actora, sin que le sea dable hacer descuento alguno de la cotización total realizada. Además, declaró que COLPENSIONES podría obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pudiese sufrir. 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 2002².

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 7), la actora nació el 20 de mayo de 1959, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994³, contaba con 35 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 19 de febrero de 2002 (folio 49) y que para el 1 de abril de 1994 el actor contaba con 660,14 semanas (páginas 87 a 92, CD 286) equivalentes a 12,66 años de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1 de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁴, por lo que resulta

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 Según el certificado electrónico de tiempos laborados –CETIL-, la demandante laboraba en la DIAN. (folios 129 a 142).

⁴ *“Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.*

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5°.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1°), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

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

Así las cosas, 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 **19 de febrero de 2002** con fecha de efectividad a partir del **1 de abril de 2002** (páginas 44 y 86, CD folio 286), 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.

Frente al particular, 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*”

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo

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.

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 cuando efectuó el tránsito entre regímenes 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 su motivación fue el poder pensionarse a los 50 años y que podía trasladarse a los 3 años, pero ninguna otra alusión le hicieron frente al RAIS.

Tampoco deviene acreditado con lo dicho por los testigos SONIA CONSUELO CORONADO SALAZAR⁸ Y DORA ALBA LEÓN CUELLAR⁹, ya que indicaron que en una reunión les informaron que los beneficios de afiliarse a PORVENIR, entre ellas pensionarse con mejores salarios y a una menor edad

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*folio 49 y página 86 CD folio 284*), 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.

⁷ Cd folio 344, récord 16:26, Acta folio 345 a 347.

⁸ Cd folio 344, récord 34:17, Acta folio 345 a 347.

⁹ Cd folio 344, récord 47:51, Acta folio 345 a 347.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 96 a 98, CD folio 286*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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 –PORVENIR– 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, frente al deber de información, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que este subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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 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 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 (19 de febrero de 2002), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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, confirmándose en este punto la sentencia de primer grado.

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, de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar 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, frente a 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 prescripción (folio 300)¹⁰, 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 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

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda en proveído del 13 de agosto de 2021 (folio 303)

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)

Por otra parte, frente a la solicitud realizada por COLPENSIONES de ordenar el pago las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en Régimen de Prima Media, se encuentra que dicha situación no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se encaminó en la demanda tendiente a obtener el pago de este concepto, así como tampoco fue propuesta dicha temática por parte de esa entidad, respecto de quien se predica la configuración de un eventual detrimento económico, por lo que no puede accederse a la misma.

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.

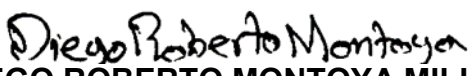
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero 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 CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO CONTRA ANGELCOM S.A.; EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A.; COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK EN LIQUIDACIÓN y EQUIPO DE GESTIÓN HUMANA S.A.S. y como llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO. (RAD. 04 2017-00481-02)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls.1311 a 1313), y las demandadas (fls. 1315 a 1319), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 20 de septiembre de 2021, en la que se resolvió (Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, récord 35:33, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams):

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la relación laboral entre CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO, y la EMPRESA DE TRANSPORTE TRANSMILENIO S.A y en consecuencia, absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, por las motivaciones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la tacha de los testigos OLGA LUCERO GUARNIZO, MARTA CECILIA REYES y ANA LUCERO RINCON (sic), por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas al actor, fíjense las agencias en derecho en la suma de medio salario mínimo a favor de TRANSMILENIO, ADETEK y ANGELCOM.

CUARTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del actor en el evento de no proponer recurso de apelación. En consecuencia remítase el Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda específicamente a la declaratoria de contrato realidad de trabajo entre el demandante y TRANSMILENIO S.A. por considerar que el contrato de concesión celebrado entre esta y ANGELCOM pretende disfrazar la relación laboral del actor, quien nunca prestó servicios para dicha cooperativa pero si para TRANSMILENIO quien ostentó la calidad de verdadera empleadora¹.

¹ Cuaderno No. 5, CD Folio 1305 APODERADO DTE. Muchas gracias señor juez en mi condición ya conocida como apoderado de la parte demandante señor CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO, me permito manifestar que interpongo recurso de apelación en contra de la determinación que usted acaba de proferir, y la cual me permito sustentar en los siguientes argumentos:

Primero, el recuento que hace el señor juez, indudablemente es un recuento que raya con la realidad de la documentación y la forma como los señores de Transmilenio manejan el negocio del transporte que implica Transmilenio, (inaudible), me quiero referir. En primer lugar, ha sido reiterativo el señor juez y como lo fue el representante legal de ANGELCOM, cuando rindió interrogatorio de parte frente al vínculo que tenía con Transmilenio, allí el señor ANGELCOM y hoy lo reitera el despacho existió un contrato de concesión entre Transmilenio y ANGELCOM, para efectos del recaudo frente a la pregunta cuál era la ganancia o de quien era el dinero, mejor, el dinero que recaudaba ANGELCOM, la respuesta fue muy clara, ese dinero era propiedad de TRANSMILENIO, ANGELCOM era lo único que hacía era recaudar, por tanto, de entrada se desvirtúa y se desnaturaliza el concepto de concesión, por tanto, ANGELCOM no era un tercero que tenía un negocio autónomo con TRANSMILENIO, la concesión implica para el concedente y para el concesionario o una desvinculación respecto del negocio, y en ese orden de ideas nunca podría entender es el dichoso llamado contrato de concesión al que alude el señor juez, como fundamento de su sentencia y mucho menos la argumentación que esgrimió ANGELCOM cuando informó cuál era su vínculo, porque estaba haciendo una labor para TRANSMILENIO, que era ni más ni menos recaudar el dinero, que en esencia es el fundamento de la existencia del negocio de transporte, operado por TRANSMILENIO, entonces no era un tercero era parte de la operación de TRANSMILENIO, que la estructura montada por TRANSMILENIO con la cooperativa y con las otras empresas, no tenía otro propósito sino disfrazar la realidad que es ese disfraz al cual ha hecho el señor juez, la cual le ha dado plena credibilidad, porque el disfraz en que consiste señor juez, evidentemente la cooperativa existe, nadie ha negado que no exista, la pregunta es el propósito de existencia de esa cooperativa, el propósito está muy claro, que es que a partir de esa existencia de esa cooperativa se disfraza el suministro de trabajadores para que cumplan la labor esencial que requiere TRANSMILENIO, con un propósito deslindar o desvirtuar cualquier relación laboral y señor juez el hecho de que el señor CARLOS HUMBERTO CRUZ como otros miles de personas pertenezcan a esa cooperativa, no significa que ellos como tal pierdan como tal su condición de reclamar sus derecho de reclamar sus aportes, de reclamar sus auxilios, de obtener un mínimo de beneficio de los fondos de educación, de salud, solidaridad que por ley, esas entidades deben tener, no por el hecho que el señor CRUZ haya participado en la cooperativa, pues desnaturaliza el hecho que él le haya prestado el servicio a TRANSMILENIO, porque es que precisamente el propósito (inaudible), es hacer ver la imagen al exterior de que esa persona no tiene algún vínculo, la razón de ser de este proceso es precisamente que ese ropaje, que ese disfraz que montó TRANSMILENIO con ese propósito a la luz de la ley se levante esa circunstancia y se diga mire esa no es la realidad, aquí la realidad es que se está tercerizando un servicio y ese servicio, es un servicio esencial en la operación de TRANSMILENIO, si estuviera hablando de un vigilante, de una persona que maneja el aseo en las estaciones podríamos decir que ese no es un servicio esencial a la operación, pero aquí estamos hablando ni más o menos del recaudo que es la esencia de cualquier negocio.

Entonces el señor juez ve esa realidad, ese ropaje y le da una connotación de realidad, y eso es lo que precisamente en el concepto del contrato realidad la ley prevé y el señor juez lo menciona en el inicio de esta

audiencia, al decir que el contrato de trabajo independientemente del ropaje o independientemente de la connotación que se le dé, configura y se asume como un contrato de trabajo, lo que la jurisprudencia a nombrado como el contrato realidad, pero aquí como el señor juez con el análisis que hace en su sentencia aduce y reconoce la existencia del ropaje pero no va más allá, y sobre que no va más allá habla de los elementos estructurales, estructurales del contrato de trabajo y permítame referirme y a uno de los elementos que menciona la subordinación. Tan bien hecho esta el ropaje que cuando el señor juez analiza los elementos, el elemento de subordinación en palabra de los testigos, ni ellas mismas saben para quien trabaja, porque el ropaje esta tan bien cimentado, tan bien inducido en la cabeza de las personas que la gente entiende y sabe que trabaja para TRANSMILENIO, porque están en las instalaciones de TRANSMILENIO, usa las instalaciones de TRANSMILENIO, obtiene los elementos de TRANSMILENIO y en esa íntima convicción trabajan para TRANSMILENIO, a un trabajador en condiciones de necesidad le importa su remuneración, y el señor juez no ve eso, acoge con plenitud la existencia de la cooperativa, pero señor juez, nadie ha discutido que la cooperativa no existe, la cooperativa es el ropaje, tanto es el ropaje señor juez que hay dentro del acervo probatorio y debió haberlo visto usted ahí con los otros medios de prueba, esa cooperativa fue sancionada por el Ministerio de Trabajo, por suministrar personal, por enviar personal en misión, es decir, por ser un instrumento en la tercerización de una labora esencial de una empresa y aquí no estamos hablando de cualquier empresa señor juez, estamos hablando de una empresa pública, que tiene el monopolio del transporte público en la ciudad de Bogotá, es el mismo Estado el que está propiciando que se tercerice, se pauperice la condición del trabajador, porque es en esas condiciones señor juez esos aportes que usted menciona que el señor reclamo, eran deducidos directamente por la empresa, no era que el señor sacara de su bolsillo y fuera directamente a entregarlo, el momento del pago se le hacia el descuento, no era como ser funcionario de la rama judicial e ir o autorizar descuénteme porque yo soy funcionario y pertenezco a la cooperativa, aquí era la misma cooperativa, es tan maquiavélica la figura y el trabajador no tiene chance de decir que no pertenezco, porque él no pertenecer significaba simplemente dejar existir como funcionario.

Y la pregunta, que se beneficiaba la cooperativa con el trabajo del señor CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO, y la realidad es que no prestaba ningún negocio para la cooperativa, prestaba un servicio a un tercero y ni más ni menos un servicio esencial, que por ley no puede ser tercerizado, ese elemento de la subordinación aquí afectaba y quien era el que tenía la obligación y el empoderamiento necesario para exigirle al señor CARLOS HUMBERTO CRUZ exigirle el cumplimiento de sus funciones, pues TRANSMILENIO y si un día no había recaudo, y si un día había un problema en la taquilla x, a quien se afectaba allí a la cooperativa, no el afectado era TRANSMILENIO, y entonces porque esa realidad y el aspecto legal no se reconoce y no se mira, yo entiendo que detrás de este concepto y este fallo, puede que haya otra serie de implicaciones que pueda generar una cantidad de controversias, no solamente por el señor CARLOS HUMBERTO CRUZ, sino por la cantidad de personas que hoy en día en el sistema masivo de transporte público de Bogotá están vinculados exactamente, confió honestamente que ese análisis no haya pesado en el despacho en el momento de la toma de esta determinación, pero aquí no estamos hablando de un grueso de una comunidad, estamos hablando de una caso particular y lo que usted dice señor juez es cierto el señor CARLOS HUMBERTO CRUZ es una persona con formación, y eso no es pecado, eso no puede hacerlo que por ser formado, que como tiene preparación, entonces la consecuencia es que por ser preparado, lo que usted hizo lo hace perder sus derechos, por el contrario, él es la única persona que siendo preparado, conocedora del andamiaje que eso levanta la mano y reclama, porque de ahí para abajo las otras personas no tendrían la misma preparación, ni el mismo conocimiento que tiene él, la preparación del señor CARLOS HUMBERTO CRUZ no pues ser argumento bajo el cual decirle como usted es una persona preparada pierde sus derechos, porque como así que es presidente o fue presidente o gerente suplente de la cooperativa y no se dio cuenta, el por el contrario mostró una capacidad de ejecución y de responsabilidad, no solamente el como funcionario frente a TRANSMILENIO, sino asumió la carga y responsabilidad de estar en la cooperativa y cumplió las labores que le correspondían como miembro de la cooperativa, y eso dice más bien que la responsabilidad del señor CRUZ, en otras condiciones no lo nombramos gerente y no lo quiso hacer, pero sí estuvo al tanto de eso porque es consciente que detrás de él hay un grupo humano, entonces su preparación no puede ser un obstáculo y una motivación para justificar cercenarse al señor CRUZ de sus derechos.

La remuneración aquí en teoría de donde sale el dinero pues del mismo recaudo, y ese recaudo de quien era TRANSMILENIO, por eso no se puede llamar engaños de que era un tercero o un privado metía el dinero allí y manejaba financieramente el dinero de TRANSMILENIO, a partir de ese manipulación financiero obtenía los ingresos, para ganarse, pagarse y pagar las responsabilidades, así no simplemente se pagaba, sobre el costo determinado por el volumen de función, y ese volumen de función ahí está el señor CRUZ, esa parte de esa estructura, entonces con el debido respeto, discrepo de la argumentación de su fallo, y solicitó con vehemencia al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral para que con fundamento en estas apreciaciones fundamentales, las cuales ampliarse de manera oportuna, ese fallo debe ser revocado y reconocerle al señor HUMBERTO CRUZ su condición de trabajador dedicado a la actividad desplegada por TRANSMILENIO, existe una prestación del servicio, eso es innegable, existe una remuneración pero yo no veo por donde bajo que némesis pueda uno llegar a la convicción de que ese servicio fue prestado para otra persona, uno acoge otros principios del derecho y lo ve

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 CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (cuaderno 2 folios 415-417), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas (folios 417-419), encaminadas principalmente a que se declare que entre este y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. existió un contrato de trabajo; que las sociedades ANGELCOM S.A., ADETEK en liquidación y la sociedad EQUIPO DE GESTIÓN HUMANA S.A.S son solidariamente responsables de las condenas que se llegaren a imponer y, en consecuencia, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de pensión sanción, dominicales, primas semestrales, otros ingresos periódicos, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO.**

Para resolver el Juez de primer grado definió como problema jurídico el de determinar si es procedente o no declarar que entre el demandante y la empresa TRANSMILENIO existió una verdadera relación laboral y si, en consecuencia hay lugar a las condenas solicitadas en el acápite de pretensiones de la demanda.

por ejemplo en el ámbito del derecho civil y se habla del poseedor se reputa dueño, que puede pensar un funcionario que está en las instalaciones de TRANSMILENIO, que se encuentra con los funcionarios de TRANSMILENIO, que están vigilantes a labor que hacen en donde él está trabajando, y voy más allá, será que TRANSMILENIO evade responsabilidad por los actos de uno de esos funcionarios frente a un tercero que lo haga en sus instalaciones, no porque hay un vínculo, y ese vínculo señor juez y honorables magistrados, es el que el señor juez hoy en su fallo se niega reconocer, y por tanto, en ese orden de ideas está llamado a ser corregido por el Honorable Tribunal y consecuentemente debe ser revocado, porque en esas circunstancias es el mismo estado que como política laboral habla del mejoramiento de las condiciones de un sector de la población, pero no puede ser lo mismo estado a través de una empresa pública que tiene el monopolio del transporte público en Bogotá, permite la tercerización de las labores, con el propósito claro de desconocer los derechos de los trabajadores, solo tiene presentación desde ningún punto de vista, ni con TRANSMILENIO entidad pública ni con cualquier otra entidad, entonces señor juez es usted muy amable y reitero y solicito al Honorable Tribunal que se sirva revocar esa determinación, muy gentil.

Luego de hacer un recuento de las tesis expuestas por los litigantes y de las pruebas recaudadas en el trámite procesal concluyó que: i) el demandante acreditó la prestación del servicio a favor de TRANSMILENIO S.A. ii) que TRANSMILENIO no ejerció actos de subordinación respecto a este iii) que era un trabajador asociado a la empresa ADETEK en virtud del convenio de asociación que esta suscribió con ANGELCOM S.A. iv) que TRANSMILENIO el 19 de abril de 2000 en calidad de concedente y ANGELCOM S.A. en calidad de concesionario celebraron un acuerdo de concesión cuyo objeto era *“la entrega en concesión de la explotación económica del sistema de recaudo del sistema TRANSMILENIO por el concepto de venta de servicio de transporte público a pasajeros sobre las troncales av. caracas, autopista norte y calle 80”*; v) que en virtud de dicho acuerdo de concesión TRANSMILENIO estaba facultada para realizar labores de supervisión e interventoría sin que de ello pueda inferirse que ejercía actos de subordinación sobre el actor; vi) que este fue miembro directivo de la cooperativa ADETEK y ejercía gestiones a nombre de la misma a fin de obtener el cumplimiento de metas de la cooperativa, por lo que concluyó que no podía alegar la presunta existencia de un vínculo laboral con TRANSMILENIO cuando ejercía de forma activa la calidad de trabajador asociado de ADETEK.

Hecho el recuento de los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así pues, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si el demandante i) en virtud del principio de primacía de la realidad, fue trabajador de TRANSMILENIO S.A., pese a haber suscrito un convenio de asociación con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, precisamente el distanciamiento entre el actor y TRANSMILENIO S.A. se presenta en ese sentido, pues el demandante afirma que, pese a celebrar un convenio de asociación con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, prestaba, efectivamente, sus servicios a TRANSMILENIO S.A., sociedad que en el escrito generatriz de la demanda se opone a lo pretendido alegando que el actor celebró un convenio asociativo con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK EN LIQUIDACIÓN y posteriormente, contrato de trabajo con la empresa EQUIPO DE GESTIÓN HUMANA S.A.S.

Así las cosas, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura es la forma como se ejecuta la prestación, pues prima la realidad *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*²

No obstante, aunque la doctrina y la jurisprudencia permiten examinar cómo se ejecutó la labor desarrollada por el actor, quien afirma haber prestado sus servicios para TRANSMILENIO S.A., lo cierto es que, para que pueda ser beneficiario de la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio frente a quienes se invoca el vínculo, por cuanto acreditado dicho aspecto se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, lo que hubiera implicado que aquellas tendrían que desvirtuar su existencia.

Para resolver y teniendo en cuenta que la defensa de TRANSMILENIO S.A. se centra en argumentar que el vínculo del demandante fue con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por el demandante (cuaderno 1 folio 18) debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo 25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que:

² Citado por Américo Pla Rodríguez “Los Principios del Derecho del Trabajo”, de. De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

“El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se realice”. A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas “...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado”.

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000³

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

“ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.

³ “Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado** y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incurso en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).

(...)"

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

“Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”. (Resalta la Sala)

Ahora bien, bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, en virtud de lo cual para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas es menester, el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas recaudadas y que pasan a valorarse.

El demandante aportó a folio 18 del cuaderno 1, convenio de asociación que suscribió con la CTA ADETEK el 31 de enero de 2003 cuyo objeto era vincular su trabajo personal como asociado y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria; dicha documental también fue aportada por ADETEK en el cuaderno 2 folio 746, junto con la solicitud de ingreso a la cooperativa suscrita por el actor (fl. 736), la aceptación de ingreso a la CTA (fl.737) y la constancia suscrita por el demandante donde manifestó conocer el contenido de los estatutos y el régimen de trabajo asociado, así como el manual de inducción de la CTA (fls. 740 y 741), dichos documentos no fueron tachados por las partes y en virtud de lo dispuesto en el art. 244 son considerados auténticos.

De dichos documentos no se puede establecer la prestación del servicio del actor en favor de TRANSMILENIO, de su texto solo se advierte que como trabajador asociado de la CTA ADETEK desempeñaría a partir del 01 de febrero de 2003 funciones como ASISTENTE OPERATIVO hecho que el actor ratifica con las documentales obrantes a folios 59-319, que corresponden a correos electrónicos, desprendibles de pago de compensaciones y memorandos, los cuales acreditan que el señor CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO en su calidad de asistente de dirección operativa de ADETEK desempeñaba labores de supervisión, gestión programación de la operación de recaudo que TRANSMILENIO otorgó en concesión a la empresa ANGELCOM (cuaderno 2 fl.166) quien a su vez suscribió un convenio cooperativo de gestión administrativa con ADETEK (cuaderno 2 fls. 669-671) cuyo objeto era:

“LA COOPERATIVA se obliga a prestarle a la empresa CONTRATANTE el servicio de apoyo administrativo y operativo de sus actividades de conformidad con el convenio que EL CONTRATANTE tiene actualmente vigente con TRANSMILENIO”.

Del material probatorio hasta aquí relacionado, es fácil advertir, que no existe probanza alguna que dé certeza de los elementos configurativos del contrato de trabajo que se predica en la demanda con TRANSMILENIO, esencialmente en lo que respecta a la subordinación, que en el caso en estudio, sería el que indiscutiblemente diferenciaría el contrato regido por el código laboral con el de cooperativismo, contrario sensu, se establece que: i) La CTA demandada es una cooperativa especializada, pues tal y como su nombre lo expresa, corresponde a una cooperativa que tiene como objeto principal:

“prestar servicios en el área de recaudo, mantenimiento de máquinas, que se requieran para la operación de recaudo y el manejo y distribución de tarjetas inteligentes para la venta en taquillas, servicios aquellos que podrán ser contratados con cualquier entidad pública o privada en el territorio nacional.”⁴

ii) Los servicios desarrollados por el gestor correspondían a labores propias de recaudo, labores que son precisamente las que están contempladas en los estatutos de la cooperativa convocada y en objeto social contenido en el certificado de existencia y representación. iii) el demandante desde un comienzo conocía la forma de vinculación, se sujetó a las reglas y estatutos de la cooperativa encartada, además, diligenció la

⁴ Cuaderno 1, folio 385 anverso.

solicitud de admisión de manera libre y voluntaria (fl. 736), se sometió al proceso establecido para su ingreso a la cooperativa, conoció los estatutos de la cooperativa (fls. 740 y 741), realizó cursos de cooperativismo, economía solidaria y trabajo asociado (fls. 742-745), participó en la elección de delegados a la asamblea e incluso hizo parte de la Junta Directiva como presidente y como miembro del comité educativo (fls. 588-668), hecho que aceptó en el interrogatorio de parte surtido ante la Juez de primer grado⁵ ; iii) La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ADETEK, le concedió las compensaciones ordinarias, suplementarias y por descanso a las que tenía derecho el demandante tal como se vislumbra con la documental aportada por el actor a folios 109-111, 133-151; 165-181; 270-275 y 282-287 del cuaderno 1; iv) La CTA encartada realizó las respectivas afiliaciones y cotizaciones al sistema general de seguridad social y a la caja de compensación (cuaderno 2 fls.775-788), situación que también fue confesada por el actor en el interrogatorio de parte.

Ahora en lo que tiene que ver con las pruebas recaudadas en audiencia por el a quo se tiene que el representante legal de la demandada -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, absolvió interrogatorio de parte⁶, el cual se concentró en ilustrar las características del convenio sostenido entre esta y ANGELCOM S.A.S., cuyo objeto era la prestación de servicios de procesos y subprocesos no misionales, para desarrollar labores operativas de recaudo.

Señaló que en virtud de dicho contrato ADETEK realizaba funciones operativas directas de recaudo, suministraba la organización operativa, la cual estaba integrada, entre otros, por la gerencia general, la dirección de gestión humana, los coordinadores generales y los coordinadores de zona. Igualmente, precisó que la CTA si determinaba unas jornadas de trabajo, las cuales eran necesarias en virtud del objeto del contrato comercial y que la infraestructura de las estaciones, taquillas y áreas de ingreso eran de propiedad del distrito, ya que ANGELCOM S.A.S., sólo se encargaba del funcionamiento y mantenimiento del software de la plataforma de recaudo, razón por la que, precisamente, contrató los servicios de la CTA y las directrices e indicaciones las daba a esta y no directamente a los trabajadores asociados.

⁵ Cuaderno 5, CD Folio 1003.

⁶ CD Folio 983, parte 2 minuto 00:01 y CD Folio 1003.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada ANGELCOM S.A.S.⁷, se logró determinar que dicha sociedad tiene por objeto social la prestación de servicios de tecnología y telecomunicaciones; en virtud de esas actividades señaló que TRANSMILENIO S.A. le adjudicó a ANGELCOM S.A.S. la concesión del sistema-plataforma tecnológica de recaudo correspondiente a la primera y segunda fase de TRANSMILENIO S.A., razón por la que prestaba el servicio de soporte y gestión del funcionamiento del referido sistema.

Ahora, en lo que respecta a -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, como quiera que ANGELCOM no presta servicios logísticos u operacionales y con el objeto de cumplir cabalmente el convenio que existía con TRANSMILENIO S.A., contrató los servicios con la CTA, para que se encargara del subproceso que implicaba actividades manuales y con personal calificado. Aclaró que los elementos de trabajo pertenecían a la concesión y específicamente al distrito de Bogotá, que en su momento su representada entregó directrices a la CTA para que ella fuera quien capacitara a sus trabajadores asociados, lo que implicaba, de igual forma, que los servidores de ANGELCOM S.A.S. no interactuaban o le daban órdenes al demandante, pues cualquier directriz, pauta, correctivo u observación se hacía directamente a la CTA, sin que tuviera injerencia en como esta las transmitía o exigía a sus asociados.

De estos medios de prueba, se infiere las circunstancias en las que se desarrolló la ejecución de los vínculos comerciales entre las tres llamadas a juicio y las indicaciones específicas sobre la estructura y funcionamiento de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN en la ejecución del contrato comercial con ANGELCOM S.A.S., pero no existe ningún tipo de confesión que favorezca los intereses del convocante a juicio.

De otra parte, el demandante al absolver su interrogatorio⁸, señaló que sus actividades tenían un orden prioritario que arrancaba con la planeación del sistema de recaudo teniendo en cuenta el contrato suscrito entre TRANSMILENIO y el concesionario ANGELCOM S.A., informó que debía reunirse todos los días en las mañanas con la persona encargada de la jefatura de operaciones de TRANSMILENIO y con los inspectores de las estaciones en el portal norte a fin de establecer metas y proyectos

⁷ CD Folio 983 minuto 21:15.

⁸ CD Folio 1003 minuto 32:39.

para atender contingencias diarias con base en instrucciones que el personal de TRANSMILENIO le daba; precisó que participaba en todos los procesos de gestión de la operación de recaudo desde la planeación, ejecución y rendición de cuentas.

Aceptó que se vinculó con ADETEK CTA. como trabajador asociado aduciendo que era la única forma con la que contaba para mantener su trabajo con TRANSMILENIO, sin embargo - como se anotó en precedencia- aceptó que conocía los estatutos y reglamentos de la CTA tanto así que dentro de la organización se desempeñó como presidente del consejo de administración de ADETEK, miembro del comité de educación, presidente de la asamblea general ordinaria de delegados, gerente general y representante legal encargado de ADETEK; precisó que recibía órdenes, directrices e instrucciones por parte de ADETEK y que dicha CTA era la que le reconocía las compensaciones, incluso confesó que las quejas respecto del valor de su remuneración y actividades laborales las presentaba directamente a las sociedades ADETEK y ANGELCOM.

Afirmaciones que ratifican su calidad de trabajador asociado de ADETEK y que no brindan insumo alguno del que pueda predicarse la existencia de una prestación del servicio subordinada para TRANSMILENIO.

Por otro lado el demandante solicitó la recepción de los testimonios de ANA LUCERO JUNCA, LUZ MYRIAM ROMERO y OLGA LUCERO GUARNIZO, los cuales se decretaron en audiencia celebrada el 07 de julio de 2020 (fls.984-986) y fueron recepcionados en audiencia del 28 de agosto de 2020.

La señora LUZ MYRIAM ROMERO⁹ indicó que trabajó con el señor HUMBERTO CRUZ a quien identificó como su jefe inmediato en TRANSMILENIO; que ingresó a prestar sus servicios para TRANSMILENIO el 15 de abril de 2010 mediante un contrato de trabajo que suscribió con ADETEK CTA; precisó que el señor HUMBERTO era el jefe de operaciones y era quien llegaba con los operadores de TRANSMILENIO, detalló que el demandante era quien recibía todas las observaciones por parte de TRANSMILENIO y este a su vez hacía la retroalimentación al personal que tenía a su cargo, quienes estaban vinculados con ADETEK.

⁹ Audiencia del 28 de agosto de 2020, CD folio 1006 y acta folios 1007-1008.

La testigo también afirmó que siempre participaban en las asambleas de ADETEK con el demandante, que cree que el señor HUMBERTO tenía un jefe pero no detalló quien era esa persona, sólo precisó que sabía que los funcionarios de TRANSMILENIO le hacían observaciones al demandante para que este a su vez las pusiera en conocimiento del personal que estaba vinculado con ADETEK.

De las manifestaciones expuestas no se puede colegir la existencia del algún indicio del que se pueda colegir con certeza que entre el demandante y TRANSMILENIO existió algún tipo de prestación del servicio subordinada, sólo se acredita las funciones que el señor HUMBERTO CRUZ desempeñaba como jefe operativo de ADETEK, específicamente la de coordinación del personal asignado por ADETEK a cada una de las estaciones de TRANSMILENIO.

De otro lado se tiene que ANA LUCERO JUNCO y MARTHA CECILIA REYES fueron objeto de tacha de sospecha¹⁰ por parte de los apoderados de las demandadas TRANSMILENIO y ADETEK la cual fue declarada probada por el Juez de primer grado¹¹ argumentando que las respuestas de las deponentes fueron evasivas y acomodaticias, concluyéndose de ello que las declarantes tienen un interés en las resultas del proceso; advierte esta instancia que dichos testimonios no pueden ser tenidos en cuenta máxime cuando este punto no fue objeto de apelación.

Ahora frente a la declaración de la testigo YASMINE SANCHEZ, quien se desempeñó como Gerente General y asociada de ADETEK desde el año 2002-2015, se advierte que coincide con la testigo LUZ MYRIAM ROMERO en afirmar que: i) el demandante se desempeñaba como Jefe Operativo; ii) que estuvo vinculado como trabajador asociado a la CTA ADETEK; iii) que en su calidad de jefe de operaciones representaba a la CTA ADETEK ante TRANSMILENIO; iv) que era el encargado de vigilar el efectivo cumplimiento de la operación de recaudo, especialmente de supervisar la labor de los taquilleros y coordinadores; v) que en la CTA ADETEK desempeñó cargos en la Junta Directiva.

¹⁰ CD folio 1006, acta folios 1007-1008.

¹¹ CD folio 1305, minuto 27:00.

Declaraciones estas que no fueron objeto de tacha, que esta instancia considera pertinentes y conducentes, pues sus respuestas fueron espontaneas y dan cuenta de las circunstancias en que se desarrollaba la labor operativa del personal de ADETEK en las estaciones de TRANSMILENIO e incluso compartieron de forma directa y habitual con el demandante por su calidad de miembros de la CTA hoy llamada a juicio.

Corolario a lo relacionado válido es concluir que en el presente caso en principio no se probó la existencia de una prestación del servicio en favor directamente de TRANSMILENIO, ahora en gracia de discusión, la presunción establecida en el art. 24 del CST quedaría desvirtuada, pues a juicio de esta sala de decisión del material probatorio recaudado, lo que surge con claridad es que los servicios prestados por el actor lo fueron en su calidad de trabajador asociado de la cooperativa, bajo la guía de esta y regida por los estatutos que gobiernan la actividad del ente cooperativo, forma de vinculación que conoció y aceptó desde un principio, ejerciendo de manera activa su rol de asociado.

Dadas las anteriores consideraciones se confirmará la decisión de primera instancia, en la medida que en este caso no se configuró la existencia de ningún contrato de trabajo y en consecuencia no hay lugar a estudiar las restantes pretensiones de la demanda.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

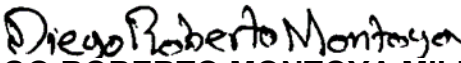
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

EXP. No. 04 2017 00481 02 CARLOS HUMBERTO CRUZ OSORIO CONTRA ANGELCOM S.A.; EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-TRANSMILENIO S.A.; COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK EN LIQUIDACIÓN y EQUIPO DE GESTIÓN HUMANA S.A.S. y como llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO.

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 MARTHA PATRICIA
RODRÍGUEZ COLLAZOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. Y
COLFONDOS S.A (RAD. 05 2019 00466 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 9 a 12) y las demandadas PORVENIR S.A (folios 3 a 8), y COLPENSIONES (folios 13 a 18), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 10 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 37:32, archivo “Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00466 00-20210810_141328-Grabación de la reunión”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“DECLARAR la nulidad de traslado de régimen privado (sic) al régimen de ahorro individual realizado por la señora MARTHA PATRICIA COLLAZOS a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar la historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a COLFONDOS de todas y cada una de las pretensiones de la demandada, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

CUARTO: SIN COSTAS en este proceso.

QUINTO: En caso de no ser apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de la demandante y COLPENSIONES, respectivamente, la apelaron.

Así, en primer lugar, la parte actora solicitó se ordene a SKANDIA S.A devolver, además de los aportes, los gastos de administración que no fueron mencionados, los cuales señala, hicieron parte de sus aportes.

Igualmente, respecto al reconocimiento de las costas, argumenta son una obligación dirigida a la parte vencida para el reintegro de los gastos procesales en los cuales tuvo que incurrir¹ (Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 38:38, archivo “Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00466 00-20210810_141328-Grabación de la reunión”, expediente digital)

A su turno COLPENSIONES, solicitó sea revocada la sentencia, advirtiendo, esa entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la actora de trasladarse y, pese a ello, se están afectando sus intereses, descapitalizando el fondo común y poniendo en riesgo las pensiones de las personas que durante toda su vida laboral han realizado aportes en el régimen de prima media.

¹ “Si su señoría muchas gracias, de manera respetuosa presento recurso de apelación contra la decisión del despacho en el sentido de ordenar la devolución, de ordenar a SKANDIA S.A la devolución además de los aportes, los gastos de administración que no fueron mencionados y que forman parte de todo lo que ha sido aportado por la trabajadora MARTHA PATRICIA.

Igualmente en el sentido del reconocimiento de las costas, las costas son pues una obligación procesal que está dirigida a la parte vencida para el reintegro de los gastos procesales en los cuales ha tenido que incurrir mi representada. En esos términos está sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias.”

De otro lado, expone, se declara la nulidad del traslado de régimen por falta del deber de información por parte de las AFP en su momento, no se logró probar que esta fuera clara, precisa y comprensible.

Apunta, ante el incumplimiento del deber de información deberían ser los fondos privados quienes asumieran el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y recuerda, no era su obligación documentar de manera veraz y oportuna a la demandante.

De ser confirmada la sentencia, pide se garantice el reintegro de la totalidad de las cotizaciones con los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, los rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración, con la finalidad de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Finalmente, ruega tener presente el principio de la relatividad jurídica, debido a que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico que celebro el actor y el fondo privado. De acuerdo a lo anterior, señala los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, por lo que independientemente de la decisión – COLPENSIONES- no puede ser ni favorecida ni perjudicada con el fallo² (*Audiencia*

² Si gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno me permito a interponer recurso de apelación ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, teniendo en cuenta lo ya sustentado en mis alegatos de conclusión al igual reiterando que mi representada no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la señora MARTHA PATRICIA en relación al traslado realizado y por parte de COLPENSIONES si se ha evidenciado que se estaría afectando los intereses, la descapitalización del fondo poniendo en riesgo pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral si ha realizado aportes bajo el régimen de prima media. Esto sustentado bajo la sentencia T489 del 2010.

Al igual Honorables Magistrados solicito con todo respeto se estudie a fondo lo indicado en el fallo de primera instancia teniendo en cuenta que se declara la nulidad del traslado de régimen por falta del deber de información por parte de las AFP en su momento, pues como se pudo probar la información no fue clara, precisa y comprensible al momento del asesoramiento de la demandante, se observa al igual que por parte de las AFP se falló al deber de oportunidad de asesorar a la actora de asesorar de la prohibición legal, pues toda vez que está en cabeza de estos fondos el brindar ese asesoramiento en relación a indagar a la parte actora la demandante, bajo que régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir con el límite de los 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Pues así las cosas deberían ser los fondos privados quien asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Al igual solicito se tenga en cuenta que pues mi representada está vinculada dentro del presente proceso de forma residual puesto que al declararse la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, tal efecto no puede ser indilgado a mi representada, máxime cuando a quien le asistía la obligación de brindar una información veraz y oportuna era a los fondos privado al momento de la suscripción del contrato de afiliación y no al Instituto de Seguros sociales hoy COLPENSIONES.

Al igual solicito señores magistrados de ser confirmada la sentencia, teniendo en cuenta que la responsabilidad profesional y directa en este caso las AFP, pues se ordene garantizar todo el reintegro y la totalidad de las cotizaciones con los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima,

virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 39:55, archivo “Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00466 00-20210810_141328-Grabación de la reunión”, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 7 y 8, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 7, ibídem), aspirando se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 31 de enero de 2000. En consecuencia se ordene a COLPENSIONES aceptar su retorno al RPM y a OLD MUTUAL devolver las cotizaciones, saldos, intereses y demás sumas existentes en su cuenta de ahorro individual. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPATRIA (hoy PORVENIR), disponiendo a SKANDIA S.A, como actual administradora a la que se encuentra afiliada, trasladar los valores de las cotizaciones efectuadas con los rendimientos, frutos, intereses con destino a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los aportes de la demandante y proceder a actualizar su historia laboral. Finalmente absolvió a la demás demandadas de las pretensiones. 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.

los rendimientos, bonos pensionales, los rendimientos y cuotas de administración, pues esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Por ultimo ruego se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico que celebro el actor y el fondo privado, y los actos jurídicos en principio tienen efectos Inter partes, por lo que independientemente de la decisión mi representada no podría favorecida ni perjudicada con dicha decisión. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando a los Honorables magistrados se revoque la totalidad del fallo de primera instancia. muchas gracias su señoría.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de octubre de 1959 (*página 110, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado, por primera vez, mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación al ISS el 24 de marzo de 2011 (*página 52, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital*) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional - tenía 51 años - y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 168,14 semanas entre las cotizadas al sistema y tiempos de servicio público que corresponden a 3,2 años (*páginas 45, 46 y 222 , archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, 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.

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”.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo informado por la actora en el escrito de la demanda⁴, esta labora actualmente en el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, situación que se corrobora con la certificación expedida por esa entidad (*página 22*), *archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital*) 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 **31 de enero de 2000** con fecha de efectividad a partir del **01 de marzo de 2000** (*páginas 414, 518 y 609, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLPATRIA, hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedida por ASOFONDOS y el formulario 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 voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

⁴Hecho tercero de la demanda, vinculada al Ministerio de Educación Nacional en el cargo Profesional Especializado (*página 4, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital*)

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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.

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

“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.

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 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 que los asesores le manifestaban que el ISS se iba a acabar, iba a tener una pensión mucho más alta que en el RPM, podría pensionarse de manera anticipada y solo conoció de la cuenta de ahorro individual posteriormente por medio de OLD MUTUAL.

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.) (Páginas 24 y 414, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, 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

⁷ Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 15:00, archivo “Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00466 00-20210810_141328-Grabación de la reunión”, expediente digital)

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 416 a 418, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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 –PORVENIR, antes COLPATRIA- 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, frente a la vigencia del deber de información, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el este subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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 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 PORVENIR (antes COLPATRIA), omitió en el momento del traslado de régimen (31 de enero de 2000, efectivo el 01 de marzo 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, no obstante, conforme lo visto, se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del

traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo jurisprudencia recién mencionada.

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 (páginas 518 y 609, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00466 00 F”, 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.

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 OLD MUTUAL como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente 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 con relación a los gastos de administración, el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad, 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 y los demás conceptos en aras de completar nuevamente el aporte.

Así, 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.”

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 estos dineros 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.**”*

Atendiendo tales consideraciones, y en virtud de la alzada propuesta por la actora y COLPENSIONES, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS, a trasladar al RPM, además de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, rendimientos frutos e intereses –si aún estuvieren en su poder-, lo deducido por gastos de administración, por el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, por garantía de pensión mínima y por el fondo de solidaridad, por el tiempo en que estuvo vigente la afiliación de la actora en dichos fondos, respectivamente.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la parte demandante, 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 que contiene el principio general según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las results del proceso, por lo que se revocará la sentencia de primer grado en cuanto absolvió de las costas para en su lugar condenar el pago de las mismas a cargo de las demandadas.

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 modificará y adicionará la decisión de primer grado en los términos expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido **ORDENAR** a SKANDIA S.A (antes OLD MUTUAL) devolver a COLPENSIONES, también, lo deducido por gastos de administración, por el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, por garantía de pensión mínima y por el fondo de solidaridad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia de primer grado y, en su lugar, **CONDENAR** a PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, lo deducido por gastos de administración, por el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, por garantía de pensión mínima y por el fondo de solidaridad, por el tiempo en que estuvo vigente la afiliación de la actora con dichos fondos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada y consultada y, en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE DIÓGENES CUBIDES CÁRDENAS CONTRA LUZ MILENA DÍAZ DEL VALLE, CLAUDIA STELLA DÍAZ DE VALLE, MARÍA VICTORIA DÍAZ DEL VALLE Y MÓNICA ALEXANDRA DÍAZ DEL VALLE (RAD. 06 2017 00343 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 294 a 303), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 29 de julio de 2021 (Cd folio 290, récord 16:54, acta a folio 289), en la que se resolvió:

*“**CONDENAR** a las accionadas LUZ MILENA, MARIA VICTORIA y MÓNICA ALEXANDRA DIAZ DEL VALLE a reconocer y pagar al demandante abogado JOSE LUIS CUBIDES CARDENAS la suma de \$2.231.151 pesos distribuidos en partes iguales entre las antes citadas y los intereses moratorios regulados por el artículo 1617 del Código Civil desde su exigibilidad en enero 20 de 2017 hasta cuando se produzca el pago de la obligación.*

***COSTAS** a cargo de la parte accionada del proceso señoras MARIA VICTORIA, LUZ MILENA, Y MONICA ALEXANDRA DIAZ DEL VALLE se fijan la suma de \$ 700.000 por concepto de agencias en derecho.”*

Inconforme con la decisión, el demandante la apeló, argumentando, la sentencia desconoce la labor efectuada desde el año 2004, cuando le fue

otorgado poder, hasta el 2016 cuando renunció al mismo, aun cuando demostró las actuaciones adelantadas en el proceso, no siendo posible desconocer el mandato conferido por las demandadas y sus calidades como herederas y cesionarias.

Anotó, además, en esta jurisdicción debe acreditarse que se trabajó *“más no de pronto mirar si hubo o no hubo de pronto una relación que si dio y está demostrada de manera implícita en la demanda”*, no siendo posible traer al cedente por haber este fallecido.

Insiste, debe retribuirse la labor realizada desde el 2004, pues no es razonable que por 10 años de trabajo le ordenen \$2.000.000, suma que, a su juicio, resulta *“irrisoria”* y *“no creíble”*¹ (Cd folio 290, récord 18:22, acta a folio 289).

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 dentro de este ordinario las

¹ *“Gracias su señoría, respecto a la decisión tomada por el despacho tengo que decir, de manera muy respetuosa que desconoce la labor presentada desde que se recibió el poder en el año 2004 hasta el año 2016 en que fue la renuncia no puede el despacho desconocer la labor presentada no necesita, acredito que trabaje que presente los recursos, que presente las actuaciones procesales está totalmente acreditados en el proceso y no puede el despacho entrar a desconocer por un acto que no es propio de la jurisdicción laboral los poderes otorgados y el poder otorgado que lo reconocen como herederas y cesionarias de los derechos me dan el pleno respaldo para aspirar a tener el pago de estos honorarios desde el año 2004. Es que en la jurisdicción laboral señora juez tiene que demostrar que se trabajó que se laboró más no de pronto mirar si hubo o no hubo, de pronto una relación que, si dio y está demostrada de manera implícita en la demanda y que, por haber muerto el señor, por haber cedido los derechos no puedo llamarlo como testimonio, pero está acreditado en el proceso señora juez que hemos laborado desde el año 2004 hasta el año 2016 en que presente mi renuncia. Por estas razones y para que se tenga en cuenta por el inmediato superior se presenta el recurso de apelación para que surta su efecto en la segunda instancia y se miren estas falencias que han dejado de ser calificadas por su despacho donde plenamente se demostró con la prueba documental porque no había otra prueba sino la documental que se laboró desde el año 2004 hasta el año 2016 no puede dejarse de un lado las actuaciones el trabajo que se dedicó desde el año 2004 los viajes que se tuvieron que hacer al distrito capital el trabajo que se hizo en el embargo y secuestro yendo a la finca todas esas labores desconocerlas es un trabajo que se presentó y acredito no necesita de pronto como lo discrimina el despacho lo deshecha por no tener un poder donde diga que se hicieron la cesión los derechos se hicieron pero no de las responsabilidades laborales pero está acreditado totalmente que debe reconocerse por la jurisdicción laboral que es su mayor, y la parte sustantiva de la jurisdicción laboral es reconocer al trabajador lo que ha trabajado y se está demostrado que hemos trabajado que se ha presentado que se ha hecho con lealtad, con ética todo el trabajo que se ha presentado para que por 10 años de trabajo me deben \$2.000.000 de pesos resulta no solo irrisorio sino no creíble esa decisión del despacho, en esos términos dejo sustentada la el recurso de apelación.”*

pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados de folios 2 a 4; solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios “*como apoderado de confianza*” por la labor adelantada en el proceso ejecutivo acumulado con radicado 1982 4439 que se tramitó ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, desde el 6 de octubre de 2004 hasta la fecha de la presentación de su renuncia, conforme a las situaciones fácticas descritas. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagarle la suma de \$120.000.000 correspondientes al 30% de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS, valor de la deuda al momento de su renuncia, junto con los intereses tasados por cada día de retardo, de la suma aprobada en la sentencia. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues si bien se declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios, lo fue solo con las demandadas LUZ MILENA, MARÍA VICTORIA Y MÓNICA ALEXANDRA DÍAZ DEL VALLE, no así respecto de CLAUDIA STELLA DÍAZ DE VALLE, por no encontrar poder alguno que le fuera otorgado por esta.

Adicionalmente, consideró, al no hallar prueba de la estipulación de honorarios debía procederse a su tasación en aplicación del acuerdo PSAA1610554 de 2016, pero por las actuaciones adelantadas como apoderado dentro del proceso ejecutivo entre 2011 –fecha de otorgamiento del poder por parte de las demandadas- y el 2016 –cuando renunció al mismo-, aclarando, la demanda no comprendió la eventual obligación que se afirma adquirió el progenitor de las accionadas DIAZ DEL VALLE con el abogado demandante, con quien se asevera celebró contrato de mandato en época anterior a la cesión de derechos litigiosos que efectuó a favor de sus descendientes, pues no se invocó su condición de herederas.

De tal manera, 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*).

En esa medida, no es objeto de discusión en esta instancia que entre el

abogado demandante y las señoras LUZ MILENA DÍAZ DEL VALLE, MARÍA VICTORIA DÍAZ DEL VALLE Y MÓNICA ALEXANDRA DÍAZ DEL VALLE, existió un contrato de mandato, en virtud del cual el primero fungió como apoderado de las últimas, como cesionarias de los derechos litigiosos cedidos por EFRAIN DIAZ GARZÓN, dentro del proceso ejecutivo radicado bajo el número 1982-4439 tramitado inicialmente ante el Juzgado 20 Civil del Circuito, conclusión a la que arribó la juez de primer grado frente a la cual no se presentó reparo alguno.

No obstante, a juicio del demandante, no debió la juez de primer grado limitar su gestión como profesional del derecho al servicio de las encartadas, entre el año 2011 –fecha de otorgamiento del poder- y el 2016 –data de la renuncia-, pues fungió como representante judicial del ejecutante, quien es a su vez el padre de las demandadas, desde el año 2004, y en esa medida, dice, deben tasarse sus honorarios teniendo en cuenta los más de 10 años que fue apoderado en el mentado proceso de ejecución.

En ese orden, el problema jurídico que corresponde a esta Sala solventar se circunscribe en establecer en primer lugar, si el contrato de mandato con las demandadas se ejecutó, en efecto, desde el año 2004 como lo alega el actor y, de ser ello así, si debe reajustarse el valor tasado por honorarios de acuerdo a las gestiones realizadas como apoderado judicial, desde esa fecha.

En esa orientación, se advierte, en el plenario se encuentra acreditado que mediante escrito radicado en el JUZGADO 20 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el 6 de octubre de 2004 (folio 10), el señor EFRAÍN DÍAZ otorgó poder al abogado JOSÉ DIÓGENES CUBIDES CÁRDENAS para que actuara como su apoderado en el proceso ejecutivo radicado 1982-4439 por él promovido contra JESÚS ANTONIO DÍAZ GARZÓN Y OTRO, lo continuara y llevara hasta su culminación. Mediante auto del 11 de octubre de ese mismo año, le fue reconocida personería para actuar en los términos y para los fines del poder allegado (folio 13).

Ahora, mediante documento calendado 12 de abril de 2011 (folio 7 8), de una parte, EFRAIN DÍAZ GARZÓN en calidad de cedente, y por otra, LUZ MILENA

DIAZ DEL VALLE, CLAUDIA STELLA DIAZ DEL VALLE, MARIA VISTORIA DIAZ DEL VALLE y MÓNICA ALEXANDRA DÍAZ DEL VALLE, celebraron contrato de cesión de derechos litigiosos, el cual se rigió por las siguientes estipulaciones:

“PRIMERO: Objeto. Que por medio de este instrumento el cedente transfiere a título de venta al las (sic) señoras antes mencionas (sic) como CESIONARIO los derechos que le correspondan o puedan corresponder en el proceso ejecutivo contra JESUS ANTONIO DIAZ GARZÓN, que se encuentra radicado en el JUZGADO VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE BOGOTA. Segundo. Existencia del derecho litigioso, El cedente no responde por el resultado del proceso. El cedente garantiza que el derecho litigioso objeto de la cesión surgió con la notificación de la demanda (sic) Tercero. Vinculación. Que el derecho del cual aquí se dispone recae sobre todos los bienes que conforman el litigio mencionado. Cuarto. Responsabilidad y obligaciones. El cedente responde al cesionario de la existencia del proceso y declara no haber enajenado antes el derecho objeto de la cesión. Quinto. Autorización. El comprador cesionario queda autorizado para solicitar que todas las declaraciones judiciales, y los títulos sean a su nombre. Sexta. Precio. Que esta cesión se realiza por la cantidad de doscientos millones de pesos, (\$200.000.000 de pesos) que el cesionario pague en el momento de la firma del presente contrato. Séptima.- En señal de conformidad las partes suscriben el presente documento en dos (2) ejemplares del mismo tenor, en Miami – Florida a los 12 días del mes de abril del año 2011”

Luego de dicha cesión, en septiembre de 2011, MARIA VICTORIA DIAZ DEL VALLE (folio 52), LUZ MILENA DÍAZ DEL VALLE (folio 53), MONICA ALEXANDRA DÍAZ DEL VALLE (folio 54), en calidad de cesionarias del crédito objeto de demanda, confieren poder especial al actor *“para que continúe como nuestro apoderado en el proceso de la referencia en los mismos términos y con las mismas facultades otorgadas por el cesionario EFRAIN DIAZ GARZÓN”*, mismos que fueron radicados en la sede judicial el 20 de octubre de 2011 (Folio 101). A partir de dicha fecha actúa en el proceso como apoderado de los cesionarios del crédito y del ejecutante (folios 31, 35, 36, 37, 39, 40 a 41, 42 a 43, 109, 111, 114, 120, 122, 123, 124, 126, 127 a 128, 145 a 146, 147, 149).

Como se ve, es cierto que el demandante funge como apoderado desde el año 2004 dentro del trámite ejecutivo 1982-4439, sin embargo, también lo es que el mandato fue inicialmente celebrado con persona distinta de las aquí ejecutadas, con quienes, como a bien tuvo considerarlo la juzgadora de primer grado, solo

nació el vínculo contractual en el año 2011 cuando inició a representarlas en ese mismo proceso, en calidad de cesionarias de los derechos litigiosos.

Al punto, aunque en sentir del promotor del juicio la cesión de derechos litigiosos obliga a las cesionarias por la gestión adelantada con anterioridad al otorgamiento de poder por parte de estas, es completamente claro que las partes suscriptoras de ese negocio jurídico no aludieron en modo alguno al contrato de mandato existente entre el cedente EFRAÍN DÍAZ GARZÓN y el convocante, ni menos aún a los honorarios derivados de su gestión, por lo que, en verdad, no existía ninguna estipulación acerca de la remuneración causada a su favor hasta esa fecha.

De hecho, según su clausulado, tal negocio jurídico tuvo por objeto el evento incierto de la litis.

Sobre ello además, memórese lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-1178 de 2001, en la que precisó que *“mientras el acto de apoderamiento es oponible a quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser res inter alios acta”*.

En ese sentido, para extender los efectos de la relación jurídica suscrita por el actor con EFRAÍN DÍAZ GARZÓN, en las que acordaron los términos de su gestión como apoderado dentro del plurimencionado proceso ejecutivo, a las cesionarias de los derechos litigiosos, esta debió haber sido también cedida.

Por otra parte, aunque a lo largo del juicio se ha sostenido que las demandadas son hijas de EFRAÍN DÍAZ GARZÓN, quien se advierte fallecido, lo cierto es que dicha calidad no se encuentra acreditada en el expediente, y aun si lo estuviera, como bien lo indicó la *a quo*, lo cierto es que la vinculación de estas a la litis no lo fue, en manera alguna, como herederas de dicho causante, a partir de lo cual pudiera analizarse la causación de honorarios atendiendo la relación

jurídica celebrada con este. Como tales situaciones no hicieron parte del debate, mal haría la Sala ahora resolver tal cuestión pues ello iría en vía del principio de congruencia.

Bajo tales consideraciones, aunque no se desconocen las gestiones adelantadas por el demandante desde el año 2004 en el trámite ejecutivo por el cual se ruega la tasación de honorarios, lo cierto es que lo ocurrido en calenda anterior al 2011, no derivó directamente de la vinculación sostenida con las aquí demandadas, de allí que no recaiga sobre estas, en los términos pedidos en la demanda, la obligación de satisfacer el pago de la remuneración a su favor.

Por último, no sobra advertir al abogado demandante, la etapa de alegaciones en esta instancia no es la oportunidad para introducir argumentos adicionales a la alzada –los cuales debieron ser expuestos ante el juez de primer grado al tenor del artículo 66 del C.P.T y la S.S-, aportar medios de prueba y menos aún, para variar las pretensiones del libelo introductor, de allí que no puedan acogerse favorablemente las solicitudes plasmadas en sus alegatos de conclusión (folios 294 a 296).

Acorde a las consideraciones que anteceden, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, procediendo a la conformación de la sentencia recurrida.

COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandante.

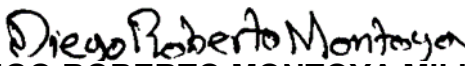
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

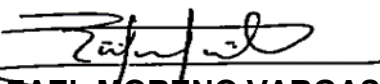
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 6 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS de la apelación a cargo de la parte 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, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RITA MABEL SALAZAR ROSAS CONTRA LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM- PAR CAPRECOM LIQUIDADO (RAD. 08 2016 00724 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, lapso durante el cual 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 del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2021 (Cd. fl. 121, récord 19:35, acta a folio 120), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO Administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A FIDUPREVISORA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora RITA MABEL SALAZAR ROJAS, en consideración a la parte motiva de la presente providencia.*

***SEGUNDO:** Sin condena en **COSTAS** en esta instancia ante su no causación.*

***TERCERO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de la parte actora, en caso de no ser apelada la misma se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se Surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor de la demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda (folios 5 a 6), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 2 a 5), solicitando, se declare que entre ella y la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de febrero de 2004 y el 31 de diciembre de 2013, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral junto con la sanción moratoria “*del art. 65 Del Código Sustantivo Del Trabajo*” por no haberse cancelado a la terminación del contrato las prestaciones debidas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar que, si bien era clara la prestación del servicio de la demandante a favor de CAPRECOM, no encontró elementos que, en suma, conllevaran a determinar la presencia de la subordinación. Así, dijo, la relación que ató a las partes no estuvo regida por un contrato de trabajo, ya que con las pruebas recaudadas no se logró establecer que las funciones para las cuales fue contratada la promotora del litigio, eran ejecutadas por esta bajo las órdenes de la pasiva, respecto a la forma o modo en que debía realizarse, ni elementos que permitan inferir la presencia de la subordinación, porque la documental sólo daba cuenta de la prestación del servicio y no de la subordinación.

Por tanto, concluyó, la demandante no logró desvirtuar la naturaleza de los contratos estatales y por ende el servicio no se prestó en virtud de una vinculación laboral.

En esa dirección ha de recordarse, tal como lo asentó la juez de primer grado, 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, debiendo agregar, al tenor de lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal de tal disposición, 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 las formas, principio que resulta predicable no solo de trabajadores particulares, sino también a los servidores del Estado.

Como punto de partida entonces, la Sala tendrá que analizar la naturaleza del vínculo que ató jurídicamente a las partes, toda vez en el expediente se hace constar la celebración de órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados entre la actora y CAPRECOM, en desarrollo de los cuales la demandante asegura, surgió un nexo laboral, lo que corresponde en esta oportunidad constatar.

Al respecto, téngase en cuenta, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto 165 de 1997, delimitó las posibles vías contractuales a través de las cuales el Estado puede atender sus fines constitucionales, y propender por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Bajo tal orientación, puede contratar la prestación, operación, administración y organización de un bien público o servicio de uso público, como la ejecución de una obra y el seguimiento de éstas a través de consultorías, junto con particulares y en sujeción a los denominados contratos estatales, para lo cual se resalta lo allí contenido así,

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> 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 celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán 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.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, señaló:

“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.”

Así, resulta completamente posible que las entidades de derecho público celebren contratos de prestación de servicios en aquellos casos en que la actividad de la administración no pueda ser ejecutada por personas vinculadas a ella o cuando se necesitan conocimientos especializados. Dichos contratos tienen las siguientes características: (i) autonomía técnica y científica del contratista, es decir, que cuente con libertad para realizar la gestión dentro del ámbito previamente estipulado, (ii) hace relación a una obligación de hacer conforme a las estipulaciones contractuales, (iii) su duración es por tiempo limitado y (iv) se perciben honorarios como contraprestación del servicio prestado.

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).

Con respecto a los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales y los elementos del mismo, la Ley 6ª de 1945 dispone,

“Artículo 1º. Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio 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 personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono.”

Asimismo, el Decreto 2127 de 1945 establece:

«Artículo 1º. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo, y bajo su continua dependencia, y éste último a pagar a aquel cierta remuneración.

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.

Artículo 3º. *Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.»*

Descendiendo al caso de autos, es menester constatar si en el sub lite se dan los presupuestos de una relación laboral, por cuanto la existencia o no de la misma resulta ser justamente la disyunción principal entre las partes.

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 1968¹, 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:

“(…) 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

¹ 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.

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; (...)”.

Precisado ello, advierte la Sala, RITA MABEL SALAZAR ROSAS suscribió diferentes vinculaciones jurídicas con CAPRECOM, desde el 4 de febrero de 2004, por medio de contratos y ordenes de prestación de servicios tal como se verifica de las certificaciones que militan a folios 35 a 46, 47, 48, 49 a 52, 53, 54 y 55.

Aunado a ello, en el plenario milita declaración rendida bajo juramento para fines extraprocesales, ante la Notaría 18 del Círculo de Cali el 31 de agosto de 2016, por ELVIRA MARIA BANGUERO OREJUELA (folio 32), en la que señala:

“Que conozco de vista, trato y comunicación directa desde hace 06 años, a la señora RITA MABEL SALAZAR ROSAS, identificada con C.C. NÚMERO 41.772.819, ya que vine trasladada de Bogotá a CAPRECOM – CALI y ella trabajaba en CAPRECOM CALI. Por lo tanto me consta que acudía todos los días cumpliendo con el horario laboral y con su trabajo como auditora médica, cumpliendo órdenes del gerente de quien dependía directamente”

Así mismo, declaración rendida por el 23 de agosto de 2016 por JULIETA EUGENIA ENRIQUEZ BEDOYA (folio 33) ante la Notaría 11 de Cali, quien manifestó:

“Declaro bajo la gravedad de juramento que conozco de vista, trato y comunicación a la señora RITA MABEL SALAZAR ROSAS identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.772.819 de Bogotá, dese hace 14 años y por este conocimiento se y me consta que desde el año 2004 ingreso (sic) a CAPRECOM territorial Valle en la Ciudad de Cali, desempeñando varios cargos con orden de prestación de servicios asistiendo diariamente a la empresa, cumpliendo horario laboral y siempre subordinada por el gerente que estuviere nombrado en el momento.”

En similares términos declaró MARIA ELENA MORENO UPEGUI (folio 34), quien ante el Notario 11 de Cali, indicó:

“Declaro bajo la gravedad del juramento que conozco de vista, trato y comunicación a la Doctora RITA MABEL SALAZAR ROSAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.772.819 expedida en BOGOTÁ, desde hace aproximadamente más de 14 años, por este conocimiento sé y me consta que ingresó a laborar desde el año 2004 bajo la modalidad de prestación de servicios a CAPRECOM TERRITORIAL VALLE DEL CAUCA en la ciudad de Cali, desempeñando varios cargos, cumpliendo horario laboral y siempre subordinada por el Gerente que estuviese nombrado en el momento, y me consta ya que fui funcionaria de dicha entidad desde septiembre 1 de 1988 hasta el 9 de mayo de 2016, en CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN”

Frente a tales legajos vale decir, para la Sala tienen pleno valor probatorio, no solo porque las declarantes se refieren a situaciones que les consta directamente por la cercanía con la demandante, sino que además, si bien al tenor del artículo 188 del C.G.P. requerían de ratificación en los términos del artículo 222² de ese mismo estatuto procesal, lo cierto es que la misma no fue solicitada por la pasiva dada la falta de contestación de la demanda.

Es más, atendiendo precisamente esta última circunstancia, esto es, la ausencia de pronunciamiento por parte del PAR CAPRECOM frente a los hechos y pretensiones que sustentan esta acción, procede la aplicación de la sanción prevista en el parágrafo 2 del artículo 31 del C.P.T, esto es, tener esta omisión como un indicio grave en su contra, coligiéndose en estas circunstancias y examinados en su conjunto los anteriores medios, la prestación personal de servicios, entronizándose la presunción legal, situación fáctica distinta a la que en otro momento analizó el Magistrado Ponente.

Así, atendiendo la ventaja probatoria prevista en el artículo 20³ del Decreto 2127 de 1945, acreditada como se encuentra la prestación del servicio en favor de CAPRECOM, y como quiera que la demandada no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la actora desarrolló sus funciones de manera autónoma e independiente, esto es, no se aportó ningún elemento de prueba dirigido a desvirtuar la subordinación –dada la falta de contestación del libelo

² **“ARTÍCULO 222. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO.** Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite” Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.”

³ **“Artículo 20.** El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.”

introducido por parte de esa entidad-, es claro que la verdadera relación jurídica que existió entre las partes contradice lo que informan las certificaciones de los contratos de prestación de servicios suscritos, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas, lo conlleva a concluir que la misma estuvo regida por una verdadera relación de trabajo.

En lo atinente a la presunción legal en comento, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL965 de 2021, puntualizó:

“(…)

1º) Sobre la presunción del contrato de trabajo

Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adoctrinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.

Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la providencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que, si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.

Como surge de la sentencia arriba transcrita, la presunción que consagra el mencionado precepto se puede desvirtuar, por manera que si la plataforma

probatoria, obrante en el proceso, demuestra que la relación que hubo entre los contendientes fue independiente o autónoma así habrá de declararse.

Allí también recordó la Corte que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han enseñado que la consecuencia que producen las presunciones legales, como la aquí debatida, es la de eliminar el hecho presumido de los presupuestos de hecho para que se produzcan los efectos jurídicos perseguidos por quien invoca a su favor la presunción, lo que, desde luego, impone a la otra parte la carga de probar el hecho contrario, o la inexistencia del hecho indicador, que da pie a la presunción. Por lo tanto, no tiene sentido que a quien la ley lo ha dispensado de la prueba de ese hecho, se le exija por parte del juez que lo acredite.

*En este orden de ideas, aflora patente que el fallador no incurrió en el dislate jurídico que le enrostra el recurrente, pues una vez encontró acreditada la prestación personal del servicio del actor activó la presunción explicada que, en puridad de verdad, el llamado a juicio no logró desvirtuar. Y como de antaño lo tiene ilustrado esta Corporación la sola presencia de los contratos de prestación de servicios no es suficiente para derruirla, como también lo pretende el impugnante.
(...)”*

No sobra aclarar, aunque la demandante fundó sus pretensiones en las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo relativas a la existencia del contrato de trabajo, esto es, artículos 22 y siguientes de dicho estatuto, que como se vio no son las predicables entratándose de trabajadores oficiales, no puede olvidarse que la escogencia de la norma que verdaderamente regula el asunto a juzgar, conforme al principio *iura novit curia*, corresponde al juzgador, quien es el conocedor del derecho, y el llamado a aplicar la preceptiva que regula la controversia, incluso si no ha sido la invocada por las partes y, siendo ello así, sin que con ello se trasgreda el principio de congruencia desde el plano eminentemente jurídico.

Con relación a este tópico, la Corte Suprema de Justicia en sentencia en decisión SL3209 de 2020, en la que reiteró la SL17741 de 2015, consideró:

“Sobre el tema planteado por la recurrente, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse. Así por ejemplo, en la providencia SL17741-2015, dijo la Corte:

[...] bien cabe recordar que la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso, pues en últimas, el juez debe fallar entre los límites de lo pedido y lo controvertido, y excepcionalmente, sobre materias que importan al interés general y

social por constituir bienes superiores como los son el trabajo, la familia, las relaciones de equidad, etc.

No empece, tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte --como los procesos del trabajo-- del llamado 'principio dispositivo', el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de lo que la doctrina denomina 'disponibilidad del derecho material', que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: 'Venite ad factum. Iura novit curiae', o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.

Esa la razón de ser para que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil expresamente indique que «la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse el demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)» (ídem artículo 281 C.G.P.), pues como se ve, allí no se hace mención a los fundamentos de derecho de la demanda sino al aspecto fáctico de la misma, de donde fácil es colegir que el elemento que identifica la causa de la pretensión del demandante no es la fundamentación jurídica del petitum sino la exposición de los hechos que al lado de la petición haga el demandante. Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial 'mihi factum, dabo tibi ius' (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230).

Lo anterior no quiere decir que la calificación jurídica alegada por el demandante no pueda resultar trascendente para efectos de delinear o identificar en ciertas ocasiones la naturaleza de la acción propuesta, como cuando se discute en el proceso laboral la relación jurídica material que unió a las partes, o cuando lo que se persigue por el actor no es la declaración del derecho sino su efectividad por reposar éste en un título ejecutivo, pues en los casos citados; como en los que es dable tener como presupuesto de la declaración o condena judicial la afirmación y determinación de particulares hechos exigidos para la creación, modificación o extinción de la relación material discutida, llamadas por alguna porción de la

doctrina como ‘pretensiones constitutivas’, a través de dicha calificación el juez avizora in límine tanto el procedimiento a seguir como el objeto del proceso.

En suma, la determinación del objeto del proceso se rige, por regla general, por el conjunto de los hechos jurídicamente relevantes que interesan al proceso o ‘causa petendi’ de la demanda, respecto de los cuales el juez está limitado no a su literalidad sino a su alegación por parte del demandante; en tanto, por excepción, dicha determinación lo está por aquellos hechos que la norma material exige como presupuestos esenciales para la creación, modificación o extinción de una situación jurídica y cuya titularidad indiscutida es de cargo del actor.

En sentido inverso, la calificación jurídica contenida en el petitum de la demanda, si bien puede ser relevante para la delimitación de la acción intentada, no desconoce el deber del juzgador de resolver la controversia con base, además del examen de las pruebas, en «los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen», tal cual lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que es tanto como decir que al juez compete resolver la controversia en conformidad con las normas que la regulan, a pesar de que no hayan sido citadas o acertadamente alegadas por las partes, por no estar el juzgador atado a éstas, sino, se repite, sólo a sus alegaciones fácticas.

Quedando definido que la congruencia de la sentencia judicial refiere es un desajuste claro e inequívoco entre lo pedido y lo concedido en el proceso desde el concepto de las alegaciones de hecho de la demanda con repercusión directa en la relación jurídica sustancial de las partes, lo cual, obviamente, violenta el derecho de éstas a la contradicción y a la defensa, conviene recordar que en los procesos del trabajo, por razón de la teleología tuitiva del proceso, el legislador ha previsto que no hay lugar al vicio procesal anunciado cuando quiera que el juez ordene el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condena al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. Tales facultades son las que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como extra y ultra petita, y que se hayan contempladas por el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

(...)”

En lo que tiene que ver con los extremos temporales y la solución de continuidad, de la prueba documental arrimada al expediente se constata la celebración de 18 contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios, ejecutados entre el 4 de febrero de 2004 y el 31 de diciembre de 2013, así:

Exp. No. 08 2016 00724 01 RITA MABEL SALAZAR ROSAS CONTRA LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - PAR CAPRECOM LIQUIDADO

No	CPS/OPS	INICIO	FIN	REMUNERACIÓN	FOLIO
1	00029 DEL 4 DE FEBRERO DE 2004	13/02/2004	12/04/2004	\$ 900.000,00	35
2	00123 DEL 19 DE MAYO DE 2004	21/05/2004	20/11/2004	\$ 1.800.000,00	36
3	0240 DEL 1 DE DICIEMBRE DE 2004	3/12/2004	18/04/2005	\$ 1.800.000,00	37
4	0057 DEL 28 DE MARZO DE 2005	28/03/2005	27/07/2005	\$ 1.800.000,00	48
5	00081 DEL 5 DE MAYO DE 2005	6/05/2005	26/09/2005	\$ 1.860.000,00	38
6	108 DEL 19 DE OCTUBRE DE 2005	19/10/2005	4/03/2006	\$ 1.832.444,44	55
7	40 DEL 1 DE MARZO DE 2006	1/03/2006	31/08/2006	\$ 2.400.000,00	44
8	00132 DE 24 DE AGOSTO DE 2006	1/09/2006	30/01/2007	\$ 2.400.000,00	39
9	001 DEL 2 DE ENERO DE 2007	2/01/2007	1/05/2007	\$ 2.500.000,00	40
10	00158 DEL 22 DE MAYO DE 2007	23/05/2007	30/03/2008	\$ 2.500.000,00	42
11	134 DEL 1 DE ABRIL DE 2008	1/04/2008	31/12/2008	\$ 2.642.250,00	43
12	675 DEL 29 DE OCTUBRE DE 2008	29/10/2008	28/04/2009	\$ 3.800.000,00	44
13	233 DEL 29 DE ABRIL DE 2009	29/04/2009	28/10/2009	\$ 3.800.000,00	44
14	459 DEL 29 DE OCTUBRE DE 2009	29/10/2009	28/01/2010	\$ 3.800.000,00	45
15	063 DEL 29 DE ENERO DE 2010	29/01/2010	31/03/2010	\$ 3.800.000,00	45
16	OR076-403 DEL 11 DE OCTUBRE DE 2012	11/10/2012	31/12/2012	\$ 4.989.646,67	45
17	OR76-061/13 DEL 10 DE ENERO DE 2013	10/01/2013	31/03/2013	\$ 4.989.645,56	46
18	OR76-207/13 DEL 1 DE ABRIL DE 2013	1/04/2013	31/12/2013	\$ 4.490.682,00	46

Sin embargo, de lo anterior no es posible establecer la continuidad del contrato, como quiera que aparecen documentadas varias interrupciones, así:

- Del 12 de abril de 2004 al 21 de mayo de 2004 (39 días)
- Del 20 de noviembre de 2004 al 3 de diciembre de 2004 (13 días)
- Del 26 de septiembre de 2005 al 19 de octubre de 2005 (23 días)
- Del 1 de mayo de 2007 al 23 de mayo de 2007 (22 días)
- Del 31 de marzo de 2010 al 11 de octubre de 2012 (911 días).
- Del 31 de diciembre de 2012 al 10 de enero de 2013 (10 días).

En ese sentido, si bien algunas de ellas no superan los 30 días, siendo estos insuficientes para tener por interrumpida la relación laboral, no ocurre lo mismo con aquellas comprendidas entre el 12 de abril de 2004 y el 21 de mayo de 2004; y del 31 de marzo de 2010 al 11 de octubre de 2012, que debido a su duración

constituyen solución de continuidad entre la terminación de un vínculo y el surgimiento del otro.

Bajo tal estructura, y atendiendo lo acreditado en el expediente, habrá de declararse la existencia de tres contratos de trabajo así:

- i) Del 13 de febrero de 2004 al 12 de abril de 2004.
- ii) Del 21 de mayo de 2004 al 31 de marzo de 2010.
- iii) Del 11 de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2013.

Por lo anterior, y al no haberse podido concluir que, en efecto, existió un sólo contrato de trabajo como se aspiraba en la demanda, dado el incumplimiento de la carga probatoria que le incumbía a la actora al tenor del artículo 167 del C.G.P, sino que en la realidad hubo labores en virtud de varios vínculos contractuales, 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 que fue demostrada dentro del presente asunto.

Ello, siguiendo esta Corporación el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, que desde la sentencia con radicación 27371 del 19 de octubre de 2006, reiterada entre otras en la SL 14208 del 2017⁴ y la SL 1674 del 2019⁵, determinó

⁴ “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

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 **11 de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2013**.

Determinada entonces la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, abordará la Sala el estudio de la procedencia de las pretensiones condenatorias peticionadas en el libelo introductor, advirtiendo que ante la ausencia de contestación por parte del PAR CAPRECOM, no existen excepciones que analizar en este asunto.

Así, y previo a ello, en lo que toca al salario a tener en cuenta, se remite la Sala al valor de las ordenes de servicios antes referenciadas, obteniendo para el 2012 una remuneración de **\$4.989.646,67** y para el 2013 de **\$4.615.423,17**.

AÑO	MES	REMUNERACIÓN	PROMEDIO
2012	octubre	\$ 4.989.646,67	\$ 4.989.646,67
	noviembre	\$ 4.989.646,67	
	diciembre	\$ 4.989.646,67	
2013	enero	\$ 4.989.646,67	\$ 4.615.423,17
	febrero	\$ 4.989.646,67	
	marzo	\$ 4.989.646,67	
	abril	\$ 4.490.682,00	
	mayo	\$ 4.490.682,00	

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.”

⁵ “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).

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”.

junio	\$ 4.490.682,00
julio	\$ 4.490.682,00
agosto	\$ 4.490.682,00
septiembre	\$ 4.490.682,00
octubre	\$ 4.490.682,00
noviembre	\$ 4.490.682,00
diciembre	\$ 4.490.682,00

Precisado lo precedente, en lo que toca a las **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 2015⁶), 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 **\$5.738.093,67**.

Año	Días Laborados	Salario	Cesantías
2012	81	\$ 4.989.646,67	\$ 1.122.670,50
2013	360	\$ 4.615.423,17	\$ 4.615.423,17
TOTAL			\$ 5.738.093,67

De otra parte, frente a la pretensión de **intereses a las cesantías**, para abstenerse de imponer el pago de las mismas, baste con señalar que la ley no las prevé como prestaciones a favor de los trabajadores oficiales, de suerte que se descarta el derecho a su pago.

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

⁶ “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. 6°/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.”

de mayo 17 de 2004, Rad. 22357), por consiguiente se absuelve por esta reclamación”.

Igual situación ocurre con la **prima de servicios**, que en tratándose de trabajadores oficiales no existe norma que consagre el reconocimiento de la misma, pues la prevista en el artículo 58 Decreto 1042 de 1978 prevé el reconocimiento únicamente para los empleados públicos del orden nacional, no así para servidores de la naturaleza que ostentó la demandante, por lo que no se impondrá condena por este concepto.

Frente a la **compensación en dinero de las vacaciones**, que es lo que se ajusta a los pedimentos de la convocante, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute, razón por la cual se procederá a imponer su pago, en los términos establecidos en el Decreto 1848 de 1969 artículo 43⁷.

De este modo se obtiene una suma de **\$2.869.046,83**.

Año	Días Laborados	Último Salario	Días a reconocer	Compensación Vacaciones
2012	81	\$ 4.989.646,67	3,375	\$ 561.335,25
2013	360	\$ 4.615.423,17	15	\$ 2.307.711,58
TOTAL				\$ 2.869.046,83

Respecto de la **indemnización moratoria**, tratándose de trabajadores oficiales, esta se encuentra establecida en el Decreto 797 de 1949 y no en el artículo 65 del C.S.T como se consignó en la demanda, 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

⁷ Artículo 43º.- 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

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 1990⁸.

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 las verdaderas relaciones de trabajo, por lo que no se puede entender que la accionada actuó de buena fe.

De esta manera, habrá de condenarse al pago de esta indemnización, 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 y SL2584-2019⁹, 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.”*

⁸“(…) 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)”.

⁹ *“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.”*

En este orden de ideas, como el contrato de trabajo de la promotora del litigio finalizó 31 de diciembre de 2013, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente (1 de enero de 2014), día a día. Razón por la cual se ha de condenar al pago de \$153.847,44 diarios (\$ 4.615.423,17 -último salario mensual-) a partir del **1 de abril de 2014**, 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 la nueva postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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 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.

Así las cosas, la deuda por indemnización moratoria corresponde a **\$156.308.997,91**.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Fecha inicial después de 90 días calendario	Fecha final	No. Días	último Salario	Salario diario	Total
1/04/2014	27/01/2017	1016	\$ 4.615.423,17	\$ 153.847,44	\$ 156.308.997,91

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, procediendo revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar la existencia de tres contratos de trabajo entre las partes, e imponer el pago de cesantías, compensación de vacaciones e indemnización moratoria del último contrato, conforme a las consideraciones atrás expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO 8 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 que entre RITA MABEL SALAZAR ROJAS y la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM, en su condición de empleador, existieron TRES contratos de trabajo a término indefinido así:

- i) Del 13 de febrero de 2004 al 12 de abril de 2004.
- ii) Del 21 de mayo de 2004 al 31 de marzo de 2010.

iii) Del 11 de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2013.

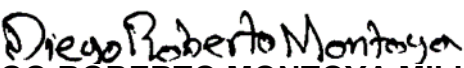
SEGUNDO: CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM LIQUIDADA – PAR CAPRECOM, a pagar a favor de RITA MABEL SALAZAR ROSAS, las siguientes sumas y conceptos, por el último contrato de trabajo declarado, así:

a. Cesantías	\$ 5.738.093,67
b. Compensación de Vacaciones	\$ 2.869.046,83
c. Indemnización moratoria	\$ 156.308.997,91

TERECERO: ABSOLVER a la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM LIQUIDADA – PAR CAPRECOM, de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la demandada.

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 BIBIANA LIZGARDEN VARGAS GUTIERREZ CONTRA LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM- PAR CAPRECOM LIQUIDADO (RAD. 12 2019 00089 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia de manera oportuna, únicamente por la parte demandada (folios 265 a 268) y posteriormente por la parte demandante (Folios 270 a 273), 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 las partes, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2021 (Cd. fl. 259, récord 43:17, audio 2, acta a folio 260 a 261), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de contrato de trabajo entre BIBIANA LIZGARDEN VARGAS GUTIÉRREZ y LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM E.I.C.E hoy liquidada, entre el 15 de junio del 2012 y el 31 de enero del 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PAR CAPRECOM liquidada cuyo vocero y representante es Fiduciaria la Previsora a pagar a favor de la demandante BIBIANA LIZGARDEN VARGAS GUTIÉRREZ los siguientes conceptos:

- 1. Por cesantías: \$5.697.465, 97*
- 2. \$5.696465, 97 por concepto de prima de navidad*

3. \$2.688.823,50 por concepto de vacaciones
4. Por concepto de sanción moratoria del artículo primero del Decreto Ley 797 del 1949 \$16.192.692,63 desde el 01 de mayo del 2016 hasta el 27 de enero del año 2017, fecha de culminación del periodo liquidatorio de CAPRECOM señalado en el decreto 2142 del 28 de diciembre de 1976.

TERCERO: CONDENAR al PAR CAPRECOM liquidado, cuyo vocero y representante es Fiduciaria la Previsora, a la devolución de aportes en materia de seguridad social del periodo agosto del 2014 hasta enero del 2016 únicamente en el 75% que corresponde al porcentaje del empleador.

CUARTO: ABSOLVER al PAR CAPRECOM liquidado cuyo vocero y representante es Fiduciaria la Previsora de las demás súplicas de la demanda conforme lo expuesto la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada, salvo en lo que tiene que ver con la prescripción o inexistencia del derecho y la obligación respecto de acreencias causadas con anterioridad al 15 de junio del año 2012.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO cuyo vocero y representante es Fiduciaria la Previsora, señalándose como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 de pesos.”

En sentencia complementaria, y por solicitud del representante judicial del demandante, el Juzgado dispuso el pago debidamente indexado de las sumas respecto de las cuales no procede la sanción moratoria¹.

Inconforme con la decisión, las partes, tanto demandante como demandada, la apelaron.

En primer lugar, el convocante, considera, el juzgador incurrió en un error de derecho al negar la aplicación de la convención colectiva de trabajo a su favor y particularmente, abstenerse de condenar por los emolumentos discriminados en el escrito introductor derivados de dicho acuerdo, pues, en su sentir, a ello debió proceder al tenor del artículo 471 del C.S.T., en concordancia con el artículo 20 del acuerdo convencional, debido a que el sindicato abarcaba más de las dos terceras partes de los trabajadores de CAPRECOM.

¹ “**Apoderado demandante (45.28):** Muchas gracias doctor Leonardo señor juez rogamos a su despacho que se profiera una sentencia complementaria en la medida en que consideramos que se resta un pronunciamiento la pretensión de la indexación de aquellas sumas y conceptos que sean susceptibles de la actualización y en este caso tendríamos la misma indemnización moratoria, las vacaciones y los aportes.

Juez (46.07): En ese sentido frente a los ordinales segundo y tercero de la sentencia se adicionará y teniendo en cuenta precedente previo en materia de seguridad social y derecho laboral que estaría el fenómeno de indexación oficiosa la sentencia SL 359 del año 2021, entonces en el numeral segundo en los siguientes conceptos se adicionará debidamente indexados y en el tercero después del porcentaje del empleador debidamente indexados esa sería la sentencia complementaria”

Por otro lado, indica, debió ordenarse la prima de vacaciones ya que el derecho a percibirla se encuentra incorporado en el marco normativo que regula la actividad de los trabajadores oficiales, aunado a que esta prestación está contenida en la convención colectiva de trabajo.

Con relación a la indemnización por despido sin justa causa, discurre, atendiendo el principio de primacía de la realidad sobre las formas que fuere aplicado para dar solución a la existencia del contrato de trabajo, debe partirse de la base que no se está en presencia de una multiplicidad de contratos de prestación de servicios independiente y autónomos, siendo por tanto un error considerar que el 31 de enero de 2016 era la fecha en que finiquitaba la última contratación, por el contrario, teniendo en cuenta la fecha de vinculación declarada y el plazo presuntivo, debe considerarse que el contrato “*estuvo vigente hasta el 19 de diciembre de 2016*” siendo era la realidad material que pide se tenga en cuenta.

Por último, pide se revisen las operaciones aritméticas efectuadas por el *a quo*, teniendo en cuenta los salarios, la normatividad y los tiempos, ya que, a su juicio, se obtuvieron valores inferiores a los que realmente tiene derecho² (Cd. fl. 259, récord 46:45, audio 2, acta a folio 260 a 261).

² “Muchas gracias señor su señoría, de conformidad con lo establecido en el artículo 66ª del Código Procesal del Trabajo y la seguridad social interponemos el recurso de apelación en forma parcial frente a los puntos que a continuación señalaremos y sustentaremos ante el tribunal Superior de Bogotá. Bueno recaería la apelación sobre el numeral cuarto de la parte resolutive que ordenó absolver a CAPRECOM o Par CAPRECOM de las demás pretensiones de la demanda, respecto de las pretensiones por derecho reconocidos en la convención colectiva que en forma explícita se encuentran en el poder y en las pretensiones declarativas y condenatoria y que a su vez se encuentran integradas en el acuerdo convencional, consideramos que el juez *a quo* ha incurrido en un error de derecho en la interpretación del artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo en consonancia con la interpretación del artículo 20 de la convención colectiva de trabajo en donde la primera determina que las convenciones colectivas suscritas entre los trabajadores y las empresas que comporte a más de tres cuartas partes de los trabajadores se hacen extensivas a la totalidad de los que no se encontraren dentro de la organización sindical y el error de derecho, pues claro al interpretarse esa norma no se observó la convención colectiva que se trajo al proceso y que no permite ninguna duda de que todos los trabajadores oficiales de CAPRECOM Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen derecho al reconocimiento y pago de todas la prebendas de la convención colectiva de trabajo, más si se tiene en cuenta que la parte actora cumplió con traer la convención colectiva, demostrar su vigencia, demostrar la constancia de depósito, demostrar que la trabajadora fue una trabajadora oficial y contrario sensu no existe ninguna otra obligación a más de esta por eso rogamos al juez a quem que se revoque esta absolución y en su lugar se reconozcan cada una de las pretensiones fijadas en la convención colectiva.

El segundo punto tiene que ver con la absolución de la prima de vacaciones, derecho que se encuentra incorporado en nuestro marco normativo en favor de los trabajadores oficiales, aunado a que también se encontraba vigente dentro de la convención colectiva de trabajo.

*El tercer punto de nuestra apelación tiene que ver con la absolución de CAPRECOM Empresa Industrial Comercial del estado por la indemnización por despido sin justa causa, por cuanto consideramos que el juez *a quo* ha incurrido en un error de derecho en la interpretación de la norma y de la jurisprudencia, como vamos a señalarlo a continuación: Nosotros lo habíamos rogado y así lo concedió el despacho al tener en*

A su turno, el PAR CAPRECOM, inicialmente, pidió se revoque la sentencia, advirtiendo, esa entidad en virtud de lo regulado en la Ley 80 de 1993 contrató personal inexistente al interior de la misma, tal como se verifica de los documentos que soportan la vinculación, por lo que las funciones desarrolladas por la demandante se circunscribieron al objeto contractual suscrito de manera libre y voluntaria por la actora. Adicionalmente, señala, ningún elemento de prueba denota la existencia de subordinación alguna, pues los correos electrónicos dan cuenta de la dirección o control que ejercía el contratante y que es permitida en el marco de la supervisión y las declaraciones de los deponentes fueron genéricos y parcializados, especialmente el de PILAR GÓMEZ, el cual considera no fue valorado adecuadamente y de JENNY ELIZABETH PÉREZ que estimó contradictorio si se contrasta con la documental por ella suscrita como supervisora del contrato de la demandante.

De otra parte, pide se revisen los valores de las acreencias condenadas, esto es, las cesantías, prima de navidad, de servicios y vacaciones, y se liquiden atendiendo la prescripción declarada por el juzgador de primer grado.

En lo que toca a la sanción moratoria, estima, no había lugar a ordenar su pago ya que, si bien los contratos regidos por la Ley 80 no constituían una razón válida para tener por acreditada la buena fe de su parte, no se tuvo en cuenta el proceso

cuenta la primacía de la realidad sobre las meras formas y que en esta medida se tendría que considerar entonces no la existencia de una multiplicidad de contratos de prestación de servicios independientes y autónomos cada uno con la fecha de inicio y terminación, sino que por el contrario en pro de la realidad material tendría que declararse la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido como lo tendría cualquier trabajador oficial de CAPRECOM si hubiera estado vinculado por planta, por tal motivo es un error considerar que el 31 de enero del 2016 era la fecha en la que terminaba el último contrato de prestación de servicios porque ello no tiene ningún sustento en la hermenéutica realizada al inicio de la sentencia, por el contrario si se consideró que el primer contrato de trabajo tenía en su iniciativa el 18 de junio del 2012 el plazo presuntivo nos llevaba al 16 de diciembre del 2012 para de allí saltar al 19 de junio del 2013 al 19 de diciembre del 2013, al 19 de junio del 2014, al 19 de diciembre del 2014, al 19 de enero del 2015, al 19 de diciembre del 2015 y como la trabajadora continuo prestando sus servicios se podría concluir que su contrato estuvo vigente hasta el 19 de diciembre del 2016, esa es la realidad material que se ruega al juez ad quem que se tenga en cuenta y en esa medida entonces si hay lugar a reconocer la indemnización por despido sin justa causa que si bien es legal no es justa por los días que restaron para la prestación del servicio entre el 01 de febrero del año 2016 y el 19 de junio del año 2016 y por ello entonces rogamus al juez a quem que se acceda al reconocimiento y pago de esta condena.

En cuarto punto de nuestra apelación tiene que ver con la revisión de las operaciones matemáticas realizadas por el juez de primera instancia, partiendo de los salarios, de los tiempos y la normatividad en la medida en que obviamente a resultado valores inferiores a los que realmente se tiene derecho en la presente causa, de esta forma señor juez limitamos nuestro recurso de apelación y agradecemos todo."

liquidatorio ordenado mediante Decreto 2519 de 2015, que la imposibilitó a efectuar pagos, y por ende, no existió mala fe.

En todo caso, dice, de confirmarse la decisión de primer grado, debe mantenerse el límite fijado por el *a quo*.

Por último, sostiene, debe absolverse de la devolución de aportes que fuera ordenada por cuanto no se demostraron los mismos y los del régimen de salud son una prestación asistencial que corresponde al sistema³ (Cd. folio 259, récord 53:55, audio 2, acta a folio 260 a 261).

³ “Gracias señor juez, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por este despacho contra el artículo primero que declaro la existencia del contrato de trabajo realidad entre las fechas 15 de junio del 2012-31 de enero del 2016, solicitando que se confirme lo dicho sobre la prescripción que se verifique la fecha de reclamación administrativa presentada. Solicitamos que se revoque teniendo en cuenta que si bien nos podemos apartar del digamos el buen resumen realizado sobre las normas que atañen a la existencia de un contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, no nos podemos apartar que la extinta CAPRECOM con base en la Ley 80 de 1993 artículo 32 como fue mencionado en el fallo realizó la contratación por la inexistencia de personal, en todos los criterios expuestos en el fallo de los cuales como mencione anteriormente pues no nos podemos apartar donde se verifican criterios como la habitualidad, la excepcionalidad, la funcionabilidad, la igualdad, las actividades que realizaban si era de giro ordinario o no de las funciones o de la entidad pues nosotros tenemos que apartarnos de la decisión tomada por el despacho teniendo en cuenta que de todo el análisis de prueba realizado documental y testimonial pues es claro que las actividades que realizaba se encuentra dentro de las funciones o del objeto contractual que la señora Bibiana digamos que suscribió de forma libre y voluntaria con la extinta CAPRECOM, ninguna de las funciones de los correo electrónicos denota la subordinación que se estudió en el fallo y teniendo en cuenta el exhaustivo análisis que se hizo, pues llegó a esa conclusión el despacho, nosotros nos tenemos que apartar porque entendemos que no hay ninguna prueba de la subordinación presentada, esos documentos que se presentaron, los correos electrónicos pues nos llevan a inferir claramente que es una dirección o control que ha permitido dentro de la contratación realizada la supervisión del contrato, entonces documentalmente tenemos como resumen que existen y como se mencionó en los alegatos que existen los memorandos internos donde justifican la inexistencia de personal de planta, tenemos la documentación de los contratos de servicios donde figuran todas las actividades que realizaba la señora Bibiana, tenemos los documentos atinentes a la supervisión del contrato donde nos informa las actividades que ella realizaba suscritos por un supervisor, toda esta documentación lo que nos lleva a deducir claramente es que no existe prueba de la subordinación alegada por la parte demandante.

Si entramos a validar los testimonios presentados la primera testigo la señora Claudia pues nos brinda una declaración muy general sobre las funciones o actividades que realizaba la señora Bibiana lo cual nos indica que no se está dando luces sobre la subordinación que concluyó el despacho, asimismo a partir del segundo testimonio pues no se le puede dar credibilidad al mismo, los testimonios les puede dar credibilidad se encuentran afectados o avizorados de que no existió espontaneidad en la segunda declaración de la señora Pilar Gómez. Se puede establecer claramente que la Señora Pilar Gómez y contrario a lo que se dijo en el fallo o en la sentencia que se acaba dictar mencionó que era trabajadora oficial pero no que cumplía las mismas funciones que la señora Bibiana, si bien como las funciones eran diferentes pues no se puede predicar que la señora Pilar Gómez quien era funcionaria o trabajadora oficial de CAPRECOM se puede llegar a la conclusión que llegó el despacho que la señora Bibiana había personal de planta que podía también atender funciones o que realizara las mismas funciones digamos que entronizando ese giro ordinario que tenía la extinta entidad, entonces lo cierto es que de esa declaración lo que pudo haber escuchado es si se verifica correctamente el audio de los testimonios, de esa declaración de la segunda testigo lo que se está viendo es que se repite la misma declaración del primer testigo. Con respecto a la tercera la señora Jenny Elizabeth Pérez quien menciona que era jefe de la señora BIBIANA LIZGARDEN que se le preguntó sobre si conocía quien era el supervisor del contrato y si conocía el tipo de contratación que tenía y de forma contradictoria a pesar de que obra en el expediente administrativo que ella era la Supervisora del contrato, que ella era la que firmaba los informes de ejecución que presentó la señora Bibiana, pues a pesar de eso niega tener conocimiento de esa supervisión y menciona que actuaba como jefe.

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 ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda y su reforma (folios 204 a 206 y 248 a 251), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 206 a 209), solicitando, principalmente, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1 de abril de 2009 y el 31 de enero de 2016, y en subsidio que fueron dos, así: i) entre el 1 de abril de 2009 y el 12 de abril de 2012 y ii) del 15 de junio de 2012 al 31 de enero de 2016. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor, las prestaciones legales y extralegales, así como las vacaciones, causadas en vigencia de la relación laboral, junto con el reembolso de los dineros pagados por concepto de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, la indemnización moratoria, la sanción por

De la valoración global de los tres testimonios esta parte puede concluir tres cosas: Inicialmente que no obra prueba de Subordinación, puesto que lo que se narra actividades que estaban dispuestas y no estaban incluidas en los objetos contractuales que suscribió la señora Bibiana. Segundo que las tres declaraciones la primera y segunda declaración pues son consistentes pero no dan credibilidad ni certeza en lo que se está mencionando y tercero que no puede ser como tal prueba tener en cuenta para demostrar la subordinación a la cual llegó el despacho, después del análisis jurisprudencial que ha realizado de forma muy clara y contundente, digamos.

Con respecto al artículo segundo del fallo solicitamos que pues de igual forma se verifique los valores o las prestaciones condenadas referentes a las cesantías, primas de navidad, prima de servicios, vacaciones la misma se solicita a los honorables magistrados pues se verifiquen y se liquiden conforme la prescripción que ya fue condenada o fue declarada en esta fallo dentro del artículo cuarto.

Con respecto a la sanción moratoria solicito al despacho y en vista de los mismos argumentos presentados para el artículo primero se absuelva a la extinta CAPRECOM, toda vez que si nos encontramos frente a una causa por la cual el despacho pues no debía condenar esta sanción moratoria, en sentencia 2017-217 del tribunal superior de Bogotá sala laboral magistrado ponente Hugo Alexander Ríos Garay, pues llegó a la conclusión de que si bien los contratos regidos por la ley 80 de 1993 no constituían una razón válida en todo sentido para declarar que una buena fe de la demandada, pues también nótese que nos dicen que la existencia de un proceso liquidatorio y la presencia de la liquidación de una entidad la cual fue mediante el decreto 2519 del 2015, mencionado en el despacho, bajo las luces del artículo 32 del decreto 254 del 2000 que es la normatividad especial que señala las liquidaciones de la entidad si ve que se encuentra inmersa en una situación de imposibilidad de pagos y que por lo tanto consideró la sala que ese fallo que no puede considerarse que existió una mala fe por parte de la demandada para realizar el reconocimiento de los pagos, entonces solicito se absuelva la indemnización moratoria esto conforme a la sentencia SL 9660 del 2014, SL 1680 del 2014 y SL 16884 de 2016 entre otras.

Asimismo y en caso de que se confirme la condena de la sanción moratoria solicitó que la misma se confirme como se realizó en el fallo hasta la fecha de la liquidación definitiva de la entidad esto es el 27 de enero del 2017

Asimismo solicito que se revoque el artículo tercero o se modifique en el mismo en el sentido de no condenar la devolución de los aportes a la seguridad social, puesto que los mismos no están demostrados y los correspondientes al régimen en salud pues corresponden a una prestación que es asistencial y por lo tanto corresponden a recursos del sistema, los cuales no deberían ser condenados o devueltos a la señora Bibiana en forma por parte de esta sentencia, con estos argumentos dejo presentado mi recurso de apelación contra la sentencia señor juez."

no consignación de las cesantías, la indemnización por terminación unilateral del contrato aplicando los términos y parámetros del plazo presuntivo, y la indexación. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto tan solo se accedió a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo desarrollado por la demandante en calidad de trabajadora oficial del 15 de junio de 2012 al 31 de enero de 2016, al no probarse prestación del servicio a favor de la accionada para el periodo del comprendido entre el 1 de abril de 2009 y el 12 de abril de 2012, imponiendo condena únicamente por los derechos de carácter legal tales como las cesantías, prima de navidad, vacaciones, indemnización moratoria y devolución del dinero cancelado por la actora por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones en el 75%, 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 las partes, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de CAPRECOM como quiera 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 2015⁴.

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

⁴ **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 sean suficientes, la Nación atenderá estas obligaciones con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación.

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 1968⁵, 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:

“(…) 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 5º 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 la señora BIBIANA LIZGARDEN VARGAS GUTIERREZ suscribió diferentes vinculaciones jurídicas con CAPRECOM desde

⁵ 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.

junio de 2012 por medio de ORDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS tal como se verifica en los contratos de folios 94 a 97, 109 a 113, 118 a 121, 125 a 127, 129 a 131, 133 a 134, 144 a 149, 151 a 155, 161 a 165, 172 a 175, 178 a 181 y se indica en la certificación de folio 25, 83 a 84, 115 a 116, 132 y 137 a 138⁶.

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.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, señaló:

“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

OPS	INICIO	FIN	FOLIO
CR-11-115	19-jun-12	30-jun-12	137
CR-11-176	1-jul-12	30-sep-12	137
CR-11-546	1-oct-12	17-dic-12	137
CR11-749	18-dic-12	31-mar-13	138
OR11-086	1-abr-13	31-dic-13	138
CR11-079	7-ene-14	27-jun-14	132
OR11-273	1-jul-14	31-dic-14	115
OR11-512	1-nov-14	31-dic-14	115, 125 a 127
OR11-143	13-ene-15	30-jun-15	116
OR11-442	1-jul-15	31-ene-16	109 A 113
ON01-0788-2015	29-oct-15	31-ene-16	83, 94 a 97

6

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 1° 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 haber 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 de la demandante a favor de CAPRECOM, se recibieron en primera instancia las declaraciones de las señoras CLAUDIA LILIANA LÓPEZ CASTILLO⁷, MARIA DEL PILAR GÓMEZ⁸ y JENNY ELIZABETH PEREZ NEIRA⁹, quienes prestaron sus servicios para la entidad demandada, siendo compañeras de la demandante conociendo de la labor por ella desarrollada entre 2012 y 2015, con excepción de MARIA DEL PILAR GÓMEZ quien aseveró haber trabajado con la actora entre 2006 y 2015, señalando que la actora desarrolló funciones en el área de promoción y prevención como técnico de

⁷ Audiencia del 26 de mayo de 2021, récord 12:10, CD folio 259, acta folio 260 y 261.

⁸ Audiencia del 26 de mayo de 2021, récord 23:02, CD folio 259, acta folio 260 y 261.

⁹ Audiencia del 26 de mayo de 2021, récord 40:07, CD folio 259, acta folio 260 y 261.

gestión del riesgo, siendo la encargada de verificar la población de algo costo, enfermedades respiratorias, validar archivos remitidos por la IPS, entre otras; afirmaron que la accionante recibía órdenes de los supervisores del contrato, uno de ellos la testigo Jennifer Pérez, quien fungió como Coordinadora de la Regional en el área de promoción y prevención. Además, indicaron, para el cumplimiento de tales labores la convocante poseía su escritorio, su computador, claves del sistema, correo institucional y demás elementos de oficina suministrados por CAPRECOM; de otro lado coincidieron las deponentes en afirmar que la accionante cumplía un horario de trabajo de 7 A.M. a 4:00 P.M. de Lunes a Viernes, el cual era controlado con el diligenciamiento de un libro al ingreso y la salida, señalando que su labor no era autónoma ni independiente pues debía acatar las directrices dadas, lo cual les consta, en tanto ellas como compañeras de labor de la demandante presenciaron tales circunstancias. Adujeron, las funciones eran realizadas por la accionante directamente en la sede de Caprecom pues allí se encontraban todas las herramientas para ello.

Así pues, las declaraciones vertidas por los testigos merecen plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos las declarantes, conocen por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajaron con la demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por la encartada, aspectos que constituyen “*elementos indicativos de la subordinación laboral*”¹⁰, 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, 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.

¹⁰ Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan las diferentes Ordenes de Prestación de Servicios suscritos entre la 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 esto es de **juno de 2012 a enero de 2016** (*pues la solicitada del 1 de abril de 2009 al 12 de abril de 2012 no fue tomada en cuenta por el juez de primer grado sin reproche alguno por parte de la demandante en la apelación*) fue de manera continua, como quiera que pese a aparecen documentadas dos interrupciones (del 31 de diciembre de 2013 al 7 de enero de 2014 y del 27 de junio al 1 de julio de 2014) estas son tan solo de 7 y 3 días, respectivamente, cuando la relación contractual se mantuvo por espacio de **3 años, 7 meses y 12 días**, por lo que contrastado el lapso de interrupción contra el término del contrato, éste fue ínfimo, aunado a que conforme la testimonial recaudada, la accionante ejerció sus funciones bajo los parámetros propios de un contrato de trabajo, debiendo precisar en este punto, aunque el juzgador de primer grado determinó como fecha inicial de la relación laboral el 15 de junio de 2012, lo cierto es que esa es la fecha en que se suscribió el contrato empero no cuando inició, ya que según se evidencia de la certificación que milita a folio 137, la actora principió sus actividades solo hasta el 19 siguiente, por lo que habrá de modificarse la decisión del *a quo* en este aspecto, en razón de la consulta que se surte a favor de CAPRECOM, confirmándose frente al extremo final que lo fue el 31 de enero de 2016.

Determinada entonces la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados (19 de junio de 2012 al 31 de enero de 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 absolvió de las mismas y este punto fue objeto de apelación por la demandante.

Al efecto, a folios 26 a 32 se halla copia de la Convención Colectiva 1996-1998, suscrita el 14 de noviembre del 1996 (folio 26) entre Sintracaprecom y Caprecom, donde se verifica el sello de constancia de depósito oportuno del 25 de noviembre de 1996 (*ibidem.*), señalando desde ya esta Corporación contrario a lo

considerado en primera instancia, la actora **SI** es beneficiaria de la convención colectiva suscrita por CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM, pues al darse por probada la existencia de contrato realidad, la calidad de trabajadora oficial y que el sindicato firmante de la convención colectiva tiene el carácter de mayoritario, según da cuenta la misma convención (folio 28, 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, por lo que la misma se encuentra vigente desde el 14 de noviembre de 1996 (Artículo 76 Convención Colectiva folio 32) 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 y la apelación de CAPRECOM) como las solicitadas por la promotora en su apelación, previo examen de la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la encartada (folio 240)¹¹, verificándose en ésta instancia, la reclamación administrativa con la cual se interrumpió la contabilización del término de prescripción, tuvo lugar el **7 de diciembre de 2018** (folios 15 a 17)¹², acudiendo a la jurisdicción la demandante el **1 de febrero de 2019** (folio 218) y realizando la notificación a la demandada del auto admisorio de la demanda (*notificado a la demandante por anotación en el estado del 27 de febrero de 2019 folio 219*) el 8 de marzo de 2019 (folio 220), por lo que con la reclamación elevada en la anotada calenda, 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 **7 de diciembre de 2015**, excluyéndose de tal fenómeno a las cesantías, la indemnización moratoria, la sanción por despido sin justa causa, la compensación de vacaciones (SL 7915 radicación No. 43894 del

¹¹ Por auto del 28 de mayo de 2019 se tuvo por contestada la demanda (folio 253)

¹² A la cual se le dio respuesta negativa el 27 de diciembre de 2018 (folios 22 a 24)

10 de junio del 2015¹³, (SL 11271 del 8 de agosto del 2017¹⁴), y la eventual devolución de los aportes a seguridad social que pudo haber cancelado la actora, por cuanto éstas se hacen exigibles a la terminación del contrato. Se modifica en este punto la sentencia recurrida, en tanto se señaló como data de prescripción la de los derechos causados con anterioridad al 15 de junio de 2012.

Vale la pena precisar, sobre éste aspecto la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado recientemente en sentencia SL2561 Radicación No. 68248¹⁵

¹³ “(...) Sin embargo, el término de prescripción de algunos derechos laborales sólo se puede empezar a computar desde el momento de la finalización de la relación laboral, como acontece con el auxilio de cesantía y la compensación en dinero de las vacaciones. (...)”

Y, en punto a la **compensación de las vacaciones**, en sentencia CSJ SL, 14 ago. 2013, rad. 39023, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

Además de ello, esta Sala de la Corte ha sostenido que la compensación en dinero de las vacaciones, que es la que se amolda a las pretensiones de la demanda, se hace exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción. En la sentencia del 9 de marzo de 1994, Rad. 6354, la Sala explicó al respecto:

“Sin embargo, no obstante esta conclusión sobre la suerte del cargo, ello no impide que la Corte haga una corrección doctrinal a la sentencia del ad quem, en el sentido de que según desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte, el derecho a las vacaciones presenta dos modalidades: 1- Como regla general, el descanso remunerado durante quince días hábiles consecutivos (artículo 186, ord. 1, Código Sustantivo del Trabajo), el cual solo puede ser satisfecho en vigencia de la relación laboral; y 2.- Como excepción, la compensación en dinero a manera de sustitución de dicho descanso, modalidad esta que se da en dos casos: a- Durante la vigencia del contrato, cuando con autorización del Ministerio de Trabajo, se puede pagar al trabajador hasta la mitad de las vacaciones, “en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria”; y b- Finalizado el contrato cuando el trabajador no hubiere disfrutado del descanso, caso éste en el cual dicha compensación “procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis (6) meses.” (artículo 14 Decreto 2351 de 1965, subrogatorio del 189 del Código Sustantivo del Trabajo).

Ahora, de este último caso de compensación ha expresado la Corte que solo se hace exigible desde la fecha en que termina la relación contractual; mientras que el derecho al descanso se hace exigible dentro del año siguiente al de la prestación del servicio, según los términos del artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

De allí ha concluido y dicho de modo reiterativo esta Corporación que el cómputo del tiempo de la prescripción respecto de aquellas dos modalidades se inicia en momentos diferentes. Pues mientras la prescripción de las vacaciones como descanso se cuenta desde el día en que se cumple el año subsiguiente a aquel en que se causa el derecho a disfrutarlas, la de la compensación en dinero por terminación del contrato se cuenta desde la fecha en que esto último sucedió.

Luego si en el caso de autos el actor no disfrutó de sus vacaciones en tiempo y por efecto de la extinción del vínculo contractual adquirió el derecho a la compensación monetaria de aquellas, para determinar si este derecho prescribió o no ha debido iniciarse el cómputo respectivo desde la fecha de la terminación del contrato y no como lo hizo el Tribunal desde el año subsiguiente al de la causación de las vacaciones, por cuyo desatino declaró prescritas las causadas del 1 de marzo de 1979 al 28 de febrero de 1982.”

¹⁴ “...lo que hace improcedente impartir condenas respecto de las acreencias laborales que son exigibles a la terminación del vínculo, tales como cesantías, vacaciones no disfrutadas en tiempo, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, entre otras.”

¹⁵ “Así las cosas, corresponde determinar si el Tribunal erró en la contabilización del término de prescripción, cuando se trata de trabajadores oficiales. Frente a ello, esta Sala se pronunció en sentencia CSJ SL9641-2014, en donde indicó que:

del 9 de julio del 2019, en la que se reitera lo expuesto en la SL6380¹⁶ del 2015 Radicación No. 42921, a través de las cuales se indicó que el fenómeno extintivo para el caso de los trabajadores oficiales –como el de autos- debe iniciar a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración

*Según lo planteado en el cargo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar el **día inicial -días a quo-** para comenzar a contabilizar el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales, cuando la relación laboral ha fenecido. El parágrafo 2° del art 1° del D. 797/1949, en la parte pertinente estatuye:*

(...) Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4° de este 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 (...)

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo 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

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».

*Pero antes de avanzar en el análisis propuesto, aquí y ahora bien vale la pena memorar las enseñanzas expuestas por esta Sala en sentencia del pasado 14 de marzo, CSJ SL3169-2014, rad. 44069, en torno a que los plazos de los **términos prescriptivos** empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando **las obligaciones se hacen exigibles** (verbigracia, artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica **desde cuando, estando sometidas a plazo o condición, termina aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples**.*

*Así pues, y a no dudar, 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.*

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 (negrilla del texto original).”

¹⁶ “El restante reparo que se realiza en las acusaciones, deviene de la equivocada contabilización en la que a su juicio incurrió el sentenciador de segundo grado, al no percatarse que para los trabajadores oficiales existe una ampliación del término prescriptivo de 90 días.

Frente al punto esta Sala de la Corte, en reciente decisión SL 9641/2014 recordó que la prescripción de los trabajadores oficiales debe iniciar a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre sus reclamaciones, (...)”

para resolver sobre sus reclamaciones, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

En esta dirección, se pasará al examen de las pretensiones convencionales no reconocidas, peticionadas en la demanda y su reforma (folios 204 a 206 y 248 a 251), esto es, prima junio, prima de navidad, prima vacaciones, prima de servicio, auxilio de transporte y bono de recreación, así como de la procedencia del pago de la prima de vacaciones legal y la indemnización por despido sin justa causa, y como ya se dijo, a la revisión de las condenas impuestas en primer grado, previa determinación del salario devengado por la demandante del 2012 al 2016, para lo cual se tomaran los referidos en las ordenes de servicio¹⁷, así:

Año	Salario
2012	\$ 1.271.000,00
2013	\$ 1.271.000,00
2014	\$ 1.357.924,83 (PROMEDIO)
2015	\$ 1.792.549,00
2016	\$ 1.792.549,00

La **prima de junio** se encuentra consagrada en el artículo 49 convencional (folio 31), el cual señala que se pagarán 15 días de salario por dicho rubro. No obstante, atendiendo la prescripción de los derechos causados con anterioridad al **7 de diciembre de 2015**, no se ordenará su pago pues las causadas a junio de 2015¹⁸, están afectadas por este fenómeno.

OPS	INICIO	FIN	VALOR MENSUAL	FOLIO
CR-11-115	19-jun-12	30-jun-12	\$ 1.271.000,00	137
CR-11-176	1-jul-12	30-sep-12	\$ 1.271.000,00	137
CR-11-546	1-oct-12	17-dic-12	\$ 1.271.000,00	137
CR11-749	18-dic-12	31-mar-13	\$ 1.271.000,00	138
OR11-086	1-abr-13	31-dic-13	\$ 1.271.000,00	138
CR11-079	7-ene-14	27-jun-14	\$ 1.271.000,00	132
OR11-273	1-jul-14	31-dic-14	\$ 1.271.000,00	115
OR11-512	1-nov-14	31-dic-14	\$ 1.792.549,00	115, 125 a 127
OR11-143	13-ene-15	30-jun-15	\$ 1.792.549,00	116
OR11-442	1-jul-15	31-ene-16	\$ 1.792.549,00	109 A 113
ON01-0788-2015	29-oct-15	31-ene-16	\$ 1.792.549,00	83, 94 a 97

¹⁷

¹⁸ Última causada teniendo en cuenta la fecha de terminación, 31 de enero de 2016.

En relación con la **prima de navidad**, vale precisar, en punto a esta acreencia, recientemente la Sala Laboral 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, en autos no se acreditó que la actora devengara una prima anual de cuantía igual o superior a la aquí estudiada y si bien lo solicitado en la demanda fue la prima de navidad convencional, lo cierto es que le resulta más favorable la legal que fuera condenada en primera instancia, en tanto se liquida con 30 días de salario¹⁹, mientras que la convencional se calcula con 15 (folio 31)²⁰. En ese orden, se revisará el valor dispuesto en primer grado, teniendo en cuenta la prescripción advertida, obteniendo como valor adeudado la suma de **\$1.792.549,00**, modificándose la sentencia de primera instancia.

¹⁹ ARTICULO 51. DERECHO A LA PRIMA DE NAVIDAD. 1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una Prima de Navidad equivalente a **un (1) mes del salario** que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, Prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

²⁰ ARTICULO 50. PRIMA DE NAVIDAD. CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores **quince (15) días** adicionales a los pagados actualmente por concepto de prime de navidad, los cuales no constituirán factor salarial.

PRIMA DE NAVIDAD							
Año	Tiempo laborado		No. Días	Último Salario	Salario Diario	Proporción	Subtotal
	Inicio	Fin					
dic-12	19-jun-12	31-dic-12	192	\$ 1.271.000,00	\$ 42.366,67	16	PRESCRITO
dic-13	1-ene-13	31-dic-13	360	\$ 1.271.000,00	\$ 42.366,67	30	PRESCRITO
dic-14	1-ene-14	31-dic-14	360	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	30	PRESCRITO
dic-15	1-ene-15	31-dic-15	360	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	30	\$ 1.792.549,00
2016	NO SE CAUSÓ EL CONTRATO FINALIZÓ EL 31 DE ENERO DE 2016						
* El salario de 2014 es el devengado a 30 de noviembre de ese año, que resulta ser la base para la liquidación según la norma.							
** No operó la prescripción respecto de la prima de diciembre de 2015, toda vez que está se paga el 15 de diciembre y la prescripción es de los derechos exigibles con anterioridad al 7 de diciembre de ese año.							

En lo que toca a la **prima de servicios**, en los términos del artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo (folio 31 vto.) no se trata de una prestación adicional sino que la misma está comprendida por la prima de junio y de navidad a que se refieren los artículos 49 y 50 de ese mismo instrumento, respecto de las que ya se pronunció esta Sala.

Ahora, en cuanto al **auxilio de transporte**, este beneficio de acuerdo al artículo 47 convencional (folio 31) se concede a todos los servidores de Caprecom; el cual en el presente asunto se reconocerá a partir de diciembre del 2015, atendiendo la data desde la cual se declaró probada parcialmente la prescripción (7 de diciembre de 2015), teniendo en cuenta el valor legalmente establecido por el gobierno nacional, de conformidad con el Decreto 1258 de 1959. En este sentido el auxilio de transporte debido asciende a **\$ 151.700,00**, por lo que se adiciona la sentencia de primera instancia en este punto.

AUXILIO DE TRANSPORTE			
Año	No. Meses	Valor auxilio	Subtotal
2012	6,37	\$ 67.800,00	PRESCRITO
2013	12	\$ 70.500,00	PRESCRITO
2014	12	\$ 72.000,00	PRESCRITO
2015	11	\$ 74.000,00	PRESCRITO
2015	1	\$ 74.000,00	\$ 74.000,00
2016	1	\$ 77.700,00	\$ 77.700,00
TOTAL			\$ 151.700,00

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 (folio 31 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 a la demandante la suma de **\$ 896.274,50** solo por el año 2015, pues no se contempla la liquidación proporcional por el tiempo servido y están prescritos los derechos causados con anterioridad al 7 de diciembre de 2015. Se adiciona la condena a la demandada.

PRIMA DE VACACIONES							
Año	Tiempo laborado		No. Días	Último Salario	Salario Diario	Días a reconocer	Subtotal
	Inicio	Fin					
dic-12	19-jun-12	31-dic-12	PRESCRITO				
dic-13	1-ene-13	31-dic-13	PRESCRITO				
dic-14	1-ene-14	31-dic-14	PRESCRITO				
dic-15	1-ene-15	31-dic-15	360	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	15	\$ 896.274,50
2016	NO SE CAUSÓ EL CONTRATO FINALIZÓ EL 31 DE ENERO DE 2016						
TOTAL							\$ 896.274,50

Con relación a la **bonificación de recreación**, esta se encuentra contenida en el artículo 64 convencional que en su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 64: BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN:

CAPRECOM reconocerá y pagará a sus servidores públicos tres (3) días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de vacaciones”

Al tenor de dicha disposición, esta solo se reconoce y paga a quienes hayan disfrutado de sus vacaciones, situación que no acaeció en el presente asunto y que conlleva a absolver a la demandada de este concepto.

Frente a la **compensación en dinero de las vacaciones**, que es lo que se ajusta a los pedimentos de la convocante, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute. Con relación a esta acreencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981 de 2019, señaló que para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el término 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 1° y 2° 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, entre otras, en las sentencias SL885 de 2020, Radicación No. 64397 y SL989-2021, radicación No. 78535.

Por tal razón, al haber sido la demandante trabajador de CAPRECOM -Empresa Industrial y Comercial del Estado-, y no encontrarse afectado su derecho por el fenómeno prescriptivo, pues el contrato tuvo vigencia del 19 de junio de 2012 al 31 de enero del 2016, se procederá a revisar la condena impuesta por el *a quo*, en los términos establecidos en el Decreto 1848 de 1969 artículo 43²¹, en tanto el artículo 54 convencional señala que se deben reconocer conforme a lo establecido en la Ley (folio 31 vto.).

De este modo se obtiene una suma de \$ 2.719.977,11, monto superior al que se fijó en la condena de primera instancia **-\$2.688.823,50-**, el cual se modificará dada la apelación de la demandante, en aras de revisar su valor.

²¹ 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

COMPENSACIÓN DE VACACIONES						
Tiempo laborado		No. Días	Último Salario	Salario Diario	Días a reconocer	Subtotal
Inicio	Fin					
19-jun-12	18-jun-13	360	\$ 1.271.000,00	\$ 42.366,67	15	\$ 635.500,00
19-jun-13	18-jun-14	360	\$ 1.271.000,00	\$ 42.366,67	15	\$ 635.500,00
19-jun-14	18-jun-15	360	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	15	\$ 896.274,50
19-jun-15	31-ene-16	222	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	9,25	\$ 552.702,61
TOTAL						\$ 2.719.977,11
* El salario de 2014 es el devengado a junio de ese año, que resulta ser la base para la liquidación.						

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 2015²²), 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 **\$ 5.248.719,58** inferior a la otorgada por el Juez *a quo* **-\$5.697.465,97-**, por lo que se modificará esta condena, en virtud de apelación de ambas partes.

CESANTÍAS						
Año	Tiempo laborado		No. Días	Último Salario	Salario Diario	Subtotal
	Inicio	Fin				
2012	19-jun-12	31-dic-12	192	\$ 1.271.000,00	\$ 42.366,67	\$ 677.866,67
2013	1-ene-13	31-dic-13	360	\$ 1.271.000,00	\$ 42.366,67	\$ 1.271.000,00
2014	1-ene-14	31-dic-14	360	\$ 1.357.924,83	\$ 45.264,16	\$ 1.357.924,83
2015	1-ene-15	31-dic-15	360	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	\$ 1.792.549,00
2016	1-ene-16	31-ene-16	30	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	\$ 149.379,08
TOTAL						\$ 5.248.719,58

Ahora, en lo relativo a 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

²² “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.”

social, sobre el salario que debía devengar la demandante, por tratarse de una trabajadora vinculada a través de un contrato de trabajo, precisando que los pagos efectuados por la accionante al sistema de seguridad social en pensiones se encuentran acreditados a folios 46 y 47, para el periodo comprendido entre agosto de 2014 y enero de 2016 (*interregno objeto de condena sobre el que no hubo reproche*), y en esa medida resulta procedente la condena en la forma solicitada desde la demanda, sin que el fenómeno prescriptivo se haga presente²³.

En ese orden, y como quiera que en la sentencia primigenia no se concretó el valor de la condena por este concepto, procede la Sala a efectuar los cálculos matemáticos para determinar el valor que se le adeuda a la demandante, tomando para el efecto las sumas certificadas como pagadas y atendiendo el porcentaje que le correspondía pagar al empleador en la anualidad en las que se encuentran probadas las cotizaciones lo cual arroja como cifras a reintegrar las siguientes:

- \$ 1.341.675,00 por cotización a pensión
- \$ 1.168.641,00 por cotización a pensión
- \$ 57.748,00 por cotización a riesgos laborales²⁴

²³ 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...**” (negritas fuera de texto)

²⁴ 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 SALUD				
AÑO	MESES	VALOR ANUAL CONSIGANDO	FOLIOS	EMPLEADOR
2014	5	\$ 410.400,00	123, 46	\$ 307.800,00
2015	12	\$ 1.058.088,00	85	\$ 793.566,00
2016	1	\$ 89.700,00	81	\$ 67.275,00
TOTAL				\$ 1.168.641,00
DEVOLUCIÓN APORTES PENSIÓN				
AÑO	MESES	VALOR CONSIGANDO	FOLIOS	EMPLEADOR
2014	5	\$ 525.000,00	123	\$ 393.750,00
2015	12	\$ 1.149.000,00	85	\$ 861.750,00
2016	1	\$ 114.900,00	81	\$ 86.175,00
TOTAL				\$ 1.341.675,00
DEVOLUCIÓN APORTES ARL				
AÑO	MESES	VALOR CONSIGANDO	FOLIOS	EMPLEADOR
2014	5	\$ 17.048,00	123	\$ 17.048,00
2015	12	\$ 37.000,00	85	\$ 37.000,00
2016	1	\$ 3.700,00	81	\$ 3.700,00
TOTAL				\$ 57.748,00

En esos términos habrá de precisarse en el fallo de primer grado.

En lo que atañe a la **indemnización por despido injusto**, en la contestación de la demanda (folios 222 a 241), especialmente la respuesta dada al hecho 22 del escrito genitor, en el que se afirmó que el finiquito contractual se produjo por una causa legal pero no justa, la demandada indicó:

“22. Parcialmente cierto, la citada fecha corresponde a la fecha estipulada para su terminación”

Adicionalmente, en circular 017 del 27 de enero de 2016, suscrita por FELIPE NEGRET MOSQUERA en calidad de apoderado general de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. para la liquidación de CAPRECOM (folios 79 y 80), se informa que *“todas las órdenes de prestación de servicios suscritas por la entidad, que superaren el treinta y uno (31) de enero de la presente anualidad finiquitarán por efectos del inicio del proceso liquidatorio, en el estado que se encuentren, terminación que surtirá efectos al finalizar el día treinta y uno (31) de enero de 2016”*.

Además, en la certificación emitida por CAPRECOM que milita a folios 25 se dejó constancia de los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y, que el último vínculo contractual fue el identificado con el número ON01-0788-2015, el que según la constancia de folio 83 a 84 finalizó el 31 de enero de 2016, lo que resulta consistente con el plazo pactado en el mismo (folios 94 a 97).

Bajo tal entendido, y atendiendo que como se analizó de manera precedente, entre las partes existió, en realidad, una vinculación de carácter laboral en el que la actora ostentó la calidad de trabajadora oficial, para que pudiera finiquitarse por parte de la entidad llamada a juicio dicho contrato de trabajo, esta ha debido acudir a alguna de las justas causas estipuladas en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, sin embargo, como quedó visto, según lo admitió la entidad demandada, el finiquito obedeció al vencimiento del plazo pactado en el contrato de prestación de servicios, motivo que no se encuentra enlistado en la disposición mencionada y, por ende, resulta claro que el despido fue injusto. Bajo este escenario, y al no encontrarse una justa causa de terminación del contrato que demostrase CAPRECOM, la sanción perseguida goza de prosperidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 40, 43 y 51²⁵ del Decreto 2127 de 1945, como quiera que se trata de una trabajadora oficial, advirtiéndose el contrato tuvo como fecha de inicio el 19 de junio de 2012, éste fue objeto de prórrogas cada seis meses, por lo que el último contrato debió tener

²⁵ 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...”*

lugar entre el 19 de diciembre de 2012 y el 18 de junio de 2016²⁶, lo cual nos llevaría a concluir que para el 31 de enero del 2016 (*extremo final del contrato aquí declarado*) aún faltaban 5 meses, 17 días para cumplirse el plazo presuntivo.

Por tal razón, al haber culminado el contrato de trabajo el día 31 de enero de 2016, la condena se calcula sobre 137 días con una base salarial mensual de \$1.792.549,00, lo que arroja un total a pagar de **\$ 8.185.973,77**, como sanción por despido, adicionándose la sentencia de primer grado en este aspecto, dada la alzada de la parte actora.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA					
Fecha inicial	Fecha final	No. Días	Último Salario	Salario Diario	Total
1/02/2016	18/06/2016	137	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	\$ 8.185.973,77

Respecto de la **indemnización moratoria**, recurrida en la alzada por el extremo pasivo, 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 1990²⁷.

PRORROGA	INICIO	FIN
1	19/06/2012	18/12/2012
2	19/12/2012	18/06/2013
3	19/06/2013	18/12/2013
4	19/12/2013	18/06/2014
5	19/06/2014	18/12/2014
6	19/12/2014	18/06/2015
7	19/06/2015	18/12/2015
26 8	19/12/2015	18/06/2016

²⁷“(…) 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,

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 3 años, por lo que no se puede entender que la accionada actuó de buena fe.

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.74357²⁸ 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 de la promotora del litigio finalizó el 31 de enero de 2016, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente (1 de mayo de 2016), día a día. Razón por la cual se ha de condenar al pago de \$59.751,63 diarios (\$1.792.549,00 último salario mensual) a partir del **2 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

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)”.

²⁸ “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.”

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 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 prohiere 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 **\$15.834.182,83**, cifra que habrá de modificarse en razón a que ambas partes presentaron inconformidad frente a los cálculos efectuados por el juzgador de primer grado.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Fecha inicial después de 90 días calendario	Fecha final	No. Días	Último Salario	Salario Diario	Total
2/05/2016	27/01/2017	265	\$ 1.792.549,00	\$ 59.751,63	\$ 15.834.182,83

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, lo cierto es que la **compensación de las vacaciones y la devolución de lo pagado por concepto de aportes a seguridad social** no acarrearán la referida indemnización, por lo que resulta procedente la indexación únicamente de las sumas debidas por tal concepto, agregando, la **indexación de la suma por concepto de indemnización moratoria**, resulta igualmente viable pues la misma se limitó hasta el 27 de enero de 2017 y en esa medida todas las sumas objeto de condena a partir de ese momento y hasta la fecha de su pago sufrirán un envilecimiento, razón por la cual resulta procedente esta condena, y como ello no quedó así claramente establecido en el fallo gravado, se efectuarán las precisiones respectivas.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado en cuanto al extremo inicial de la relación laboral declarada entre las partes y, en ese

sentido, DECLARA que el contrato de trabajo que existió entre BIBIANA LIZGARDEN VARGAS GUTIERREZ y CAPRECOM tuvo vigencia entre **19 de junio de 2012** y el 31 de enero de 2016.

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales 1 a 4 del numeral SEGUNDO de la sentencia de primer grado y **ADICIONAR** los ordinales 5 a 8, con el fin de indicar que la encartada debe cancelar a la demandante BIBIANA LIZGARDEN VARGAS GUTIERREZ los siguientes conceptos y cuantías:

1. Cesantías	\$ 5.248.719,58
2. Prima de navidad	\$ 1.792.549,00
3. Compensación de vacaciones	\$ 2.719.977,11
4. Sanción Moratoria	\$ 15.834.182,83
5. Prima de navidad convencional	\$ 1.792.549,00
6. Prima de vacaciones convencional	\$ 896.274,50
7. Auxilio de transporte convencional	\$ 151.700,00
8. Indemnización por despido sin justa causa	\$ 8.185.973,77

Es de anotar que la compensación de vacaciones y la sanción moratoria deberán cancelarse a la actora debidamente indexadas hasta el momento de su pago, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que los valores a cancelar por concepto de devolución de aportes a seguridad social, son los siguientes:

a. Por cotizaciones a pensión	\$ 1.341.675,00
b. Por cotizaciones a salud	\$ 1.168.641,00
c. Por cotizaciones a riesgos laborales	\$ 57.748,00

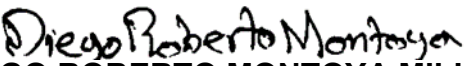
Estos valores deberán ser indexados al momento de su pago, de conformidad a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

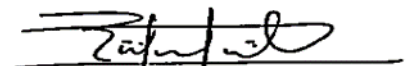
CUARTO: MODIFICAR el ordinal **QUINTO** de la sentencia de primera instancia, en cuanto a que la excepción de prescripción procede respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 7 de diciembre de 2015.

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

SEXTO: 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 MARITZA RODRIGUEZ
QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y
CESANTIAS y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, (RAD. 17 2019
00096 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 4 de noviembre de los corrientes (fl. 5).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. (fls.4) y COLPENSIONES (fls. 6 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la

sentencia proferida por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 24 de septiembre 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 33:39, carpeta “audiencia”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora MARITZA ROCIO RODRÍGUEZ QUINTERO identificada con la C.C 51.800.474, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora RODRÍGUEZ QUINTERO se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según lo analizado en precedencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos e interés, incluyendo los traslados de dinero que hubiesen efectuado las otras demandadas, teniendo debiendo asumir o teniendo a su cargo también de devolver los gastos de administración los cuales deben ser asumidos de su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR también a PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento fueron descontados de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales también deberán ser asumidos de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR A COLPENSIONES recibir el traslado de dineros que efectúen las demandadas, y convalidarlos en la historia laboral de la demandante.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas, en firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$ 900.000 moneda corriente.

OCTAVO: Se dispone la consulta de esta sentencia, con la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a favor de COLPENSIONES, se dispone a remitir el expediente al Superior.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PROTECCION y OLD MUTUAL la apelaron.

Así, en primer lugar la apoderada PROTECCIÓN S.A. solicitó la revocatoria de la condena impuesta por devolución de gastos de administración, consideró que no es procedente por cuanto el descuento del 3% de los aportes pensionales se

encuentran autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y estos son destinados a pagar los gastos de administración y seguro previsional a la compañía de seguros, quien es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato de vinculación al RAIS suscrito por la actora.

Destacó que dicho porcentaje no financia la pensión de vejez por lo cual no hace parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conllevando la imposibilidad de su traslado a COLPENSIONES; precisó que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN, esa entidad administró los dineros logrando un manejo rentable y seguro de los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Finalizó su censura argumentando que la condena por devolución de gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración que no realizó¹.

Por otro lado la apoderada de OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS también centró su inconformidad respecto de la condena por

¹ **Apoderada PROTECCIÓN (38:54):** Gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa presentó recurso de apelación de manera parcial en lo que versa a la devolución de gastos de administración por parte de mi representada el cual procedo a sustentar de la siguiente manera:

Sobre la comisión de administración no es procedente por cuanto el descuento del 3% de los aportes pensionales se encuentran autorizados en el artículo 20 de la ley del 93 y estos son destinados a pagar los gastos de administración y seguro previsional a la compañía de seguros, quien es un tercero de buena fe y que nada tuvo que ver con el contrato suscrito con la afiliada y PROTECCIÓN, así mismo cabe destacar que dicho porcentaje no financia la pensión de vejez por lo cual no hace parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que conlleva a su imposibilidad de dicho traslado, en tal sentido durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN, mi representada administró los dineros logrando un manejo rentable y seguro de los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, así mismo ese porcentaje descontado por descuento de seguro previsional, el cual se cancela mes a mes a la compañía de seguros, se realiza con la finalidad en los casos que se tenga el derecho de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez o sobrevivencia esta se cancele, esta cancele perdón, el excedente para financiar la prestación económica, lo anterior significa no es procedente que se condene a mi representada a efectuar la devolución de los valores descontados por gastos de administración, teniendo en cuenta que los mismos ya fueron causados, así las cosas se pueden hablar de unas prestaciones ya acaecías que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de negocios jurídicos, toda vez que si se declara la ineficacia inevitablemente pues conllevaría a restituir las cosas a su estado anterior, lo que implicaría en primer lugar que la afiliación nunca existió, en segundo lugar que la afiliada debería devolver a mi representada los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, y en tercer lugar que el fondo de pensiones restituya a la afiliada ese porcentaje descontado por concepto de gastos de administración, lo anterior, debido a que ese porcentaje por comisiones de administración no se hubiere descontado pues no se hubiera generado pues lo rendimientos.

Finalmente, es menester poner de presente que si llegase a confirmar lo ordenado por el despacho en el sentido de devolver lo descontado por gastos de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de mi representada sin reconocer o pagar pues ningún concepto por la gestión realizada. Por todo lo anterior, le solicité de manera respetuosa a los Honorable Magistrados revocar de manera parcial la sentencia en lo que respecta a la devolución de gastos de administración por parte de mi representada. Gracias.

devolución de los rendimientos y el porcentaje de gastos de administración, con base en argumentos similares a los sustentados por PROTECCIÓN pero adicionando que dichos gastos están afectados por el fenómeno prescriptivo, en virtud de que dichos los mismos encuentran su origen en el contrato de seguros previsional y en ese orden de ideas deben ceñirse a las normas del Código de Comercio².

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

CONSIDERACIONES

² **Apoderada SKANDIA (41:44):** Si su señoría, de manera muy respetuosa siendo esta la oportunidad procesal pertinente me permito de interponer y sustentar recurso parcial de apelación contra la sentencia que aquí se acaba de proferir, especialmente contra el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia referente a que impone a mi representada retomar o devolver a COLPENSIONES los rendimientos y el porcentaje de gastos de administración.

Fundo mi recurso de apelación en los siguientes argumentos jurídicos, en efecto en el presente caos al declararse una ineficacia del traslado que es la causa que se está o consecuencia que se está dando por el precedente jurisprudencial, en el concepto de la aquí interviniente los efectos que se les debe brindar a esa ineficacia deben estar ceñidos o regulados por las normas que regulan de manera muy específica los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, específicamente el decreto 3925 de 2008 artículo 7, señala que en el momento en que se efectúen los traslados de recursos entre el RAIS al régimen de prima media solo debe trasladar lo respectivo saldos de la cuenta individual y el fondo de garantía de pensión mínima pero dicha norma nada indica que deba operar frente al porcentaje de gastos de administración, ello es así y tiene una lógica jurídica o una motivación que no es otra que el cumplimiento de la ley 100 de 1993, este porcentaje de los gastos de administración están destinados a sufragar o pagar las pólizas para el cumplimiento de los seguros de invalidez o muerte y por tanto, y en ese sentido dichos rubros o dichas sumas de dineros no están en disposición de la entidad que yo representó desde el momento de la afiliación, es decir, desde el año 2017 considerando que el cumplimiento de las disposiciones de orden legal, mi representada pagó a la respectiva aseguradora las primas correspondientes, siendo estas aseguradoras quienes cuentan con esas primas y no mi representada y en ese orden de ideas, la inconformidad está referida a retomar los rendimientos. Ahora bien el artículo 964 del Código Civil que nos remitimos a él por las normas laborales que nos permite aplicar otras disposiciones por analogía, y en ese orden de ideas la restitución de los frutos solamente está destinado a retomar o restituir los frutos el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos, en ese orden de ideas en el presente caso al ordenarse a mi presentada a restituir unos frutos o unos rendimientos se estaría presumiendo la mala fe, cuando lo que se debe presumir es la buena fe, no la mala fe, la mala fe es la de acreditar, y en el presente caso brilla por su ausencia que la parte demandante se haya esforzado por acreditar una mala fe, mala fe que no existe por parte de mi representada dado a que efectivamente ha cumplido a cabalidad y todas sus actuaciones se han realizado entorno a las disposición de orden legal.

Seguidamente y por último, de manera muy respetuosa si eventualmente en los términos de que el Tribunal hipotéticamente confirme la sentencia que aquí se está solicitando la revocatoria parcial frente a los gastos de administración, solicito que se tome o se dé por probada la excepción formulada en el escrito de la contestación de la demandada destinada a la prescripción, pero dicha prescripción debe quedar claro quedar sentado que solamente frente a los porcentajes de gastos de administración, pero no la prescripción sobre la ineficacia. En ese orden de ideas, porque solicito este estudio y de manera muy respetuosa que se declare o se decrete por parte del alto Tribunal la figura de la prescripción teniendo en cuenta que en este tipo de juicios la naturaleza o la fuente de los gastos de administración devienen de la celebración de un contrato de seguros previsional, y en ese orden de ideas, al considerar que este contrato de seguros previsional es celebrado entre dos personas de derecho privado, como lo es el fondo de pensiones y la aseguradora tendríamos que someternos en materia prescriptiva a las disposiciones consagradas en el artículo 1081 del Código de comercio, norma que indica de manera muy puntual que acción derivada de los contratos de seguros es de 2 años, recordando que los gastos de administración, que las primas están se derivan o tiene su fuente o tiene su naturaleza del precisamente del contrato de seguros previsional, en ese orden de ideas deben ceñirse a la materia prescriptiva a las normas del Código de Comercio. En ese orden de ideas dejo por sentado parcialmente mi recurso de apelación. Muchas gracias.

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 21-22, archivo “01 2019-096 OK ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5-10, ibídem), aspirando se declare la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia, se ordene su retorno al Régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; subsidiariamente solicitó se declare la nulidad de su traslado entre administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado entre las AFP PORVENIR (sic) y COLFONDOS en marzo de 2007 y entre COLFONDOS y OLD MUTUAL en abril de 2017 y en virtud de ello se ordene a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, se condene a lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declararon no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.; se declaró que su afiliación al régimen de prima media con prestación definida es válida y sin solución de continuidad, en virtud de dichas declaraciones ordenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante tales como: cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, incluyendo los traslados de dinero que hubiesen efectuado las otras demandadas, teniendo a su cargo también la responsabilidad de devolver los gastos de administración, los cuales deben ser asumidos de su propio patrimonio; condenó a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento fueron descontados de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales también deberán ser asumidos de su propio patrimonio; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de dineros que efectúen las demandadas, y convalidarlos en la historia laboral de la demandante y condenó en costas a las demandadas.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCION 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 2002**³.

Así las cosas, en el expediente en el acápite de hechos la demandante informa que nació el 20 de junio de 1964, hecho que no fue objeto de debate (*página 5, archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PROTECCION el 21 de diciembre de 2018 (*páginas 28-37, ibídem*), esto es, cuando le faltaban menos de diez 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, contaba apenas con 3735 días que equivalen a 533,58 semanas cotizadas que corresponden a 10,37 años (*páginas 72-80, 253-261, 272-276, archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, 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

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

⁴ Era empleada privada laboraba para la empresa CRECER VALORES S.A.

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **24 de junio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de agosto de 1996** (páginas 44 y 362, archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, expediente digital), por afiliación que hiciera a 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 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 deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en

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

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 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.

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

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

(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes 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 para 1996 trabajaba en BANCOLOMBIA y a través de una reunión grupal les indicaron que debían afiliarse a PROTECCIÓN por solidaridad con el sistema, advirtió que los promotores se enfocaron en las ventajas que brindaba el estar afiliado a una AFP como la posibilidad de obtener un bono pensional de libre disposición, de

⁷ Audiencia del 24 de septiembre de 2021, récord 12:49,

pensionarse con una mesada pensional más alta y la garantía de proteger los aportes que hasta el momento llevaba cotizados, los que eventualmente perdería si continuaba afiliada al ISS que entraría en liquidación; manifestaciones de las que no es posible colegir que la demandante haya tomado una decisión informada basada en el buen consejo del promotor de la AFP.

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 PROTECCION (*páginas 44 y 362, archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se 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 –PROTECCIÓN- 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado-24 de junio de 1996-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos

privados 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 puedan 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 1996, 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 (24 de junio de 1996, efectivo el 01 de agosto de 1996), 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 importa el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*páginas 56, 71, 251 y 272, archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, 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, y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Conviene anotar 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, frente a los argumentos de apelación de OLD MUTUAL hoy SKANDIA y de PROTECCION relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que 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.***

Bajo ese escenario entonces, le corresponde a las AFP convocadas a juicio retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con cada una de esas administradoras, como acertadamente lo ordenó el juez de primer grado.

Es importante precisar frente a este tema, que la devolución de rendimientos, bonos pensionales, frutos, intereses y gastos de administración resulta ser consecuencial a la declaratoria de ineficacia, debiendo entenderse por tanto que era posible analizar lo atinente al retorno de este dinero y demás conceptos recibidos por la AFP en virtud de la afiliación efectuada por la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (*páginas 328 y 359, archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, expediente digital*)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 las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en proveído del 06 de diciembre de 2019 (páginas 392-393, *archivo “2019-096 OK.ACTA CON FALLO-CON RECURSO”, expediente digital*)

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.

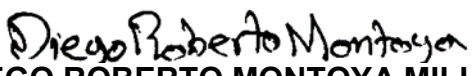
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete 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 PEDRO DANIEL GAITAN LÓPEZ CONTRA PROHERRAJES LTDA, JOSE GILBERTO URREGO SÁNCHEZ, YANETH CASTILLO PINILLA, DANY GILBERTO URREGO CASTILLO Y YURI JEANETH URREGO CASTILLO (RAD. 20 2019 00796 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 4 a 9 y 10 a 18) 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 el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de julio de 2021 (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento Art. 80 del C.P.T. y la S.S., archivo “11001310502020190079600 AUDIENCIA ART 80 CPTSS VIERNES 23 JULIO 2021 10_00 AM-20210723_100402-Grabación de la reunión.mp4”, récord 1:01:20, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor PEDRO DANIEL GAITAN LOPEZ y la demandada PROHERRAJES LTDA existieron dos contratos de trabajo, a saber: uno a término fijo de un año (sic) entre el 02 de febrero de 2010 y que se prorrogó hasta el 17 de diciembre de 2011 y un segundo contrato de trabajo a término indefinido entre el 22 de junio del año 2012 hasta el 30 de noviembre de 2016, fecha esta última en que finalizó el contrato sin justa causa por parte del empleador de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada sociedad PROHERRAJES LTDA a pagar al demandante por concepto de sanción por despido sin justa causa, de

conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo Del Trabajo, el equivalente a 98.83 días de salario y como quiera que el ultimo salarios fue de \$1.500.000 dicha indemnización corresponde a la suma de **\$4.941.500** pesos, de conformidad con los señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: **DECLARAR** solidariamente responsables a JOSE GILBERTO URREGO SÁNCHEZ y a JANETH CASTILLO PINILLA, DANIEL GILBERTO URREGO CASTILLO y YURY JANETH URREGO CASTILLO de las condenas, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada PROHERRAJES LTDA, y consecuencialmente a sus socios, de las demás pretensiones de la demanda considerado en precedencia.

QUINTO: CONDENAR en costas al extremo demandado. Líquidense por secretaría teniendo en cuenta a una suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación señalando, el contrato que tuvo con la empresa demandada inició el 2 de febrero de 2010, el cual se prorrogó en los términos que señala la ley, por lo que la sentencia resta valor a los documentos y de alguna manera cambia la modalidad a indefinido a sabiendas que el mismo debió haber tenido una terminación legal.

De otro lado, refiere, si hubo una discriminación porque la terminación del contrato acaeció al día siguiente de entregar su historia clínica al empleador, anotando, todos los testigos fueron consistentes en señalar que este “*no podía continuar con su trabajo de manera relativa*”, por lo que es evidente que no tuvo como fundamento la terminación del contrato.

Destaca, su labor dentro de la compañía era tan importante que si dejaba de trabajar su producción se deterioraba, tanto así que “*tuvieron que ponerle asistente para que el señor pudiera producir lo que la empresa necesitaba*”. Ello para ilustrar el conocimiento de la demandada de su enfermedad, sumado a que su desempeño se afectó como consecuencia de sus afectaciones de salud.

Advierte, lo único que hizo fue informar sobre situación de salud en búsqueda de garantías pero lo desvincularon sin pedir autorización del Ministerio del Trabajo¹

¹ “Muchas gracias su señoría yo presento recurso de apelación de la siguiente manera quisiera que el Honorable Tribunal tuviera en cuenta las siguientes circunstancias y quisiera de manera, muy oportuna resaltar de que los contratos que tuvo el señor PEDRO DANIEL GAITAN con la empresa PROHERRAJES en un inicio fueron de fecha 02 de febrero de 2010, de lo cual se prorrogaron por la temporalidad que estos dichos contratos aducían que inicialmente serian de contratos inferiores a un año de los cuales (se detuvo el audio) se prorrogaron oportunidades que nos dice la ley ya culminando estos tres contratos, efectivamente

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento Art. 80 del C.P.T. y la S.S., archivo “11001310502020190079600 AUDIENCIA ART 80 CPTSS VIERNES 23 JULIO 2021 10_00 AM-20210723_100402-Grabación de la reunión.mp4”, récord 1:10:20, 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

estos contratos se prorrogaron como lo dice el código sustantivo del trabajo de manera que ellos se suscribieron por contrato (se entrecorto el audio). Esta sentencia de alguna manera contrarrestando esta documentación que si bien tenemos que en el código sustantivo del trabajo y como todos lo sabemos los contratos a término fijo deben constar por escrito no tiene asidero para esta defensa que el contrato a término fijo, se haya de alguna manera convertido en un contrato a término indefinido, a sabiendas que este contrato a término definido tendría que tener por parte de la empresa PROHERRAJES LTDA una terminación legal de estos contratos de trabajo.

Quisiera de manera absoluta resaltar que al señor PEDRO DANIEL claro que si hubo una discriminación, porque la razón de la terminación del contrato laboral surgió precisamente cuando el señor PEDRO DANIEL allegó su historia clínica.

Tenemos que tener en cuenta además señores honorables del Tribunal que las personas que fungieron como testigos, todas si ustedes pueden revisar, todas adujeron que tenían conocimiento de que el señor PEDRO DANIEL, de que la empresa no tenía conocimiento de que el señor PEDRO DANIEL estaba indicando a sus jefes de que no podía de alguna manera, no podía continuar con su trabajo de manera relativa.

Tendríamos que tener en cuenta señores honorables que el trabajo que ejercía el señor PEDRO DANIEL dentro de la empresa era tan importante, que si el dejaba de trabajar esta empresa efectivamente su producción se deterioraba de alguna manera, entonces de aquí es para mencionar de que efectivamente la empresa sí conocía la enfermedad que tenía el señor PEDRO DANIEL y además de eso de que su trabajo era tan importante, que le tenían que poner asistente para que el señor pudiera producir lo que la empresa necesitaba.

De alguna otra manera quisiera indicar que la parte pasiva de la empresa, cuando le radicarón la historia clínica y se dieron cuenta que de pronto el señor PEDRO DANIEL se podría ver más afectado, inmediatamente, al día siguiente le pasaron un documento de la terminación del contrato laboral. Es indiscutible de que la razón de esa terminación del contrato laboral, fue a sabiendas de que el señor estaba enfermo, entonces no hay un asidero pues para decir de que (sic) la relación laboral (inaudible) por lo que queda demostrado dentro del plenario que se haya que al señor PEDRO DANIEL le hubieran obrado otra clase de contrato (inaudible).

De esta manera quisiera resaltar su señoría, honorables, que el desempeño del señor PEDRO DANIEL se fue de alguna manera afectando a raíz de su salud, entonces si la empresa (inaudible) de alguna manera para dar terminada la relación laboral justo (inaudible) cuando (inaudible).

Quisiera resaltar que la empresa PROHERRAJES haciendo uso de su capacidad económica, tal vez, no es garantista de sus empleados, aquí nos podemos dar cuenta de que el señor PEDRO DANIEL simplemente lo que hizo fue informar de que tenía una dolencia y que pues lo único que tenía que quería (inaudible) era que lo protegieran antes de desvincular al señor PEDRO DANIEL obviamente inicialmente tenía que haberle pedido permiso al Ministerio del Trabajo (se entrecorto) antes de que ocurriera la terminación.

De esta manera Honorable Tribunal quisiera que se revisara la documentación, la documental las pruebas que se presentaron, resaltar que la parte pasiva de este proceso en ningún momento ha presentado ninguna prueba, no hay en el expediente ninguna prueba que asegure de que es contrato que iniciara a término fijo, terminó, no lo hay entonces de alguna manera quisiera (inaudible) al Honorable despacho muy amable.”

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso, las pretensiones consignadas en el escrito de demanda (páginas 11 a 13, archivo “2019-796 FL583 c.pdf”, expediente digital), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el acápite respectivo (páginas 7 a 11, *ibídem*), solicitando se declare que entre él y la empresa PROHERRAJES LTDA, existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 2 de febrero de 2010, el cual se prorrogó sucesivamente hasta el 9 de agosto de 2017, mismo que terminó a razón de su limitación física y no por la configuración de un hecho objetivo como la expiración del plazo pactado. Adicionalmente, pide se declare que goza de la protección de estabilidad laboral reforzada a raíz de su discapacidad y la ineficacia de la terminación del contrato laboral el “3 de noviembre de 2016”.

En consecuencia, se condene a la sociedad demandada y, solidariamente a sus socios, a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a uno similar acorde a sus limitaciones físicas, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir desde su despido acaecido el 30 de noviembre de 2016, hasta que se produzca su reinstalación, la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y los daños morales subjetivados, estimados en 50 SMLMV.

En subsidio del reintegro, peticiona se ordene el pago de la sanción establecida en el artículo 64 del C.S.T. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró que entre el actor y la sociedad demandada existieron dos contratos de trabajo así: i) a término fijo, entre el 2 de febrero de 2010 y el 17 de diciembre de 2011; ii) a término indefinido, entre el 22 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2016, condenando a los demandados, a pagar, solidariamente al demandante la suma de \$4.941.500, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, absolviendo a la pasiva de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Lo anterior, tras considerar, que si bien no existía controversia alguna frente a la existencia del contrato de trabajo, no ocurría lo mismo frente a la modalidad pues mientras la parte actora sostenía que existió una sola vinculación a término fijo, la demandada asegura que fue más de una vinculación siendo la última a término indefinido. Así, halló probado con la aceptación de la demandada y lo advertido por los testigos, que si bien se suscribió un contrato a término fijo el 2 de febrero de 2010 este finalizó el 17 de diciembre de 2011, dada la interrupción presentada

en el primer trimestre del año 2012, siendo vinculado nuevamente el 22 de junio de 2012 y hasta el 30 de noviembre de 2016, calenda en la que la relación laboral terminó sin justa causa, pues al no haberse pactado modalidad alguna del contrato, este se entendía a término indefinido y, por ende, la finalización del plazo no podía considerarse justificante del despido.

Con relación a la estabilidad laboral reforzada, no encontró acreditado el conocimiento del empleador de los padecimientos sufridos por el actor, así como tampoco calificación de la pérdida de su capacidad laboral que dieran cuenta de sus disminuciones físicas, por ende, no se encontraba acreditado que el despido fue por sus patologías.

Por esa consideración, absolvió a la pasiva de las pretensiones dirigidas a obtener el reintegro y la indemnización por de 180 días prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Finalmente, adujo existir solidaridad de las personas naturales convocadas a la litis, dada su calidad de socios de la empresa PROHERRAJES, la cual tiene el carácter de limitada.

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, se advierte, aunque la alzada propuesta no resulta ser la más clara, dada la ambigüedad de los argumentos formulados, entiende la Sala que son dos aspectos frente a los cuales el demandante refiere su oposición, de una parte, lo relativo a la modalidad y unidad del contrato de trabajo y, de otra, la estabilidad laboral reforzada que fuera descartada por el juzgador de primer grado.

Con relación a lo primero, como bien lo sostuvo el juzgador de primer grado, en el asunto no existe controversia respecto a la prestación de servicios efectuada por el demandante a favor de la sociedad PROHERRAJES LTDA, mediante contrato de trabajo.

No obstante, mientras la pasiva funda su defensa en la existencia de diferentes relaciones laborales, el demandante sostiene que existió un solo contrato a término fijo desde el 2 de febrero de 2010, el cual se prorrogó hasta el 9 de agosto de 2017, pero fue terminado el 30 de noviembre de 2016.

En ese orden, procede la Sala con el análisis de la inconformidad presentada por la parte actora respecto a la modalidad de contrato declarado por el *a quo*, en tanto insiste el apoderado del promotor del juicio en la alzada que el vínculo que ató a las partes correspondió fue a un contrato a término fijo.

En ese orden, para resolver, conviene memorar, el contrato a término fijo se encuentra regulado en el artículo 46 del C.S.T., el cual establece que este tipo de contratos debe constar siempre por escrito, fijando el término de duración del vínculo, por lo que, para determinar si la relación del demandante con la sociedad convocada estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo, o por más de una vinculación, pasará la Sala al estudio del caudal probatorio vertido en autos.

Así, se encuentra copia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre PROHERRAJES LTDA en calidad de empleador y PEDRO DANIEL GAITAN LOPEZ, como trabajador, el 2 de febrero de 2010 con fecha de vencimiento el 17 de diciembre de ese mismo año (*páginas 23 y 24, archivo “2019-796 Fl.583 c.pdf”, expediente digital*).

Además, se aportó copia de la comunicación calendada 3 de noviembre de 2016 dirigida a PEDRO DANIEL GAITAN LÓPEZ, signada por YANETH CASTILLO con el asunto *“terminación de contrato”* (*página 27, archivo “2019-796 Fl.583 c.pdf”, expediente digital*), en la cual se informa:

“Por medio del presente documento y con la debida antelación le informo que la vigencia de su contrato de trabajo pactado con nuestra compañía vence el día 17 de diciembre de 2016; cabe anotar que en principio este no le será renovado.

Es oportuno manifestarle nuestro agradecimiento por su labor prestada en la empresa y el buen desempeño de sus funciones”

Igualmente, se halla copia de la liquidación definitiva de prestaciones sociales año 2016, en la que se indica como fecha de ingreso el 8 de enero de 2016 y de retiro el 30 de noviembre de 2016 (*página 29, archivo “2019-796 Fl.583 c.pdf”, expediente digital*).

También se incorporó certificación laboral expedida el 4 de mayo de 2016 por el Jefe de Recursos Humanos de PROHERRAJES LTDA, Dany Urrego, en la que se hace constar (página 30, archivo “2019-796 Fl.583 c.pdf”, expediente digital).

“Que el señor PEDRO DANIEL GAITAN LÓPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.159.557 de San Francisco (Cundinamarca), labora con la compañía desde el día 2 de febrero de 2010 con contrato a término FIJO, desempeñando el cargo de OPERARIO EN GALVANOPLASTIA, con un ingreso mensual de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000) MCTE.

(...)”.

Asimismo, se advierte petición dirigida a PROHERRAJES el 14 de febrero de 2017, en la que solicita se le informe, entre otras cosas, sobre la fecha de inicio y terminación de la relación laboral, el motivo de la finalización, el monto del salario devengado cada año y mes a mes (páginas 31 a 32, *ibídem.*)

En respuesta, la sociedad demandada, a través de su representante legal, mediante comunicación del 6 de marzo de 2017 (página 33 a 37, archivo “2019-796 Fl.583 c.pdf”, expediente digital) y en lo que aquí interesa, señaló:

“PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

HECHO PRIMERO: *La fecha de Ingreso del señor PEDRO DANIEL GAITAN LOPEZ fue el día dos (2) de febrero de 2010.*

HECHO SEGUNDO: *La fecha de la finalización laboral con la empresa PROHERRAJES LTDA fue el día 30 de noviembre de 2016.”*

En dicha misiva relacionó el valor de los salarios devengados por el actor de febrero a diciembre de cada año, entre 2010 y 2016.

Por otro lado, al contestar la demanda PROHERRAJES adujo ser cierto que las partes suscribieron el 2 de febrero de 2010 un contrato de trabajo a término fijo (respuesta al hecho primero, página 560, archivo “2019-796 Fl. 583c.pdf”, expediente digital).

Atendiendo las pruebas reseñadas, si bien algunas son contradictorias, a juicio de esta Sala la razón se halla del lado del actor, pues, la documental incorporada a los autos es diáfana en señalar que la vinculación estuvo regida por un solo

contrato de trabajo a término fijo entre el 2 de febrero de 2010 y el 30 de noviembre de 2016, de ello dan cuenta específicamente la copia del contrato de trabajo, la certificación laboral expedida el 4 de mayo de 2016 (*página 30, archivo “2019-796 Fl.583 c.pdf”, expediente digital*) y la respuesta dada por el representante legal a la petición que fuera efectuada por el demandante (*página 33 a 37, ibídem*), última en la que la demandada, en contraposición a lo alegado a lo largo del juicio, indicó que el vínculo laboral inició y terminó en las fechas anotadas.

Al respecto vale la pena precisar, si bien es cierto los testigos LUZ MARY MENDEZ², GERMAN MARTÍNEZ TORRES³ y LUZ ESPERANZA GONZÁLEZ⁴ advirtieron la existencia de una interrupción en la prestación del servicio según esta última en el primer semestre de 2012, lo cierto es que el relato frente a este aspecto no fue preciso, de hecho, los dos primeros no supieron indicar con exactitud o aproximación en qué fecha se dio esa solución de continuidad. Además, debe tenerse en cuenta que el dicho de estos resulta contradictorio con lo que la documental da cuenta, especialmente, lo certificado por la propia demandada.

Téngase en cuenta, en lo que atañe a la valoración de las certificaciones laborales, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha sostenido, entre otras, en sentencia del 27 de junio de 2018, SL 2600-2018, dentro de la radicación N.º 69175 en la que reiteró lo expuesto en las sentencias SL 14426 de 2014 y SL 6621 de 2017, que:

“...los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida...”

Por ello, aunque los deponentes aludieron que el demandante presentó interrupción en la ejecución de su contrato, dichas aseveraciones son contradictorias con lo certificado por la pasiva en el año 2016, en la que se consignó expresamente que la relación laboral se encontraba regida por un contrato a término fijo y estaba vigente desde el 2 de febrero de 2010, sin hacer

² Audiencia realizada el 8 de julio de 2021, récord 1:24:32 (AUDIO 2)

³ Audiencia realizada el 8 de julio de 2021, récord 14:10 (AUDIO 2)

⁴ Audiencia realizada el 8 de julio de 2021, récord 24:39

advertencia alguna frente a la terminación de la relación en data anterior o a solución de continuidad.

Bajo esas circunstancias, habrá de modificarse la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la existencia de dos contratos de trabajo, para en su lugar determinar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el 2 de febrero de 2010 y el 30 de noviembre de 2016, fecha esta última frente a la cual no se presentó controversia alguna en esta instancia.

Establecido lo anterior, analizará la Sala lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en la reseñada sentencia – C-531 de 2000- la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *“bajo el supuesto de que (...) **carece de todo efecto jurídico** el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”*, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por la Corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

- a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...”
(Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

*(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, **quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.***

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

e) Radicado SL2841 de 2020:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas **«en condición de discapacidad»**, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

*Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término **discapacidad relevante** para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.*

(....)

*Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.** Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*

(...)

*Conforme a lo anterior, **no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud**, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la

regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

En esta dirección, ha de señalarse el vínculo laboral entre las partes terminó el 30 de noviembre de 2016 por decisión unilateral de la empleadora según lo concluyó el juzgador de primer grado, aspecto no discutido en esta instancia, y en ese sentido, entra la Sala entonces a verificar si en el caso de marras se encuentran acreditados los presupuestos antes señalados, a efectos de dar aplicación a la Ley 361 de 1997.

Así, dentro del material probatorio se advierte copia de la historia clínica del demandante entre el año 2009 y el 2018 (*páginas 44 a 201, archivo “2019-796 Fl. 583 c1.pdf, expediente digital*), en la que se evidencia que el 26 de marzo de 2019, fue diagnóstico de ectopia renal y que acudió en múltiples oportunidades al servicio de urgencias en razón al dolor que dicha patología le ocasionaba. Estas visitas médicas fueron mayormente recurrentes en el año 2016, en los que asistió al menos una vez entre enero y noviembre (*ver páginas 111 a 131, 137 a 172, ibídem*).

También se aportó copia del certificado de incapacidad No. 1040100005936136 del 20 de agosto de 2016 por un día (*página 557, ibíd.*).

Además se recibió el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandada⁵ y YANETH CASTILLO⁶, quienes dijeron desconocer el estado de salud del demandante, precisando esta última, si bien se asuntó algunas veces por incapacidades, nunca bajó su rendimiento.

Asimismo, se recibieron las declaraciones de LUZ ESPERANZA GONZÁLEZ, LUZ MARY MENDEZ, GERMAN MARTÍNEZ TORRES, compañeros de trabajo del actor, quienes fueron contestes en señalar que el demandante era un buen trabajador y que sabían por comentarios de este que tenía una enfermedad en un riñón. Sin embargo, no hicieron mayor referencias a las condiciones en que este ejecutaba su labor, y aunque refirieron a sus ausencias por incapacidad, también

⁵ Audiencia celebrada el 8 de julio de 2021, récord 33:14.

⁶ Audiencia celebrada el 8 de julio de 2021, récord 51:04.

comentaron que estas eran generadas principalmente el fin de semana y eran ocasionales.

Por su parte, la testigo YEIMY GALVIS CASTILLO⁷, quien fungió como asistente administrativa en la sociedad demandada, se limitó a indicar que no recibió la historia clínica que el demandante asegura haberle entregado el día anterior al recibo de la misiva de terminación contractual, esto es, el 2 de noviembre de 2016, pues si bien aceptó que le fue entregado por el actor el documento denominado *“autorización tratamiento datos personales”* (pág. 25, *ibídem*), esta no tenía adjunta la historia clínica.

De los medios de convicción analizados, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (30 de noviembre de 2016) el demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontrara disminuido en sus facultades con ocasión de sus padecimientos de salud y aunque no se desconoce que ha requerido tratamiento para su padecimiento de *“ectopia renal”* y otras patologías asociadas desde el año 2009, ello no la ubica per sé en un estado de *“discapacidad relevante”*⁸, en tanto no se acreditó que esta patología le generara una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas, como operario en galvanoplastia⁹, pues no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades de las que se pudiera inferir que al demandante no le era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones, por el contrario sus compañeros de trabajo lo califican como un buen trabajador. Se reitera *“el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona”*¹⁰.

Enfatiza la Sala, ningún medio de prueba se incorporó al plenario tendiente a acreditar que su afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en

⁷ Audiencia celebrada el 8 de julio de 2021, récord 1:09:22.

⁸ SL2841 de 2020.

⁹ El cargo desempeñado por el actor en virtud del contrato de trabajo fue excluido del debate probatorio por la aceptación de las partes.

¹⁰ SL 12998-2017.

“condiciones regulares”¹¹, advirtiéndolo, ello no puede extractarse del interrogatorio absuelto por el demandante¹² en tanto nada se dijo sobre el particular.

Aquí se debe anotar, la Sala no cuenta con elementos suficientes para determinar que el promotor del juicio tenía un grado de limitación en el instante en que finalizó su vínculo laboral y de haberse verificado ello, lo cierto es que tal determinación no resulta suficiente para concluir la presencia de una “discapacidad relevante” en los términos explicados por el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras independiente de si el vínculo terminó, para este caso, con justa o sin justa causa, porque como quedó analizado, para ese momento el demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta o discapacidad relevante.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó el reintegro con el consecuente pago de salarios e indemnizaciones a que haya lugar.

No obstante lo anterior, como el juzgador de primer grado accedió a la pretensión subsidiaria, esto es, a la indemnización por despido sin justa causa, cuya cuantificación se ve afectada con la determinación aquí adoptada frente al contrato de trabajo, procede la Sala a su cuantificación, así.

A voces del artículo 64 del C.S.T. entrándose de contratos de trabajo a término fijo, esta indemnización corresponderá al “valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.”

En ese sentido, atendiendo la duración del contrato, en los términos del artículo 46 del C.S.T, este se prorrogó así:

¹¹ Corte Constitucional T-041 de 2019.

¹² Audiencia del 8 de julio de 2021, récord 1:18:42 (PRIMERA PARTE)

- Del 2 de febrero de 2010 al 17 de diciembre de 2010 (plazo inicial)
- Del 18 de diciembre de 2010 al 2 de noviembre de 2011 (primera prórroga)
- Del 3 de noviembre de 2011 al 17 de septiembre de 2011 (segunda prórroga)
- Del 18 de septiembre de 2011 al 2 de agosto de 2012 (tercera prórroga)
- Del 3 de agosto de 2012 al 2 de agosto de 2013 (cuarta prórroga – por 1 año)
- Del 3 de agosto de 2014 al 2 de agosto de 2015 (quinta prórroga)
- Del 3 de agosto de 2015 al 2 de agosto de 2016 (sexta prórroga)
- Del 3 de agosto de 2016 al 3 de agosto de 2017 (séptima prórroga).

Bajo tal estructura, al haberse terminado el contrato el 30 de noviembre de 2016, restaban 243 días para cumplir el plazo estipulado que multiplicados por el último salario diario (\$50.000 –último salario mensual \$1.500.000, no controvertido en la alzada-), arroja una indemnización en cuantía de **\$12.150.000**. En estos términos se modificará la decisión de primer grado.

Vencimiento plazo	Terminación Contrato	Plazo restante	Salario mensual	Salario diario	Total indemnización
3/08/2017	30/11/2016	243	\$ 1.500.000	\$ 50.000	\$ 12.150.000

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia, analizados los puntos objeto de apelación, habrá de modificarse la sentencia de primer grado, en lo que toca a la relación laboral y la sanción por despido sin justa causa, confirmándola en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que entre el

demandante y la demandada PROHERRAJES LTDA existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 2 de febrero de 2010 y el 30 de noviembre de 2016.

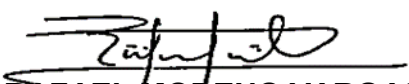
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada en lo que toca al monto de la sanción por despido sin justa causa, la cual asciende a **\$12.150.000**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 OLGA LUCIA CHAVARRO ROZO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 26 2019 00187 01)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo 16 de noviembre de los corrientes (folios 3 y 7).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR y COLPENSIONES (folios 4 a 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 desatar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y de

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 1º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 08 de octubre de 2021 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 51:48, audio archivo No. 5, acta archivo No. 6, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora OLGA LUCIA CHAVARRO ROZO, identificada con C.C N. ° 35.405.948, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR, efectuado el día 12 de diciembre de 1997, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada la demandante OLGA LUCIA CHAVARRO ROZO, identificada con C.C N. ° 35.405.948, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora OLGA LUCIA CHAVARRO ROZO, identificada con C.C N. ° 35.405.948 como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas en su contra.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto de apelación la presente decisión por parte de COLPENSIONES, se ordena la remisión del expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mencionada entidad.”

Inconformes con la decisión los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado.

El apoderado de PORVENIR censuró la decisión argumentando que para 1997 la señora demandante firmó voluntariamente la vinculación al RAIS con ese fondo privado, único requisito de validez que era exigible para la época.

Indicó que es cierto que el deber de información existe desde la creación de los fondos privados, pero advirtió que este ha tenido un desarrollo legal progresivo,

que ha incrementado las exigencias y obligaciones impuestas a las administradoras, a lo largo de los años.

Aseveró que en el caso objeto de estudio PORVENIR dio cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y el Decreto 663 de 1994, artículo 97 numeral 1, asesorando de forma verbal sobre las características del sistema a la señora demandante.

Aseveró que la solicitud de ineficacia en debate no se fundamentó en la presunta falta al deber de información, sino en la inconformidad que tiene la actora con el monto de su mesada pensional; indicó que en todo caso no sería procedente acceder a lo pretendido por cuanto la demandante decidió trasladarse y permanecer en el régimen de ahorro individual, adhiriéndose a todas las condiciones del sistema.

Otro de los puntos que censuró fue la condena por gastos de administración, consideró que en virtud de la ineficacia declarada no habría lugar a retornar los rendimientos generados por las gestiones realizadas por PORVENIR durante este tiempo y que se generaron por el cumplimiento de un deber legal, resultando contradictorio e injusto el trato diferenciado que se le da a los conceptos producto de la afiliación al régimen de ahorro individual, vulnerándose el principio de igualdad¹.

¹ **Archivo No. 5: apoderada PORVENIR (53:55):** Gracias su señoría estando en esta oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación contra el presente fallo, ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá apartándome de manea integral en lo dispuesto en el mismo y para eso pues expongo los siguientes argumentos:

En primera medida y respecto de la declaratoria de ineficacia de este traslado de régimen pensional efectuado por la demandante con mi representada se debe indicar que se insiste por parte de PORVENIR esta vinculación pues válida y también es eficaz, la demandante se vinculó para el año 1997 con mi representada firmado para ello el respectivo documento el formulario de afiliación, siendo este el único documento que se encontraba, que se requería mejor, para la fecha para hacer válidamente la afiliación o el traslado de régimen pensional, y siendo el único que pues era posible realizar este tipo de trámites.

Ahora bien, también el deber de información ha existido desde los inicio, es cierto, nunca lo ha negado PORVENIR pero lo cierto señores magistrados es que este ha tenido un desarrollo legal, ha sido de manera progresiva, se ha incrementado a lo largo de los años, pues las exigencias o la obligaciones impuestas a las administradoras, sin embargo, considera mi representada que no se realizó por parte de la juez de primera instancia la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que la demandante realizó su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a la ley 100 de 1993, y el decreto 663 en su artículo 97 numeral 1, determina que debe señalarse características del régimen, situación que pues sucedió, mi representada brindó la correspondiente asesoría, lo hizo de manere verbal como también se permite en la prueba de interrogatorio de parte, pero lo aquí importante era que no se afectara o hubiera coacción sobre ese derecho a la libre escogencia de régimen pensional, por lo que se insiste obligaciones o que PORVENIR haya guardado alguna otra prueba a aparte del formulario de afiliación o que hubiera analizado el caso en particular para el momento de un traslado, o haber realizado alguna proyección pensional o de más pues téngase que ese tipo de obligaciones no existían al momento de este traslado de régimen pensional y en aras del principio de irretroactividad de la norma no puede ser exigido a mi representada deberes que nacieran con posterioridad, y se insiste para dicho momento pues no se requería otro medio para hacer ese traslado más que ese documento, por lo que al haber existido un acto jurídico que verso la voluntad de la demandante, pues solicito se respeta la voluntad de las parte

Por otro lado la apoderada de COLPENSIONES solicita la revocatoria del fallo proferido, argumentando que en la decisión debió tomarse en cuenta que a la fecha la señora OLGA LUCIA CHAVARRO, cuenta con más de 50 años de edad, encontrándose inmersa en la prohibición sostenida en la Ley 797 del 2003 en el artículo 2 literal e.

Alega que de las manifestaciones de la demandante en el interrogatorio de parte se puede concluir que al momento de la afiliación al RAIS recibió toda la información necesaria para realizar el traslado de manera libre y voluntaria, razón por la que no se encuentran vulnerados sus derechos a la seguridad social.

Finalmente hace referencia a la afectación del principio de sostenibilidad financiera, el cual representa una garantía al derecho pensional de los colombianos de manera sostenida e indefinida, el que a su modo de ver resulta vulnerado con la decisión proferida por la Juez de primer grado².

y si se le de el valor que merece pues esta formulario de afiliación, que la actora suscribió prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos para dicho momento y la voluntad expresa de la afiliada que ella entendía que este acto jurídico era vital para su futuro pensional y se sometía a las condiciones de régimen pensional para dicho momento o para cualquier cambio que pudiera tener durante su vinculación con el régimen de ahorro o con mi representada.

Ahora bien, señores magistrados otro factor aquí importante referente a la solicitud de la ineficacia, y es que aquí la ineficacia legal en si no es por la presunta falta de deber de información que se hubiera podido presentar por parte de PORVENIR, sino es por lo concerniente o la informidad que tiene la demandante con su mesada pensional como así se manifestó en su interrogatorio y pues téngase que esta situación es suficiente para determinar que pues una ineficacia, se recuerda que para dicha época no era posible determinar si la demandante iba a lograr o no una mesada pensional y también debe precisarse que la finalidad del sistema general de pensiones pues es proteger las diferentes contingencias, situación que no implica entonces que se deba reemplazar el ingreso ordinario del afiliado que estuviera recibiendo para el momento en que se haga efectivo el reconocimiento o que la mesada pensional en los dos régimen sea el mismo, en legislador creó estos dos regimenes excluyentes entre sí, con diferentes condiciones de financiación por lo que al momento en que la actora decidió trasladarse y el momento en que decidió permanecer todos estos años en el régimen de ahorro individual, realizando las debidas cotizaciones, aportes y aceptando los rendimientos que se generaron y demás pues ella se estaba, se había adherido a estas condiciones de financiación del régimen de ahorro individual y además de que son de público conocimiento, por lo que la actora podía acceder a el en cualquier momento.

Ahora referente a la condena de gastos de administración y esto como segundo punto de mi recurso de apelación, considera que mi representada que en consideración a las restituciones mutuas pues resulta contradictorio esta condena, por cuanto se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional y por lo tanto pierden los efectos del traslado, por lo que esta situación se condena a los fondos a devolver los gastos de administración. Sin embargo, si fuera a dejar si efectos el acto jurídico pues del traslado, pues claramente la actora no tendría derecho a retornar los rendimientos generados por las gestiones realizadas por PORVENIR durante este tiempo y además que fue por cumplimiento de un deber legal, y por lo tanto, pues es contradictorio e injusto pues este trato diferenciado que se le da a los conceptos producto a la afiliación al régimen de ahorro individual. Entonces pues estamos en una circunstancia que claramente desconoce el principio de igualdad y los efectos de la declaratoria de la ineficacia, y además pues que por medio del artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues se establece cuáles son los aportes y a que están destinados. Si mi representada hizo alguna deducción por gastos de administración, sumas adicionales, y demás pues lo hizo amparada en la ley y además hizo un correcto uso de los recursos de la demandante.

Por lo anterior entonces señores magistrados solicito en primera medida revocar en su integridad el presente caso o en caso de que se confirme, se nos absuelva de la condena de devolver gastos de administración. Muchas gracias.

² **Archivo No. 5 Apoderada COLPENSIONES (1:00:29):** Muchas gracias señora juez en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación para que se surta ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante OLGA LUCIA CHAVARRO ROZO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 10-14 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4-10), aspirando se declare la nulidad de su vinculación al RAIS con el fondo SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; se ordene la devolución de saldos y aportes consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES; el reembolso de los gastos de administración; se ordene a COLPENSIONES recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad; se condene a PORVENIR S.A. reconocer y pagar la suma de 50 smmlv de que trata el art. 13, literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora demandante, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP**

Dicha apelación la sustentó de la siguiente manera: se debe tener en cuenta que a la fecha la demandante la señora OLGA LUCIA CHAVARRO, cuenta con más de 50 años de edad, por lo tanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición sostenida en la ley 797 del 2003 en el artículo 2 literal e, el cual me permito rezar, rezar de la siguiente manera:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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”

Nótese honorables magistrados como al momento de absolver el interrogatorio de parte, la demandante manifiesta como lo asesores de PORVENIR le manifestaron entre otras cosas que podría pensionarse a cualquier edad, por lo que para esta apoderad judicial le genera una duda, y es porque la demandante no se motivó a pensionarse o a preocuparse a preguntarse siquiera por su futuro (inaudible) atrás, dejando y acaeciando todas las obligaciones tanto en los fondos privados que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad, como a mi representada que administra el RPM.

Se puede concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue realizado dicho traslado de manera libre y voluntaria, su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende no se le vulneró ningún derecho a los que está alegando en el libelo demandatorio.

Igualmente Honorables magistrados, quisiera traer a colación y generar una gran pregunta acerca del principio de sostenibilidad financiera, el cual representa una garantía al derecho pensional de los colombianos de manera sostenida e indefinida, por lo que el fallo proferido en la mañana de hoy, por el juzgado 1 de descongestión laboral pues vulneraría de una u otra manera el principio de sostenibilidad financiera en tanto que se genera una situación caótica, que obligaría a tener los recursos del sistema pensional y desconocer irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa a la orden de gestión de los recursos en la mayoría de los casos no están presupuestados, en la medida que surgen de una manera o contingencia por la declaratoria judicial.

Así las cosas Honorables magistrados les solicito se absuelva a mi representada de toda condena y se niegue las suplicas de la demanda. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, señora juez, muchas gracias.

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., efectuado el día 12 de diciembre de 1997; se declaró válidamente vinculada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado; se condenó a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO 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 como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y no impuso condena por costas.

La a quo fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1421; SL-1452; SL-1688 y SL-1689 del 2019 en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado.

En referencia con la pretensión destinada a obtener el reembolso de los gastos de administración la Juez de primer grado consideró que el efecto inmediato de la declaratoria de ineficacia es precisamente que las cosas deban retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, como si el traslado al RAIS nunca se hubiese efectuado lo que conlleva a que PORVENIR deba devolver todos los aportes y sumas adicionales como rendimientos financieros, bonos pensionales sin descontar gastos de administración a COLPENSIONES³.

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

³ Audio No. 5 minuto 1:05.

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (fl. “52, archivo No. 1, expediente digital), la actora nació el 21 de septiembre de 1959, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 30 de junio de 1995⁵, contaba con más de 35 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 12 de diciembre de 1997 con fecha de efectividad 13 de diciembre de 1997 (folio 238,242) y que para el 30 de junio de 1995 contaba apenas con 4,29 semanas -equivalentes a 1 mes de servicios- (archivo No. 1, folio 358), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁶, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y

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

⁵ **Decreto 1068 de 1995 por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial.** art. 1, se aplica en este caso porque la demandante desde el 01 de junio de 1995, laboraba para la Secretaría de salud pública de la Gobernación de Cundinamarca, como consta en el reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES obrante a folios 358-364 y como lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte.

⁶ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios

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

Previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a la historia laboral emitida por PORVENIR (folios 56-116) la demandante aún labora al servicio de la Secretaría de salud pública de la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA, 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

que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

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 demandante 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 **12 de diciembre de 1997 con fecha de efectividad 13 de diciembre de 1997**⁷, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP.

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

⁷ Reporte SIAFP paginas 238, 242 y formulario de vinculación a PORVENIR pág. 54.

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 tunc⁸, 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

⁸ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe,

como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte 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 2011⁹, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁹ “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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la hoy accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante¹⁰ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que para el año 1997 laboraba en la SECRETARÍA DE SALUD de la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA entidad que a través de la

¹⁰ Audiencia virtual realizada el 08 de octubre de 2021, audio No. 05, minuto 08:00 expediente digital.

dirección de recursos humanos, reunió a los trabajadores en el salón de gobernadores a fin de celebrar una reunión con asesores de PORVENIR S.A. quienes promocionaron la afiliación al RAIS con ese fondo privado enfatizando sus argumentos en las supuestas ventajas de ese régimen pensional como la posibilidad de pensionarse con una mesada más alta y a una edad más temprana, aunado al hecho de la inminente quiebra del ISS, razón por la que estaban en riesgo los aportes que llevaba cotizados hasta esa data, siendo recomendable afiliarse a ese fondo que le garantizaba iguales o mejores expectativas de pensión y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR¹¹, 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada 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 –PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características,

¹¹ Formulario de vinculación a PORVENIR pág. 54.

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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea¹².

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado-12 de diciembre de 1997-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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.

¹² Formularios de vinculación a PORVENIR pág. 39 archivo No. 1 y pág. 64, archivo No.6.

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 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a la potencial 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 (12 de diciembre de 1997¹³), 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.

¹³ Formularios de vinculación a PORVENIR pág. 54.

Ahora frente a uno de los argumentos de apelación de la apoderada de COLPENSIONES, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no haya mantenido el beneficio de la transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (12 de diciembre de 1997 con fecha de efectividad el 13 de diciembre de 1997 fl. 238, 242), el deber de información para con la demandante, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Consecuente a lo anterior también es procedente ordenar el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

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

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la convocante, a Colpensiones sin que proceda ningún tipo de descuento por esas sumas.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹⁴ (fls. 344-356) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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

¹⁴ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 15 de junio de 2021, archivo No. 1, folio 396.

devolución de sumas adicionales, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

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

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

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y resueltos 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.

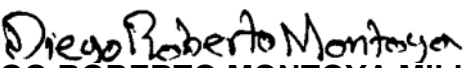
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

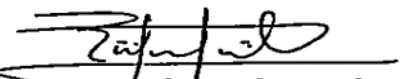
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) 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 CARLOS ARTURO
MALDONADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 26 2020 00412
01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 2 de noviembre de los corrientes (folios 13 y 18).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 22 a 24) y las demandadas PORVENIR S.A (folios 3 a 6) y COLPENSIONES (folios 13 a 17), 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 desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 06 de septiembre de 2021 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 34:18, audio archivo No. 14, acta archivo No. 13, expediente digital), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante CARLOS ARTURO MALDONADO GARCIA al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de julio de 1996 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana De Pensiones -COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*

***QUINTO: CONDENAR** en costas en esta instancia al Fondo De Pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000 pesos. ”*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado.

En primer lugar, advierte que con las documentales aportadas en el plenario acreditó que en una oportunidad prudente y oportuna cumplió con su deber de información al demandante; consideró que en la sentencia de instancia no se hizo una valoración sobre la normatividad vigente para el año 1996, alega que para esa data la AFP cumplió con las cargas de información que le eran impuestas; señaló que en el 2014 PORVENIR mediante correo electrónico advirtió al actor sobre prohibición legal de regreso en la que se encontraría inmerso al cumplir los 52 años de edad.

Por último, censuró la condena por devolución de rendimientos junto con los gastos de administración pues considera que los rendimientos financieros resultan ser una característica exclusiva y privativa del régimen de ahorro individual con solidaridad y su devolución pondría al señor demandante en una posición diferente a la que tendría al haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida¹.

¹ Expediente digital, archivo No. 14, apoderado PORVENIR (35:19): Si su señoría estando dentro de la oportunidad muy respetuosamente presentar recurso de apelación contra la sentencia de instancia, solicitando al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, sirva revocar las condenas impuestas a mi representada sustentándome en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, Honorables magistrados si bien es cierto nuestro órgano de cierre ha emitido precedente jurisprudencial bastante amplio en la materia, cabe recalcar que esta Corporación ha indicado que se debe analizar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados demandantes, para mi representada resulta impedir las documentales obrantes en el plenario, no únicamente denota del formulario de vinculación la existencia de un traslado de régimen pensional sino también mi representada ha aportado al plenario las documentales que prueba que ha estado suministrado la información al señor demandante cumpliendo también con esa carga de haberle advertido en una oportunidad prudente y oportuna el hecho de que se encontraba próximo a incurrir en la prohibición legal de regreso que pues ese es una de las principales razones que nos convoca a estar en día en el presente proceso judicial.

De igual manera, pues mi representada considera que en la sentencia de instancia no se hizo una valoración sobre la normatividad vigente para el año 1996 como quiera que si bien el deber de información se ha vuelto más exigente con el deber de los años, precisamente por este desarrollo jurisprudencial y normativo en la materia, pues para ese momento el año 1996 mi representada cumplió con esas cargas información que le eran oponibles (inaudible) una fe objetiva en la que se ha enmarcado toda su actuación a lo largo de la vinculación del señor demandante con PORVENIR, prueba de esto es la comunicación enviada en el año 2014 advirtiéndole al señor demandante la prohibición legal de regreso en la que se encontraría inmerso cumplido los 52 años de edad, pues en este punto mi representada se aparta respetuosamente de la valoración que hizo la señora juez, al indicar que no se le advirtió al señor demandante que debería estar pendiente pues de su correo electrónico de informarse como quiera pues que como todo consumidor financiero también tiene unos deberes que le atañen a estar atento a las comunicaciones que le enviar la administradora, en ese sentido es notorio que el correo electrónico al cual mi representada dirigió dicha comunicación, es el mismo correo electrónico que el demandante suministra a su escrito de demanda para efectos de notificaciones del presente proceso judicial, en tal sentido pues Honorable Magistrados se solicita analizar de manera particular las gestiones que ha tomado (inaudible) aquí demandante la devolución y condición de su situación pensional que no solo se prueba con esa comunicación sino con los diferentes extractos de la cuenta individual que le fueron suministrados. Aunado a esto pues se reitera para dicha oportunidad no estaba en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones privadas dar un buen consejo, una doble asesoría en ese punto me permito recalcar que estas cargas fueron únicamente impuestas con el Decreto 2555 del año 2010, el decreto 2061 de 2015 y la ley 1748 del mismo año.

Por último, y apartándome respetuosamente de la condena de devolver conjuntamente rendimientos con gastos de administración pues mi representada considera que se debe analizar esta situación a la luz que, los rendimientos financieros resultan ser una característica exclusiva y privativa del régimen de ahorro individual que al ser trasladados íntegramente con los aportes obligatorios del señor demandante pues lo pondría en una posición diferente (inaudible) continuado al régimen de prima media, en ese entendido no sería dable ir en contravía de la figura de la ineficacia pues toda vez que este traslado desbordaría los efectos de dicha figura jurídica, en el entendido que la ineficacia es por tener que el negocio jurídico nunca se realizó y retrotraer las cosas al estado inicial, en ese sentido pues no sería lógico devolver unos rendimientos financieros que son exclusivamente privativos de este régimen, y que pondrían al señor demandante en una posición diferente a la que tendría al haber permanecido en este régimen público, pues esta apreciación tiene sustento también en la sentencia 371 del 2018 que se refirió pues a este punto dado que al recibir estos dineros que se encuentran en el régimen de ahorro individual con solidaridad diría también una contradicción en lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Ahora bien, respecto de los gastos de administración pues estas sumas también han sido descontadas por ser aprobadas o bueno por ser permitidas en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, al igual que a las sumas por seguros previsionales que se han descontados para amparar al señor demandante frente a los riesgos de invalidez o la muerte. En tal sentido señores Magistrados hay elementos materiales probatorios suficientes para revocar la sentencia de instancia y absolver a mi representada de las condenas impuestas en el fallo proferido el día de hoy, en los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias su señoría.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **CARLOS ARTURO MALDONADO GARCIA** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (página 16, archivo No. 1 “demanda y anexos”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Ibídem, pág. 3-7), aspirando se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a tramitar de manera inmediata o en un plazo máximo de 15 días a partir de la ejecutoria de la sentencia, su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por COLPENSIONES; se CONDENE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a tramitar de manera inmediata el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES de los valores consignados en la cuenta de Ahorro Individual; lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de julio de 1996; condenó al fondo de pensiones Porvenir a transferir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado.

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

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el acápite de hechos (fl.3, archivo No. 1 “demanda y anexos”, expediente digital) se registra como fecha de nacimiento el 21 de abril de 1963, hecho que las demandadas aceptaron en las contestaciones a la demanda y que incluso se constata en el reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES (páginas 37-40 archivo No. 5 “contestación de la demanda 08-03-2021”, expediente digital) por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 22 de septiembre de 2020 (fls. 40-46 archivo No. 1 “demanda y anexos”, expediente digital)), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional - tenía 56 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 253,12 semanas cotizadas³, equivalentes a 4,92 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de julio de 1996 con fecha de efectividad 01 de septiembre de 1996**⁴, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP.

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 Reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, páginas 37-40 archivo No. 5 “contestación de la demanda 08-03-2021”, expediente digital.

⁴ Reporte SIAFP paginas 25-26, archivo No. 6 “contestación demanda 08-03-2021” y formularios de vinculación a PORVENIR pág. 39 archivo No. 1 y pág. 64, archivo No. 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que para el año 1996 laboraba en una farmacéutica a la que acudieron dos asesores de PORVENIR, realizaron una reunión en el auditorio ofreciendo la posibilidad de vincularse a ese fondo de pensiones enfatizando sus argumentos en la posibilidad de pensionarse con una mesada más alta y a una edad más temprana, aunado al hecho de la inminente quiebra del ISS, razón por la que estaban en riesgo los aportes que llevaba cotizados hasta esa data, siendo recomendable afiliarse a ese fondo que le garantizaba iguales o mejores expectativas de pensión y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de

⁷ Audiencia virtual realizada el 01 de junio de 2021, audio No. 09, minuto 16:50 expediente digital.

acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR⁸, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierte ausentes en el plenario.

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 –PORVENIR- 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea⁹.

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado-30 de julio de 1996-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de

⁸ Formularios de vinculación a PORVENIR pág. 39 archivo No. 1 y pág. 64, archivo No. 6.

⁹ Formularios de vinculación a PORVENIR pág. 39 archivo No. 1 y pág. 64, archivo No.6.

Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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 1996, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar al potencial 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (30 de julio de 1996¹⁰), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado

¹⁰ Formularios de vinculación a PORVENIR pág. 39 archivo No. 1 y pág. 64, archivo No. 6.

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.

Otro aspecto que alegó la apoderada de PORVENIR en su recurso, fue el hecho de que el demandante haya sido renuente frente a un mensaje de datos que esa AFP remitió a su dirección electrónica en el año 2014 mediante el cual le comunicaron la prohibición legal de regreso en la que se encontraría inmerso al cumplir los 52 años de edad; ante dicho documento valga la pena precisar que no fue aportado en el plenario y en todo caso esta sala advierte que esa presunta comunicación remitida al actor no puede exculpar a la AFP por la omisión fraguada en julio de 1996, época en la que la administradora de pensiones debió velar por el cumplimiento de su deber de buen consejo y haber suministrado a la hoy demandante todos los insumos para que su decisión de traslado se cimentara en una voluntad informada.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con

prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actor vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹¹ (pág. 9 archivo No. 5) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 8 de abril de 2021, archivo No. 7.

consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS.

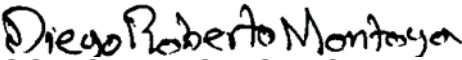
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) 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 SALVADOR
CARREÑO MONSALVE CONTRA LA EMPRESA COLOMBIANA DE
PETRÓLEOS – ECOPETROL S.A. (RAD. 27 2019 00086 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos en esta instancia únicamente por el demandante (folios 186 a 189), pues durante dicho interregno la sociedad demandada guardó 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:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de agosto de 2021 (*Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 181, récord 16:27, Acta folio 182*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de las pretensiones de la demanda formuladas por el señor SALVADOR CARREÑO MONSALVE a ECOPETROL S.A, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, formuladas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante, en la suma de \$500.000 pesos como agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora la apeló, solicitando se revoque la misma y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Como argumentos de la alzada, sostiene, incurre el juzgador en un varios errores de hecho al “no dar por demostrado, estándolo” que causaba sus vacaciones en el mes de septiembre, teniendo en cuenta la fecha en la que ingresó, desconociendo con ello la certificación dada por ECOPETROL en la que consta su antigüedad.

Asevera, tampoco se tuvo en cuenta que el 15 de enero de 1999, encontrándose retirado el trabajador, la demandada emite el pago de salarios, prestaciones legales y extralegales y unas “vacaciones por dinero” que no fueron incluidos en la base de liquidación de su pensión, por una indebida valoración que se hizo del material probatorio.

Además, sostiene, se dio una interpretación al numeral 4.3.3 que no le era dable efectuar a la juzgadora de primer grado, que le conllevó dejar de considerar un valor que constituía factor salarial y había sido devengado en el último año de servicios del trabajador.

Igualmente, critica el que no se hubiere tenido por probado que el beneficio del 4% en dinero, pagado el 15 de enero de 1999, hace parte de la base de pensión por el valor de \$1.845.963 pesos¹

¹ “Gracias su señoría, el recurso de apelación lo fundo en los siguientes errores de hecho. No da por demostrado estándolo por parte del despacho que el trabajador cumplía sus vacaciones, fecha de antigüedad el mes de septiembre de cada año porque ingreso a trabajar el 19 de septiembre de 1968 y era la fecha de causación de las vacaciones, como es un error protuberante y bastante visible, porque se entregó la certificación con fecha del 18 de octubre de 2018, en la cual ECOPETROL certifica que la fecha de antigüedad es del 19 de septiembre de 1968 correspondiendo a la fecha de antigüedad.

Segundo error de hecho, no dio por demostrado estando que el 15 de enero de 1999 ECOPETROL emite el retiro de pago del salario y prestaciones legales, sociales, legales o extralegales o beneficios, de la demandada a simple ojo y sin esfuerzo encontramos, tiempo regulado, sobre tiempo diurno 3.965, descansos trabajados 12160, domingos o festivos 12160, sobre tiempos dominicales festivos 15975, sobre tiempo nocturno 35554, sobre tiempo nocturno festivo 11185, eso me está diciendo que el devengo de la quincena del mes de diciembre, del mes de enero del año 99 no fue incluida en la base de pensión, tal y como lo afirmo la sentencia, porque tomó el periodo del 29 diciembre de 97 al 30 de diciembre de 1998, a pesar que en los alegatos de conclusión fui enfático diciéndole al despacho, que se visionara el folio 35 de la demanda, donde está el recibo de pago como prueba fehaciente de los devengos del señor SALVADOR CARREÑO del último año de servicios que fueron cancelados el 15 de enero del año 1999 cuando ya no era trabajador de ECOPETROL.

Igualmente, cito un error de hecho visible está probado que en el numeral atinente al tiempo del tiempo de antigüedad en servicios el señor SALVADOR CARREÑO recibe un pago, un devengo, en el recibo de pago del 15 de enero de 1999 por concepto de vacaciones por dinero, que el mismo ECOPETROL en la demanda dice que se equivocaron, que eran vacaciones en tiempo y no en dinero, eso contrastado con el numeral 4.3.2 del acuerdo del acuerdo 01 de 1997 que dice se le pagará al empleado con ocasión de las vacaciones una prima en dinero igual a un mes de salario básico que devenga en ese momento, este beneficio solamente se aplicara solamente a las vacaciones causadas al 01 de abril de 1983, esta prima constituye salario y se computara como tal para las prestaciones, esta probado que ese devengo se lo

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del actor en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda (folios 3 a 6), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite

pagaron el 15 de enero de 1999, el despacho no consideró esa prueba, la dejó por fuera por una indebida valoración probatoria, le está afectando el derecho a la prima de vacaciones en dinero.

Esta probado que el auxilio de dinero del numeral 4.3 auxilio por años de servicio, es un error en derecho, porque no dio por demostrado estándolo que el señor no tomó vacaciones en tiempo como lo aseguró ECOPETROL, que está equivocado sino que vacaciones en dinero, y dice claramente el numeral 4.3.3 del acuerdo 01 de 1977 “la que se tome en dinero será plena incidencia salarial, aquí no está hablando de promedio, ni de vacaciones acumuladas, ni absolutamente nada de eso, que fue el aderezo que lo colocó al despacho al acuerdo 01, interpretó el acuerdo 01, había que aplicarlo literalmente, no colocarle ningún aderezo que no le está al juzgador interpretar los acuerdos entre patrón y trabajador, sino aplicarlo como está reglado, como existe ese error de hecho no haber dado por probado estándolo que la parte en dinero que se pagó el 15 de enero del año 1999, vacaciones sin dinero \$3.977.624 es concordante, consonante con el numeral 4.3.3 del acuerdo 01 de 1977, está probado que comete un error de hecho, al no dar por probado estándolo que el auxilio de vacaciones que se reconoció como devengo el 15 de enero de 1999, por la suma de \$3.067.953 hace parte salarial del último año de servicios del trabajador, porque el devengo más el ingreso tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia hacen parte integral del último año de servicios, así lo dice la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia que referente ECOPETROL, donde dice claramente que lo percibido y lo devengado, y entonces como hay un error de hecho al no aplicar el precedente jurisprudencial sentencia 41054 del 06 de agosto de 2013, de la Sala de Casación Laboral, donde señalo “ Así las cosas si bien es cierto según la Corte Suprema de Justicia el término percibido del monto efectivamente recibido dentro de esa anualidad, si la palabra devengo hace referencia a lo causado en un espacio determinado de tiempo”, quiere decir que el devengo del 15 de enero de 1999, hace parte integral de la liquidación para la base de pensión, que no fue tenido en cuenta por ECOPETROL.

Igualmente, existe un error de hecho al no haber probado estándolo que el beneficio 4% en dinero, pagado el 15 de enero de 1999 hace parte de la base de pensión por el valor de \$1.845.963 pesos, igualmente ocurre con los errores de hecho.

El siguiente error en derecho, no le da aplicación al artículo 53 de la Constitución política, en armonía del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud a que ese desconocimiento lo llevo, llevó al despacho a ignorar la prueba que se encuentra dentro del plenario, tanto por ECOPETROL como la parte demandante, que es el recibo de pago del salario, prestaciones sociales, legales y extralegales o beneficios de ECOPETROL del 15 de enero de 1999, donde está claramente probado que al trabajador no le incluyeron dichos devengos en la base de pensión.

Igualmente, incurre en un error en derecho al desestimar el artículo 263 del Código Sustantivo del Trabajo en virtud que la aplicación plena y concreta del acuerdo 01 debería aplicarse textualmente y como está concedido por las partes, dicho desconocimiento llevó a la juez, al a quo a tomar una decisión en contra del trabajador, cuando todas las pruebas están mostrando lo contrario. Por lo anterior, muy respetuosamente le solicitó al Magistrado Ponente revocar íntegramente la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder las pretensiones de la demanda que están debidamente probadas, y sobre todo la prueba reina del recibo de pago de salario, prestaciones sociales legales y extralegales o beneficios de ECOPETROL del 15 de enero de 1999, y la certificación emitida por ECOPETROL donde demuestra que el señor SALVADOR CARREÑO ingreso el 19 de septiembre del año 1968, siendo esa fecha la que determina la causación de vacaciones y demás prestaciones vacacionales.

En tal sentido ruego al señor Magistrado Ponente condenar en costas de alzada y permitir que el trabajador verdaderamente goce de sus derechos tal y como está reglado en el acuerdo 01, en la Constitución Política y en el Código Sustantivo del Trabajo. Su señoría he sustentado o mi recurso de apelación, muchas gracias.”

respectivo (folios 6 a 8), solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual finalizó por haber cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Además, que el régimen de salarios, prestaciones sociales y otros beneficios aplicables al vínculo laboral se rige por el Acuerdo 01 de 1977 aplicable al personal directivo, técnico y de confianza de la demandada y que ECOPETROL dejó de reconocer la suma de \$1.267.700 de salarios, \$564.040 por horas extras y dominicales, \$3.977.624 de vacaciones en dinero, \$3.067.953 de auxilio a las vacaciones en dinero, \$5.113 de “auxilio de años de servicio”, \$1.002.892 de bonificación semestral, en la base para liquidar su pensión, pese a la incidencia salarial de estos conceptos y haber sido devengados en el último año de servicios. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle

“(…) los valores acumulados dejados de reconocer en los gananciales promedios del último año de servicios, como son: SALARIOS, TIEMPO EXTRA DOMINICAL, PRIMA DE HABITACIÓN, VACACIONES EN DINERO, PRIMA DE VACACIONES, AUXILIO POR AÑOS DE SERVICIOS, BONIFICACIÓN ESPECIAL SEMESTRA, cuyo valor indexado desde la primera mesada pensional, es por la suma de Cuatrocientos Setenta Millones Trescientos Quince Mil Ciento Treinta y Tres Pesos Monda Legal (\$470.315.133).

(…) el valor de la pensión ajustada a partir de la fecha que el despacho lo disponga, por la suma de Once Millones Ochenta y Siete Mil Trescientos Quince Pesos Moneda Legal (\$11.087.315).

(…) por concepto de la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo. (...)”

Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones por cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que no había lugar a la reliquidación pretendida, porque, una vez efectuadas las operaciones respectivas y revisada la documental obrante en el plenario, se podía concluir que la prestación reconocida por ECOPETROL se encontraba en debida forma. Igualmente, estimó, no procedía la indexación de la primera mesada pensional por cuanto entre el retiro del trabajador y el otorgamiento de la pensión no existió interrupción alguna. Desestimó el pago de la sanción moratoria por no encontrar cifras adeudadas a favor del actor.

Para resolver entonces, se tienen como hechos probados los siguientes:

i) Que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 19 de septiembre de 1968 y el 29 de diciembre de 1998, el cual finalizó en razón al reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del empleador.

ii) Que al demandante le fue reconocida por parte de ECOPETROL pensión de jubilación, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 01 de 1977, a partir del 30 de diciembre de 1998.

Los anteriores supuestos además de haber sido excluidos del debate probatorio por la aceptación de las partes, fueron conclusiones a las que arribó la juzgadora de primer grado frente a las cuales ningún reparo se formuló, además, se verifican con la documental que milita en autos (folios 35, 36, 40 a 41).

De tal manera, 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*).

En esa orientación, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer, si hay lugar a la reliquidación de la mesada pensional que fuera reconocida por la demandada a favor del demandante.

Frente a ese particular, cabe señalar, de conformidad con lo previsto en el numeral 4.5 de Acuerdo 01 de 1977 de ECOPETROL, la pensión de jubilación o de vejez será “*equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio*” (folio 55), sin hacer específica mención a los conceptos que para el efecto tienen incidencia salarial.

Ahora, de acuerdo con la copia de la liquidación de la pensión militante a folio 36, la mesada pensional del demandante ascendió a la suma de **\$2.399.744**, correspondiente al 75% del promedio de ganancias del último año, aumentado en un 25% por los años adicionales a los 20 requeridos para acceder al derecho.

En ese orden, resulta necesario establecer cuáles son los conceptos que corresponden al término de “*ganancias*”, con miras a determinar si, en efecto,

ECOPETROL dejó de tener en cuenta como tales, los montos reclamados por el actor, lo que de contera, daría lugar a la reliquidación pretendida.

Pues bien, la demandada en certificación expedida el 14 de septiembre de 2018, hace constar (folios 40 a 41).

“Que según información que reposa en el expediente laboral en certificado firmado por el (la) jefe Dpto de personal, los factores salariales del último año de servicio, en el periodo comprendido entre Diciembre de 1997 y Diciembre de 1998, menciona lo siguiente:

“(…) Para los efectos de la liquidación de la Pensión de Jubilación, CERTIFICAMOS que SALVADOR CARREÑO MONSALVE. REGISTRO 2-9144, devengó en el año de servicios comprendido entre el 30 de Diciembre de 1997 y el 29 de diciembre de 1998, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se especifican:

CONCEPTO	VALOR
Salario básico	\$ 16.800.727,00
Horas extras - Dominicales	\$ 6.435.690,00
Viáticos permanentes	\$ 0,00
Enfermedad	\$ 0,00
Accidente	\$ 0,00
Prima de Habitación	\$ 1.859.875,00
Vacaciones en tiempo	\$ 0,00
Auxilio de Vacaciones	\$ 1.533.900,00
Auxilio por años de servicio en tiempo	\$ 0,00
Auxilio por años de servicio en Dinero	\$ 1.840.850,00
Bonificación quincenal	\$ 0,00
Bonificación semestral	\$ 2.245.676,00
Permiso remunerado	\$ 0,00
TOTAL	\$ 30.716.718,00

(…)”

Esta suma resulta consistente con la consignada en la liquidación de la pensión (folio 36).

No obstante, el demandante considera que debieron tenerse en cuenta las siguientes sumas y conceptos:

- Salarios	\$1.267.700
- Horas extras dominicales	\$564.040
- Vacaciones en dinero causadas	\$3.977.624
- Auxilio de vacaciones causadas	\$3.067.953

- Auxilio año de servicio \$5.113
- Bonificación semestral \$1.002.892

Además en la apelación alega, reiterando los argumentos de su demanda, que los valores que fueran cancelados por el empleador en la nómina del 15 de enero de 1999 (folio 37), no fueron tenidos en cuenta por este al momento de liquidar al prestación a su favor, lo que deduce precisamente de la calenda en que se efectuó el pago de dichos emolumentos.

Al respecto entonces, procede la Sala a pronunciarse sobre cada uno de los conceptos echados de menos por el actor en su liquidación así:

Con relación a los **salarios** se tiene, de conformidad con los desprendibles de nómina que militan a folios 160 a 173, entre diciembre de 1997 y junio de 1998, la retribución básica devengada por el convocante era de \$1.267.700, y entre julio y diciembre correspondía a \$1.533.900. Así, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, claro resulta que en el último año de servicios el actor devengó un total de \$16.800.727, así:

Año	Días	Salario	Salario diario	Devengado
dic-97	1	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 42.257,00
ene-98	30	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 1.267.700,00
feb-98	30	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 1.267.700,00
mar-98	30	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 1.267.700,00
abr-98	30	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 1.267.700,00
may-98	30	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 1.267.700,00
jun-98	30	\$ 1.267.700,00	\$ 42.257	\$ 1.267.700,00
jul-98	30	\$ 1.533.900,00	\$ 51.130	\$ 1.533.900,00
ago-98	30	\$ 1.533.900,00	\$ 51.130	\$ 1.533.900,00
sep-98	30	\$ 1.533.900,00	\$ 51.130	\$ 1.533.900,00
oct-98	30	\$ 1.533.900,00	\$ 51.130	\$ 1.533.900,00
nov-98	30	\$ 1.533.900,00	\$ 51.130	\$ 1.533.900,00
dic-98	29	\$ 1.533.900,00	\$ 51.130	\$ 1.482.770,00
TOTAL DÍAS	360	SALARIOS ÚLTIMO AÑO		\$ 16.800.727,00

Como se ve, dicha cifra resulta consistente con la tomada por ECOPETROL para calcular la prestación -\$16.800.727-, precisando, no hay lugar a restar los \$51.130 –como lo hace el demandante en sus operaciones, folio 49- que fueran descontados al trabajador en su liquidación final (que es lo que figura cancelado en la nómina de enero de 1999, folio 37), pues ECOPETROL no los

tuvo en cuenta y, en todo caso, correspondería al salario del 30 de diciembre de 1998 que no fue laborado –el contrato finalizó el 29 anterior- y de todas formas no está comprendido en el último año de servicios.

En lo que toca a las **horas extras**, se procedió igualmente a contabilizar todas las sumas pagadas al trabajador bajo las denominaciones “*SBT DIURNO, DESC TRABAJADOS DOM Y/O FESTIVO SBT DIU DOM/FES, SBT NOCTURNO*”, en el último año de servicios, según los desprendibles de nómina (folios 160 a 173), incluyendo los valores cancelados en la liquidación final (folio 37 y 173 vto.) que en la alzada se aseguran no contabilizados, lo cual arrojó la suma de **\$6.435.600,00²**, cifra levemente inferior a la considerada por ECOPETROL en la liquidación -\$6.435.690, folio 40 vto.-

2

MES	DEVENGADO HORAS EXTRAS - DOMINICALES
ene-98	\$ 3.301,00
ene-98	\$ 84.514,00
ene-98	\$ 169.028,00
ene-98	\$ 36.976,00
ene-98	\$ 36.976,00
feb-98	\$ 6.602,00
feb-98	\$ 84.514,00
feb-98	\$ 6.603,00
feb-98	\$ 46.220,00
feb-98	\$ 9.244,00
feb-98	\$ 3.301,00
feb-98	\$ 84.514,00
feb-98	\$ 126.771,00
feb-98	\$ 18.488,00
feb-98	\$ 9.244,00
mar-98	\$ 42.257,00
mar-98	\$ 46.220,00
mar-98	\$ 9.244,00
mar-98	\$ 9.903,00
mar-98	\$ 126.771,00
mar-98	\$ 32.534,00
mar-98	\$ 27.732,00
abr-98	\$ 29.709,00
abr-98	\$ 126.771,00
abr-98	\$ 126.771,00
abr-98	\$ 6.603,00
abr-98	\$ 9.244,00
abr-98	\$ 18.488,00
abr-98	\$ 19.806,00
abr-98	\$ 169.028,00

abr-98	\$	169.028,00
abr-98	\$	19.809,00
abr-98	\$	9.244,00
abr-98	\$	9.244,00
may-98	\$	13.204,00
may-98	\$	84.514,00
may-98	\$	32.354,00
may-98	\$	18.488,00
may-98	\$	42.257,00
may-98	\$	126.771,00
may-98	\$	6.603,00
may-98	\$	46.220,00
may-98	\$	18.488,00
jun-98	\$	16.505,00
jun-98	\$	42.257,00
jun-98	\$	169.028,00
jun-98	\$	18.488,00
jun-98	\$	36.976,00
jun-98	\$	13.204,00
jun-98	\$	42.257,00
jun-98	\$	126.771,00
jun-98	\$	27.732,00
jun-98	\$	27.732,00
jul-98	\$	3.301,00
jul-98	\$	126.771,00
jul-98	\$	169.028,00
jul-98	\$	6.603,00
jul-98	\$	36.976,00
jul-98	\$	27.732,00
jul-98	\$	15.980,00
jul-98	\$	102.206,00
jul-98	\$	102.206,00
jul-98	\$	39.144,00
jul-98	\$	22.370,00
ago-98	\$	15.980,00
ago-98	\$	51.130,00
ago-98	\$	153.390,00
ago-98	\$	7.989,00
ago-98	\$	33.552,00
ago-98	\$	22.370,00
ago-98	\$	51.130,00
ago-98	\$	153.390,00
ago-98	\$	7.989,00
ago-98	\$	50.328,00
ago-98	\$	22.370,00
sep-98	\$	7.990,00
sep-98	\$	51.130,00
sep-98	\$	204.520,00
sep-98	\$	44.736,00

Frente a este particular, vale la pena aclarar, aunque en el recibo de pago de la segunda quincena de diciembre de 1997 se relacionan pagos por estos conceptos, los mismos no fueron tenidos en cuenta en razón a que, aunque se cancelaron en esa fecha, no pudieron haberse causado en ese interregno

sep-98	\$	44.740,00
sep-98	\$	3.995,00
sep-98	\$	102.260,00
sep-98	\$	50.328,00
sep-98	\$	22.370,00
oct-98	\$	11.985,00
oct-98	\$	51.130,00
oct-98	\$	102.206,00
oct-98	\$	39.144,00
oct-98	\$	22.370,00
oct-98	\$	153.390,00
oct-98	\$	153.390,00
oct-98	\$	27.960,00
oct-98	\$	11.185,00
nov-98	\$	23.970,00
nov-98	\$	102.206,00
nov-98	\$	102.206,00
nov-98	\$	27.960,00
nov-98	\$	22.370,00
nov-98	\$	3.995,00
nov-98	\$	51.130,00
nov-98	\$	204.520,00
nov-98	\$	15.978,00
nov-98	\$	33.552,00
nov-98	\$	22.370,00
dic-98	\$	3.995,00
dic-98	\$	51.130,00
dic-98	\$	153.390,00
dic-98	\$	50.328,00
dic-98	\$	33.555,00
dic-98	\$	3.995,00
dic-98	\$	51.130,00
dic-98	\$	153.390,00
dic-98	\$	50.328,00
dic-98	\$	33.555,00
dic-98	\$	3.995,00
dic-98	\$	102.260,00
dic-98	\$	102.260,00
dic-98	\$	15.978,00
dic-98	\$	33.554,00
dic-98	\$	11.185,00
TOTAL	\$	6.435.600,00

porque según la certificación de folio 44 el trabajador disfrutó de sus vacaciones entre el 11 de diciembre y el 31 de diciembre de 1997, lo cual permite inferir que no había lugar a generar horas extras o recargos a su favor en ese periodo.

En todo caso, no encuentra la Sala elementos de juicio que den cuenta que no se incluyeron los \$564.040, a los que alude el convocante en su escrito introductor.

Respecto a las **vacaciones en dinero causadas**, se advierte, dentro del expediente no se halla fuente normativa alguna que prevea que dicho concepto tiene carácter salarial para efectos de obtener el valor de la mesada pensional, siendo ello necesario para determinar su inclusión en la base de liquidación, la que está compuesta, según la disposición aplicable a la pensión de jubilación reconocida al actor, atrás citada, por “*los salarios devengados en el último año*” y no todos los rubros pagados al trabajador en ese mismo interregno. Por ello, aunque le fue cancelada la suma de \$3.977.624 bajo esa denominación según se ve a folio 37- pagada en enero de 1999-, la misma no puede ser tenida en cuenta en la liquidación de la su primera mesada.

En lo que toca al **Auxilio de vacaciones causadas**, si bien este no se contabilizó en el total pagado al trabajador, ello obedeció a que aunque percibió \$3.067.953 en el último año se canceló por dos periodos de vacaciones, siendo solo uno causado en el interregno base de la liquidación.

Conviene entonces dilucidar el alcance que tiene el término **devengado**, el que según el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia hace relación a la fecha de causación del derecho del cual se trate, el cual, ciertamente puede corresponder o no con el de la fecha del pago, o mejor, para los efectos acá perseguidos, con el de la fecha en que sean recibidos por el trabajador. Al punto, resulta bastante ilustrativa la sentencia calendada 05 de agosto de 2009, Radicación No. 36418, M.P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, en la que esa Corporación asentó:

“Revisado el documento de folio 393, encuentra la Sala que este contiene una liquidación de sueldos dejados de percibir por el demandante entre el 30 de noviembre de 1993 y el 4 de julio de 2000, por un valor de \$31’359.989,50, que le fueron pagados el 25 de octubre de este último año, la que fue elaborada con ocasión de un reintegro ordenado judicialmente en su favor; suma que en realidad no fue considerada por el Tribunal en su

*totalidad, para efectos de determinar el promedio salarial devengado en el último año; lo cual no entraña ningún error evidente en la apreciación de la citada prueba, dado que dicha cantidad corresponde casi en su totalidad a los salarios que dejó de percibir por años anteriores al último, y no por conceptos **causados** durante éste.*

Sobre la diferencia entre lo que se entiende por adquirir el derecho a una determinada prestación y percibirla o recibirla, esta Sala en sentencia del 31 de enero de 2001 radicación 15306, precisó:

*“El reparo de la censura a la sentencia del tribunal consiste en el entendimiento equivocado de la palabra “devengado”, y para ello transcribe la definición de la Real Academia de la Lengua, así: “DEVENGAR: Hacer una alguna cosa mereciéndola. (Escriche) **Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos.** Se dice por ello que se devengan costas, honorarios, sueldos. Producir intereses o réditos. (Devengo, Hidalgo de devengar quinientos sueldos, Vengar.)” (Folio 10 del cuaderno de la Corte).*

Basta detenerse en la acepción resaltada, para coincidir con el tribunal en el alcance de dicha cláusula. En efecto, la estipulación de manera clara se refiere al “promedio devengado en el último año de servicio”, lo que es igual al promedio causado. Por tanto, son conceptos totalmente diferentes adquirir el derecho a una determinada remuneración y percibirla o recibirla. Por ello puede ocurrir que el derecho a una prima se adquiriera en un año determinado, pero su pago se efectúe en otro: en tal hipótesis habría que concluir que se devengó en el primer año, y si éste coincide con el último año de servicios, su valor debe ser tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, así su pago se hubiere efectuado en un año diferente.”(Subrayas fuera de texto).

“Devengar” entonces apunta al periodo o fecha en que se adquirió el derecho más no a aquel en que recibió el respectivo pago el trabajador.

Así, considerando que según el numeral 4.3.2 del Acuerdo 01 de 1977 (folio 54), la prima de vacaciones corresponde a un mes de salario básico y tiene carácter salarial, solo la mitad de lo pagado por *auxilio de vacaciones* al trabajador, esto es, la suma de \$1.533.900,00, debía ser teniendo en cuenta a efectos de determinar el promedio de ganancias para calcular la pensión, como en efecto se hizo (folio 40 vto.).

En lo referente al **auxilio año de servicio** se tiene, según el numeral 4.3.3 del acuerdo 01 de 1977 “*Por cada año de servicio y con motivo de las vacaciones se le pagará al empleado un auxilio adicional equivalente a un cuatro por ciento (4%) del salario básico. Este beneficio podrá tomarse en dinero o en tiempo. La*

parte que se tome en tiempo será de un (1) día hábil por cada año de servicio y la que se tome en dinero tendrá plena incidencia salarial” (folio 54).

Esta prestación entonces, liquidada a la finalización del contrato, arroja la suma de \$1.840.850, la cual es igual a la que se tomó por ECOPETROL, y aunque existe una diferencia de \$5.113 con lo que le fue efectivamente pagado, ocurre lo ya enunciado frente a la distinción entre “*percibido*” y “*devengado*”.

Salario	Porcentaje	Años Laborados	Auxilio años de servicio
\$ 1.533.900	4%	30,00277778	\$ 1.840.850

Por último, con relación a la **bonificación semestral**, en el último año según los desprendibles y las certificación emitida por la demandada, percibió la suma de \$2.234.181, monto que es incluso menor al que se tuvo en cuenta en la liquidación -\$2.245.676.

Año	Días	Bonificación Semestral	Vr. Diario	Devengado
dic-97	1	\$ 1.014.160,00	\$ 33.805	\$ 33.805,00
may-98	30	\$ 1.014.160,00	\$ 33.805	\$ 1.014.160,00
dic-98	29	\$ 1.227.120,00	\$ 40.904	\$ 1.186.216,00
TOTAL				\$ 2.234.181,00

Bajo tal entendido no encuentra esta Sala prueba alguna de las diferencias de \$1.002.892 que alegada la parte activa no fue considerada en el cálculo de su prestación.

Como corolario de lo analizado, tal y como lo determinó la juez de prima instancia, no hay lugar a la reliquidación de la pensión del demandante, ante la inexistencia de diferencias a su favor o la demostración de sumas distintas a las consideradas por ECOPETROL para liquidar la prestación, incluso teniendo en cuenta los valores pagados en enero de 1999 a los que se refiere el actor en su apelación, siguiéndose la confirmación de la sentencia en este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

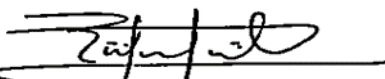
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

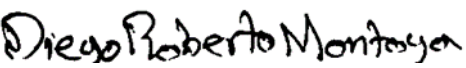

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MATILDE ARISTIZABAL
TAPIAS CONTRA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN
PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA Y EL CENTRO CULTURAL Y
EDUCATIVO ESPAÑOL REYES CATÓLICOS (RAD. 29 2019 00128 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 84 a 86) y el demandado MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA (folios 82 y 83), 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 la demandante y el demandado MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, respectivamente, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de marzo de 2021 (Cd. folio 77, récord 57:53, acta a folio 78), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre MATILDE ARISTIZABAL TAPIAS, identificada con la cédula de ciudadanía No 24.301.025 y el Ministerio de Educación y Formación Profesional del Reino de España existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de septiembre de 1988 al 15 de diciembre del año 2017, devengando como último salario la suma de \$7.377.626 pesos.*

***SEGUNDO: CONDENAR** al Ministerio de Educación y Formación Profesional del Reino de España a cancelar a la demandante MATILDE ARISTIZABAL TAPIAS la suma de \$226.943.570 pesos por concepto de cesantías, monto que debe ser indexado al momento de su pago, de conformidad con el IPC certificado por el DANE.*

***TERCERO: CONDENAR** al Ministerio de Educación y Formación Profesional del Reino de España a cancelar a la demandante MATILDE ARISTIZABAL TAPIAS a título de intereses de cesantías la suma de \$27.233.228 pesos.*

CUARTO. ABSOLVER al Ministerio de Educación y Formación Profesional del Reino de España de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada Ministerio de Educación y Formación Profesional del Reino de España, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 de pesos.

SEXTO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda al Centro Cultural Educativo Español Reyes Católicos.”

Inconforme con la decisión, los apoderados judiciales de la demandante y el demandado MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, la apelaron.

Así, inicialmente la parte actora, alega, debió declararse la responsabilidad solidaria con el Centro Cultural Educativo Reyes Católicos, por cuanto acreditó los elementos a que se refiere el artículo 34 del C.S.T., particularmente que esa institución fue beneficiaria de la prestación de sus servicios y la relación de las actividades de estas, que para el caso corresponden a educación, anotando, el Colegio es una persona jurídica completamente independiente del Ministerio. Esta omisión por la juzgadora, estima, obedeció a una equivocada apreciación de las pruebas que militan en el plenario.

De otro lado, arguye, contrario a lo asentado por la juez de primer grado, en el asunto no está demostrada la buena fe de las demandadas, de hecho, resalta, transcurrieron más de 3 años desde la terminación del vínculo y se efectuaron varios requerimientos, siendo claro que la actora no hacía parte del régimen de la Ley 50 de 1990¹ (Cd. folio 77, récord 59:41, acta a folio 78).

¹ “Gracias señora juez respetuosamente interpongo recurso de apelación contra el fallo dictado en este momento por el despacho con base en las siguientes apreciaciones:

Primero indebida aplicación de la norma sustancial, comete de forma respetuosa manifiesto al despacho en virtud del artículo 34 del CST, frente a la solidaridad de las obligaciones por parte del colegio Reyes Católico, como tal en el proceso se demostró varios elementos: Uno que todo el tiempo prestó los servicios en el colegio o sea que era beneficiario el Ministerio como dice de Educación tiene la misma actividad que es la de la educación y por tanto tenía que aplicar el artículo 34, como tal lo manifestó en su fallo diciendo que como era un trabajador Colombiano se le aplicaba la norma colombiana conforme al artículo 2 del código sustantivo de trabajo, pero se aleja del artículo 34 en la manifestación totalmente equivoca por parte del despacho al decir que no hay existencia de solidaridad.

También indebida valoración de las pruebas, exactamente interrogatorio de parte con base en lo siguiente: los representantes legales de las demandadas en esta audiencia, inicialmente en su interrogatorio de parte manifiestan que la señora Matilde Aristizábal estaba afiliada al sistema de seguridad social a salud y pensiones, calidad en cual se demostraba también bien como beneficiaria o como empleador, corre el despacho respetuosamente de una forma respetuosamente apresurada al decir que no existe solidaridad cuando el artículo 34 y la misma Corte en sus sentencias lo ha manifestado que cuando se relaciona la actividad del uno con el otro y en este caso es totalmente básico, toda vez que el tema es educación, por lo tanto el despacho se aleja de una verdad procesal y de una verdad jurídica frente a la aplicación de las

A su turno, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, advierte, lo pretendido frente a los intereses a las cesantías era el pago de este concepto por el periodo comprendido entre 1988 y 2012, por lo que no se explica la razón por la que el juzgado ordenó cancelar esta prestación hasta el año 2017.

Sobre ello además, alega, debió darse aplicación a la prescripción contenida en el artículo 488 del C.S.T., ya que de conformidad con la Ley 52 de 1975, estas deben ser canceladas a más tardar el 30 de enero del año siguiente a su causación, por lo que al presentarse la acción en el 2019, había operado dicho fenómeno.

Por último, refiere, no era procedente el pago de la indexación de las cesantías por cuanto la norma que regula el pago de las mismas, no lo prevé de esa forma² Cd. folio 77, récord 1:05:01, acta a folio 78).

normas, de las normas del código colombiano y del código laboral colombiano en especial el artículo 34 y el artículo número 2 como lo hace parte. El hecho que como tal el Colegio los Reyes Católicos al ostentar la calidad de personería jurídica tanto que pudo afiliara a la señora Matilde al sistema de seguridad social pues también surge independiente no admisible como lo manifiesta de manera respetuosa la juez, en virtud de la ley 43 que dice que es independiente, entonces por lo anterior en aras de que no se viole el derecho a mi representada solicito al Tribunal se revise de forma juiciosa frente al término jurídico del artículo 34, la jurisprudencia, el artículo dos y la misma ley 43 la vinculación solidaria por parte del colegio También como segundo punto señora juez interpongo recurso de apelación a la presunta buena fe que manifiesta el despacho por parte de las demandadas, es tan mala fe que ya hace tres años terminó el contrato, es de mala fe que le pasaron varios requerimientos, es tan mala fe que la juez manifiesta en su fallo diciendo que la demandante sabía, claro que lo sabía que la terminación del contrato no estaba en el régimen de Ley 50 sino en el régimen anterior, presentó la solicitud, entonces no se puede predicar el desconocimiento de la norma como manifestó no serlo, pero a la final del fallo si lo aplica, entonces solicito respetuosamente que también sea revisado por la Honorable Sala Laboral del Tribunal frente al tema de la indemnización.

También señora juez sustento recurso de apelación también con la aplicabilidad de las pruebas apreciación de las pruebas inequívocas por parte que no da lugar, de las pruebas especialmente las documentales y especialmente las pruebas interrogatorio de parte (sic), si los demandados presentan interrogatorio de parte bajo juramento manifiestan que durante todo el tiempo prestó el servicio en el colegio, que estuvo afiliada al sistema de seguridad social desde cuándo, de manera respetuosa el fallo o la señora juez de manera respetuosa previene que no existe solidaridad, no existe solidaridad cuando la pregunta sería ¿Tenía personería el Colegio? Tanto que fue una codemandada, sino hubiéramos demandado solo al ministerio se demandó al colegio, desde cuando pregunta que no hay solidaridad ¿No aplica el artículo 34 del CST? sino que hay apreciaciones, de manera respetuosa lo manifiesto muy subjetivas por parte del despacho en este fallo, por lo cual con todos estos argumentos solicito de manera respetuosa se envíe el expediente al tribunal para que verifique los dos puntos de apelación como lo es uno la mala fe por parte de los aquí demandados y segundo la supuesta inexistencia de solidaridad patronal cuando si hay frente a las obligaciones, cuando si las hay, totalmente demostradas, muchísimas gracias señora juez.”

² “Muchas gracias su señoría manifiesta el despacho que como apoderado del Centro Cultural Educativo Reyes Católicos encuentro la sentencia ajustada a derecho y no presento apelación.

En cuanto a mi otra representada Ministerio de Educación Reino de España si manifiesto al despacho que presento apelación por encontrar inconformidad en el fallo pronunciado en los siguientes aspectos:

Primero las pretensiones de la demanda hacen relación a las cesantías dentro del periodo correspondiente del año 1988 al año 2017, la condena en cuanto a los intereses de las cesantías dice el despacho en su fallo que deben pagarse esos intereses a esas cesantías pero está tomando el periodo 1988 al 2017 y la demandante presento una solicitud de condena por intereses a cesantías del año 1988 al año 2012, toda vez que desde el 2013 al 2017 estas fueron canceladas.

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 ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 10 a 12, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folio 10, solicitando se declare que entre ella y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1 de septiembre de 1988 y el 15 de diciembre de 2017, el cual terminó por retiro voluntario, devengando como último salario la suma de \$7.637.626. Además, que su empleadora no canceló, a la terminación de su contrato de trabajo las cesantías e intereses a las cesantías. En consecuencia, se condene al MINISTERIO DE EUDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA y solidariamente al CENTRO CULTURAL Y EDUCATIVO ESPAÑOL REYES CATÓLICOS a pagar a su favor las cesantías causadas entre el 1 de septiembre de 1988 y el 15 de diciembre de 2017 y los intereses a las cesantías correspondientes al periodo 1 de septiembre de 1988 al 30 de diciembre de 2012, junto con la sanción por pago oportuno de estos últimos y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia**

Ahora bien, si el ultimo cobro de esas cesantías era el año 2012 y se presenta mediante una acción laboral en el año 2019 debió haberse aplicado la sanción procesal plasmada en el artículo 488 del CPT, es decir la prescripción, toda vez que los intereses de las cesantías de acuerdo con la ley 52 de 1975 se deben cancelar a más tardar al 30 de enero del año siguiente a su causación, es decir los intereses a las cesantías hasta el año 2012 se debían hacer efectivas al 30 de enero del año 2013, no se pagaron, se debieron, se debieron haber recurrido mediante una acción judicial para interrumpir la prescripción a más tardar el 29 de diciembre del año 2015 y esta acción fue presentada hasta el año 2019, luego sí operó el fenómeno de la prescripción al cobro de los intereses de las cesantías, no obstante el despacho no aplicó la prescripción de esos intereses de las cesantías.

Entonces en primer argumento va al periodo de causación de los intereses a las cesantías el despacho equiparo al mismo periodo de causación de las cesantías y son dos periodos diferentes los años 1998 año 2017, año 1988 año 2013, En segundo lugar, la prescripción de los intereses a las cesantías está plasmada procesalmente y demostrada a través del proceso, solamente se piden los intereses a las cesantías hasta el año 2012 y fueron demandadas en el año 2019.

Ahora bien, como tercer elemento, tercer causal de apelación pronuncia el despacho condena en cuanto la indexación de las cesantías, la norma o el legislador no previó esta posibilidad de indexar el valor de las cesantías el legislador solamente previó que se pagara por el último salario devengado no quiera aquí indexarlo, sino solamente la condena debe versar tal y como dice la norma con el ultimo valor efectivamente devengado, la suma de \$7.637.226 es el salario base que se plasmó en este contrato el valor de las cesantías anuales corresponde a la suma de \$7.637.226 sin indexación alguna, aquí el fallo se extralimita en su función en aplicación de la ley toda vez que la norma no hace referencia, por estas manifestaciones solicito al despacho respetuosamente sea concedido el recurso de apelación interpuesto en contra de esta sentencia de primera instancia, muchísimas gracias”

del contrato de trabajo en los términos pedidos en la demanda y se condenó al MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, como empleador, a pagar a la demandante la suma de \$226.943.570 por concepto de cesantías debidamente indexado y \$27.233.228 por intereses a las cesantías, absolviendo a las encartadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

A tal determinación arribó, luego de descartar discusión alguna frente a la existencia del contrato de trabajo rogado en el libelo, sus extremos y el último salario devengado, y no encontrar prueba alguna del pago de las prestaciones reclamadas por la actora.

Con relación a la indemnización moratoria, consideró que no se evidenciaba mala fe por parte del Ministerio demandado pues durante la vigencia de la relación laboral cumplió con todas sus obligaciones y el no pago de las cesantías obedeció a razones distintas a la intención de desconocer los derechos de la trabajadora. En su lugar, ordenó el pago debidamente indexado de las cesantías.

Frente a la solidaridad rogada, dijo no encontrarse que la institución educativa debiera responder, pues era claro que el verdadero empleador era el Ministerio de Educación Español.

Sea lo primero señalar, no es motivo de discusión en esta instancia que entre la demandante y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, existió un contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 1988 y el 15 de diciembre de 2017, en virtud del cual la actora prestó sus servicios al CENTRO CULTURAL Y EDUCATIVO ESPAÑOL REYES CATÓLICOS como docente, devengando como último salario la suma de \$7.637.626, circunstancias que además de no haber sido objeto de la controversia, dada la aceptación de las partes, fueron conclusiones a las que arribó la juzgadora de primer grado frente a las cuales no se formuló reparo alguno. Tampoco se discute que la legislación aplicable al caso es la colombiana, por corresponder a la del lugar donde se prestó el servicio, conforme lo previsto en el artículo 2° del Código Sustantivo de Trabajo³.

³ Se ha de recordar que en el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo, el legislador instituyó el principio de territorialidad, al disponer que las normas consignadas en dicho estatuto son de obligatoria aplicación en todo el territorio de nacional y para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad, por tanto, todo

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

Así pues, en lo que toca a los intereses a las cesantías, se tiene que la juzgadora de primer grado consideró que procedía el pago de los mismos por el lapso que estuvo vigente la relación laboral, esto es, entre 1988 y 2017, sin embargo, el Ministerio demandado considera que yerra el juzgado con esa determinación porque, por una parte, no es consistente con lo peticionado en la demanda y, por otra, no tuvo en cuenta que sobre este concepto operó el término prescriptivo.

Frente a ello, sea del caso indicar, en efecto, la actora en su escrito introductor peticionó (folio 11):

“2.2 Que se condene a la demandada al pago de los INTERSES A LAS CESANTÍAS (Ley 52 de 1975), correspondiente al periodo del 1 de septiembre de 1988 hasta el 30 de diciembre de 2012, esto es $185.848.900 \times 12\% \times 8.760/360 = \$542.678.788$ (sic)”

Además de lo anterior, al absolver el interrogatorio de parte⁴, la convocante confesó que recibió el pago de los intereses a las cesantías de los años 2013 a 2017, y en esa media, razón le asiste al apoderado judicial al indicar que no procedía el pago de ese concepto, por tales anualidades.

Ahora, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada oportunamente por la demandada MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA (folio 57)⁵, sea del caso indicar, al tenor de lo previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T., las acciones emanadas de las

contrato laboral que se firme en el país sin importar si una de las partes o las dos son extranjeros, se regirá por el código sustantivo del trabajo, y en particular para el caso en estudio en cuanto el vínculo se ejecutó totalmente en nuestro territorio, es decir, la subordinación y demás elementos se originan y tienen lugar en Colombia, sin que se acreditara la entronización de legislación extranjera para el desarrollo del vínculo laboral celebrado, en orden a estimar si eventualmente ese pacto desconoce o no derechos o prerrogativas que se consagran a favor de los trabajadores en la legislación interna.

Al tema se pueden consultar las sentencias con radicación 37321 del 18 de noviembre del 2009, 42741 del 8 mayo 2013 y 46856 del 22 de marzo del 2017.

⁴ Audiencia del 27 de marzo de 2021, récord 19:15, Cd folio 77, acta folio 78.

⁵ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de octubre de 2019 (folio 59).

leyes sociales prescribirán en tres (3) años, que se contabilizaran desde que la obligación se haya hecho exigible.

Entratándose de los intereses a las cesantías, estos prescriben de manera independiente para cada anualidad y su exigibilidad ocurre el 31 de enero del año siguiente a aquel en que se causa la cesantía, momento en que deben pagarse al trabajador directamente según lo previsto en la Ley 52 de 1975, por lo que, a partir de ese momento comienza a correr el término de tres años para reclamarlos, según las disposiciones antes mencionadas. Así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias con radicación 35640 del 21 de febrero de 2012 y 69303 del 5 de octubre de 2021 (SL4681).

Bajo tal orientación, en el examine, se advierte a folio 9 comunicación del 27 de noviembre de 2018, dirigida al COLEGIO CENTRO CULTURAL Y EDUCATIVO ESPAÑOL REYES CATOLICOS, con sello de recibido 5 de diciembre de 2018, con el asunto “*Requerimiento*”, suscrita por EMILIA GUTIERREZ VELEZ en calidad de inspectora de Trabajo y Seguridad Social, e la cual se indica:

“A este despacho se presentó la señora MATILDE ARISTIZABAL TAPIAS, identificada con cédula de ciudadanía número 24.301.025 de Manizales, Caldas. Quien manifestó: “Fui contratado por el COLEGIO CENTRO CULTURAL Y EDUCATIVO ESPAÑOL REYES CATOLICOS, mi contrato fue escrito a término indefinido, inicié labores desde el 5 de noviembre de 1988, mi labor era como docente de sociales en primera, mi salario era pagado en dólares eran 2.554,39 dólares mensuales, si tenía seguridad social, el día 15 de diciembre de 2017, renuncié de forma voluntaria por llegar a la edad de jubilación. El colegio en todos los años que labore (sic) nunca me consigno (sic) las cesantías y cuando salí tampoco me las pago, únicamente me pagaban las primas y las vacaciones. Solicito la liquidación de mis prestaciones sociales en lo que respecta a las cesantías y los intereses de esas cesantías”.

(...)

Por lo expuesto, se le requiere sean respetados y reparados los derechos laborales de la reclamante Sra. MATILDE ARISTIZABAL TAPIAS, así:

<i>PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES PROPORCIONALES AL TIEMPO TRABAJADO (CESANTIAS, INTERESES A LAS CESANTIAS) desde el año 1988 hasta el año 2017</i>	<i>X</i>
<i>INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO (...)</i>	<i>X</i>

Evite sanciones administrativas y/o procesos judiciales cumpliendo oportunamente con sus OBLIGACIONES LABORALES, por lo tanto, le sugerimos llegar a un arreglo

*con el reclamante señor MATILDE ARISTIZABAL TAPIAS, dentro de los cinco (5)
días siguientes (...)"*

Aunque con la misma se petitionó el pago de los intereses moratorios causados entre 1988 y 2021, lo cierto es que tal misiva no iba dirigida al empleador – respecto de quien no existió controversia alguna-, y en todo caso, la misma no tendría la virtualidad de interrumpir la prescripción porque para esa fecha -5 de diciembre de 2018- ya habían transcurrido más de 3 años y por ende, operado dicho fenómeno. Además de lo anterior, téngase en cuenta, la promotora del juicio acudió a la jurisdicción solo hasta el 20 de febrero de 2019 (acta de reparto folio 16), esto es, cuando esta prestación estaba prescrita, dada su falta de reclamación oportuna.

En los términos analizados, no había lugar a imponer a cargo del Ministerio español llamado a juicio, el pago de los intereses a las cesantías porque respecto de los correspondientes a las anualidades 2013 a 2017 fue confesado su pago, a más de no haber sido petitionados en el libelo introductor, y los causados entre 1988 y 2012, están prescritos, razones por las cuales se revocará la sentencia de primer grado en este punto.

En lo que corresponde a la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador⁶, examinando la situación específica del mismo en cada caso, para determinar los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea.

En autos, advierte la Sala, el argumento de defensa del MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA,

⁶ "...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).

inicialmente se circunscribió en afirmar la inexistencia de obligación de carácter laboral alguna que se encontrara insoluta a favor de la promotora de la acción, por cuanto, en vigencia de la relación laboral había cancelado todas las acreencias a la trabajadora (folios 56 y 57), discurso que varió en el interrogatorio de parte que fuera absuelto por su representante⁷ y en la etapa de alegatos de conclusión, en las que se indicó que el no pago de las cesantías obedeció al desconocimiento de la legislación laboral colombiana.

Para esta Sala se estima desdeñable la posición del llamado a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actora, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, pues de una parte, acreditado quedó que, contrario a lo alegado por ese extremo procesal, no pagó a la demandante, al finiquito del vínculo, las cesantías causadas en vigencia de la relación laboral y, además, no puede perderse de vista que constituye una máxima del derecho, regulado en el artículo 9 del Código Civil Colombiano, que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, más aun cuando al tenor del artículo 16 del C.S.T, las normas sobre trabajo son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento.

En esa medida, a juicio de esta Corporación y en contraposición a lo concluido por la juzgadora de primer grado, procedente resulta el pago de la sanción moratoria rogada por la demandante. Por ello, y como quiera que no existe controversia respecto del último salario devengado por la actora, fijado en \$7.637.626, y que la demanda se presentó el 20 de febrero de 2019 (*dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del vínculo –15 de diciembre de 2017-*), se condenará al MINISTERIO demandado, a pagarle la suma de **\$254.587,53** pesos diarios, por los primeros 24 meses contados a partir del día siguiente a la terminación del contrato, esto es, entre el 16 de diciembre de 2017 y el 15 de diciembre de 2019, los cuales, una vez efectuados los cálculos respectivos, corresponden a **\$183.303.024,00**⁸. A partir del mes 25 -16 de diciembre de 2019-, deberá cancelar a la señora ARISTIZABAL TAPIAS los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal

⁷ Audiencia del 27 de marzo de 2021, CD folio 77, récord 14:15, acta folio 78.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Fecha inicial	Fecha final	No. Días	Último Salario	Salario Diario	Total
16/12/2017	15/12/2019	720	\$ 7.637.626,00	\$ 254.587,53	\$ 183.303.024,00

certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se efectúe el pago de la obligación.

En relación con la **indexación**, se tiene que al otorgarse la sanción moratoria, la cual es justamente de carácter indemnizatorio, la actualización de las sumas adeudadas pierde su objetivo, cual es el de prevenir la devaluación de la moneda, concretamente, en relación a los valores objeto de condena, razón por la cual se revocará su pago, lo cual releva a la Sala del estudio de la apelación propuesta por la encartada sobre este aspecto.

En lo atinente a la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria del CENTRO CULTURAL Y EDUCATIVO ESPAÑOL REYES CATÓLICOS respecto de las condenas impuestas a cargo del MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DE REINO DE ESPAÑA, pertinente sea recordar, en materia laboral, esta puede surgir, entre otras, de i) La calidad de socios, entratándose de sociedades de personas (artículo 36 del C.S.T.), ii) Del dueño de la obra respecto del contratista independiente (artículo 34 *ibídem*), iii) Del intermediario (artículo 35 *ibídem*), iv) En casos de sustitución patronal (artículo 69).

En lo que respecta a la responsabilidad solidaria del dueño de la obra respecto de contratistas independientes, figura invocada por el actor en la alzada y sobre la cual estructuró su decisión la juzgadora de primer grado, es del caso señalar, esta se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, que en su tenor literal preceptúa:

*“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)

Frente a dicha figura, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples pronunciamientos que esta solidaridad *“fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras”*⁹. Puntualmente, en sentencia SL3111 de 2021, explicó:

“(…)

Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:

«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».

También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.

Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:

La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:

[...] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del

⁹ SL4322 de 2021.

beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.

Para la Corte,

[...] esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral..., pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y 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. [...]

De esta manera lo ha dicho esta Corporación:

'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).' ... " Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038."

Conforme tal reseña jurisprudencial, para que opere esta solidaridad se requiere que se verifique, preliminarmente, tanto la existencia del contrato de trabajo como del vínculo jurídico que liga al beneficiario de la obra con el contratista independiente, pues ellos y su relación de causalidad, en palabras de la Corte *"son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"*¹⁰. No obstante, esta situación en el asunto que se analiza no se encuentra satisfecha, pues si bien es cierto la demandante en virtud del contrato de trabajo suscrito con el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA prestó sus servicios como docente en el CENTRO CULTURAL Y EDUCATIVO REYES CATÓLICOS, se desconoce en el examine el nexo que existió entre estas personas jurídicas, pues ninguno de los medios de prueba acopiados al plenario da cuenta de ello, a partir de los cuales se pudiera establecer que por un lado, la institución educativa demandada fue la *"beneficiaria de la obra"* y del otro, el ministerio español fungió como contratista independiente. Únicamente se advierte, de lo establecido en la Ley 43 de 1981 *"por medio de la cual se aprueba el "Convenio mediante el cual se regulan los aspectos administrativos y educativos de las Instituciones Culturales y Educativas de Colombia y España: Colegio Mayor 'Miguel Antonio Caro' y Centro Cultural y Educativo 'Reyes Católicos', suscrito entre Colombia y España el 31 de enero de*

¹⁰ Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).' ... " Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038

1980", que el Colegio sería de propiedad del Estado Español (artículo 1)¹¹ y que su personal directivo, docente y administrativo sería nombrado por este último (artículo 7)¹², con lo cual no resulta acreditado el supuesto al que se refiere el mencionado artículo 34 del C.S.T.

En esa orientación, no es posible declarar la solidaridad de las demandadas atendiendo de la norma invocada por la parte actora en su apelación, pues no se dan los presupuestos para que opere la misma.

La solidaridad en el *sub judice* podría enmarcarse en otro tipo, cuyo estudio no resulta posible en esta oportunidad en virtud del principio de congruencia.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, procediendo a la revocatoria parcial y modificación 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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto dispuso el pago indexado de las cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

¹¹ "Artículo I: Las instituciones culturales o educativas a que se refiere el Acuerdo Especial y el Convenio entre el Estado colombiano y el Estado Español, acogidos al régimen que establece el presente Acuerdo son las siguientes: El Centro Cultural y Educativo "Reyes Católicos" **de propiedad del Estado Español**, con sede en Bogotá, D. E., y el Colegio Mayor "Miguel Antonio Caro", de propiedad del Estado colombiano, con sede en Madrid, España."

¹² "Artículo VII: El personal directivo, docente, administrativo y de servicios generales será nombrado por el Estado Español y se le aplicarán las disposiciones siguientes: Los nacionales españoles en cuanto a la labor que realizarán en el Centro Cultural y Educativo "Reyes Católicos", se regirán por las normas laborales de su país y se someterán en todos los casos a las mismas. Los nacionales colombianos que laboren en el Centro Cultural y Educativo "Reyes Católicos" quedarán sometidos en todos los aspectos laborales a las leyes colombianas."

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** parcialmente probadas las excepciones de PRESCRIPCIÓN y PAGO propuestas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA y, en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas del pago de los intereses a las cesantías, según lo analizado en las consideraciones de esta providencia.

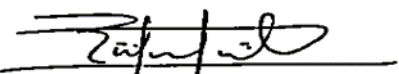
TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral CUARTO de la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **CONDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL DEL REINO DE ESPAÑA a pagar favor de la demandante la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, correspondiente a la suma de **\$183.303.024** por los primeros 24 meses contados a partir del día siguiente a la terminación del conato de trabajo (del 16 de diciembre de 2017 al 15 de diciembre de 2019), y a partir del mes 25 -16 de diciembre de 2019- intereses moratorios a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se produzca el pago total de la obligación.

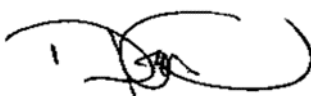
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YUDY GEORGINA PEÑA
ALARCON CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A, trámite al que se vinculó a PORVENIR
S.A. y PROTECCIÓN S.A (RAD. 30 2019 00071 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 9 a 20), y por las demandadas PORVENIR S.A (folios 4 a 8) y COLPENSIONES (folios 22 a 24), 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 COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 15 de octubre 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 2:17:49, archivo “11001310503020190007100-20211015_145926- Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON, identificada con cédula de ciudadanía No.35329854 de Bogotá, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy en día SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a partir del 1° de JUNIO de 1997, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante señora YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto del 1 de junio de 1997 a 31 de octubre de 1999 deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora pero además deben devolverse debidamente indexados.

CUARTO: CONDÉNESE a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora del 1 de noviembre de 1999 a 31 de julio de 2000, del 1 de junio de 2004 a 31 de marzo de 2005 y desde el 1 de agosto de 2006 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero además deben ser devueltos debidamente indexados.

QUINTO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por los dos periodos en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1 de agosto de 2000 a 31 de mayo de 2004 y del 1 de abril de 2005 a 31 de julio de 2006, los cuales deben ser cubiertos igualmente con recursos propios del patrimonio de la administradora pero además debidamente indexados.

SEXTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

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

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

NOVENO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$3.488.000 pesos a favor de la demandante.

DÉCIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de \$1.800.000 pesos que debe pagar cada una de ellas a favor de la demandante.

DÉCIMO PRIMERO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

DÉCIMO SEGUNDO: CONCÉDASE el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de acuerdo a lo indicado en la parte motiva de esta decisión.”

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

Así, en primer lugar COLFONDOS solicitó se revoque parcialmente la sentencia, específicamente en lo atinente a la orden de devolver los gastos de administración indexados y el valor de las agencias en derecho. En sustento de ello, advierte, respecto a los primeros, estos fueron descontados por mandato legal, operan para ambos regímenes, y no están llamados a integrar los recursos para reconocer y pagar la pensión de vejez.

Además, asegura, remitir esas sumas a COLPENSIONES sería tanto como desconocer su trabajo como administradora, el pago de los seguros previsionales en beneficio de la demandante a terceros de buena fe, pues aunque no sufrió siniestro alguno durante el tiempo de permanencia en ese régimen, si estuvo amparada para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, e implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad administradora del RPM con el correlativo empobrecimiento de esa AFP, máxime cuando se ordena su devolución indexada, no encontrándose por tanto en posición de devolver dichos costos, como si ocurre con los rendimientos financieros.

Finalmente, respecto a las agencias en derecho, el valor fijado en la sentencia no corresponde realmente al trabajo que realizó la demandante y no se ajusta a la situación de COLFONDOS en el presente proceso, por cuanto no fue la entidad encargada de realizar el traslado de régimen pensional, sino un tercero de buena fe que recibió a la actora conforme a la Ley 100 de 1993 en virtud de un traslado entre administradoras.

Además, indica, el proceso no fue de alta complejidad y se resolvió rápido si se tiene en cuenta que se surtieron las etapas procesales en una sola audiencia.

Añade, es condenada en una suma superior a los demás fondos, cuando este no tuvo injerencia en el traslado de régimen¹ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y*

¹ “Gracias su señoría, pido de ante mano disculpas de estos pequeños inconvenientes. Retomando me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho, para que el Honorable Tribunal de Bogotá, revoque las condenas interpuestas a mi representada atinentes a dos puntos en específico, uno es la devolución de los costos de administración a cargo de los recursos propios de mi representada COLFONDOS y de manera indexada, y el otro es las agencias fijadas por su despacho la suma de \$3.488.000 en contra de COLFONDOS y a favor de la demandante.

El recurso de apelación lo sustento por los gastos de, los costos de administración lo sustento teniendo en cuenta que estos fueron descontados por mandato legal de la ley 100 de 1993 en su artículo 20, debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados que dichos descuentos son tanto descontados valga la redundancia del régimen de prima media como el régimen de ahorro individual, motivo por el cual no hacen parte integral para el reconocimiento y pago de la mesada pensional de vejez de un afiliado, si bien es cierto se declaró la ineficacia de la afiliación, y la ineficacia trae consigo la devolución de las cosas en su estado en que, en el estado sin que se haya causado ningún convenio, debe tenerse en cuenta que no solamente se le está condenando a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los todo lo que reposa en la cuenta de ahorro individual, esos son los aportes, bonos pensionales si llegaran a existir, sino que también se le están devolviendo, ordenar a devolver los rendimientos financieros que han trabajado mi representada a favor de la demandante que en este momento se le pretende desconocer dichos trabajos, en aras de la devolución de los costos de administración, también se pretende desconocer teniendo en cuenta que los costos de administración tienen su excepción en cuanto que también van encaminados a los seguros previsionales, estos seguros previsionales ya fueron causados en beneficio de la señora demandante, estos seguros previsionales se pagan a un terceros de buena fe por medio de los contratos, la póliza de seguros durante el tiempo que ha estado afiliada la señora demandante al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, si bien es cierto la señora demandante no sufrió ningún siniestro durante el tiempo de permanencia, lo cierto es que estuvo cobijada para el riesgo de invalidez y sobrevivencia, también se le está desconociendo dicha cobertura que realizó COLFONDOS conforme mandato legal a tenerla asegurada, en ese sentido se le estaría causando un enriquecimiento sin justa causa como quiera que se establecieron dichos requisitos en sentencia T219 de 1995, ese enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y a la señora demandante porque se están beneficiando en primera medida de unos trabajos que no realizaron mediante unos rendimientos financieros que COLFONDOS no tiene posición para devolver, pero si tiene posición de devolver los costos de administración de los cuales esos rendimientos financieros fueron generados de las deducciones para mantener el buen administración de la cuenta de ahorro de la señora demandante.

Debe tenerse en cuenta que se estaría causando el aumento de un patrimonio sin justa causa, si bien es cierto se declara la ineficacia lo cierto es que le va a aumentar los aportes a la señora demandante, debido a los rendimientos financieros que se le ha trabajado no solamente por COLFONDOS sino también por los demás fondos de pensiones de los cuales la señora demandante estuvo afiliada.

En segunda medida hay un empobrecimiento en contra de COLFONDOS teniendo en cuenta que se desconoce el trabajo que realice y adicionalmente se tiene que devolver unos costos de administración pero tiene que devolverlos indexados, lo cual genera que el patrimonio propio de mi representada pues sea disminuido y adicionalmente se vea perjudicado cuando COLPENSIONES este enriqueciendo de unos dineros que no hacen parte integrante del reconocimiento de la mesada pensional. Aunado a lo anterior, el enriquecimiento se haya producido sin justa causa, si bien se declara la ineficacia de la afiliación, el enriquecimiento se da teniendo en cuenta que se desconoce un trabajo que realizó COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

En cuanto a las agencias en derecho se fijó su señoría, debe tenerse en cuenta que dichas agencias en derecho no corresponden realmente al trabajo que realizó el señor demandante, como quiera que la codena impuesta en derecho no se ajusta a la situación de COLFONDOS en el presente proceso, toda vez que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS no fue la entidad encargada de realizar el traslado de régimen pensional, sino que fue un tercero de buena fe que recibió a la señora demandante conforme lo establece la ley 100 de 1993, téngase en cuenta que el traslado de régimen pensional lo hizo HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy en día PORVENIR, entonces en esa medida se le condena a mi representada a pagar \$3.488.000 pesos cuando el traslado fue entre administradoras, cuando la señora demandante confesó en el interrogatorio de parte que

80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 2:33:05, archivo “11001310503020190007100-20211015_145926-Grabación de la reunión”, expediente digital).

A su turno PROTECCIÓN, solicita sea revocada la condena que impuso a cargo de esa AFP, devolver lo descontado por la comisión de administración. Con ese fin, y en similares términos a los esbozados por COLFONDOS, advierte, este es un descuento autorizado por las Leyes 100 del 1993 y 707 de 2003, en las que se otorga la facultad a los fondos de pensiones, tanto del régimen de ahorro individual con solidaridad como del de prima media con prestación definida, de descontar el 3% del aporte realizado por los afiliados, con la finalidad de cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguros previsionales.

Indica, dentro del expediente obra como prueba el certificado de aportes trasladados y rendimientos financieros de la la cuenta de ahorro individual de la demandante, con el cual se demuestra que dichos aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo aportado, lo cual denota la administración efectuada por esa administradora.

Igualmente, sostiene, con dicha condena se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, debido a que está recibiendo una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante.

Del mismo modo, argumenta, si la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelven al estado anterior, esta debería aplicarse de manera estricta y no parcializada como se está haciendo, esto es, impidiendo a

se trasladó teniendo en cuenta que los asesores comerciales de COLFONDOS siempre estaba allí y siempre la ayudaban, por tal motivo la exigencia del, y aunado a lo anterior la exigencia del proceso no fue, no fue mucha las medidas, o sea no fue un proceso de alta complejidad como otros procesos laborales, se resolvió inmediatamente rápido pues se surtió las etapas procesales en una sola audiencia, y sobre todo mi representada que fue convocada a juicio lo hizo conforme a la ley dando respuesta a la contestación de la demanda, motivo por el cual se le impone a COLFONDOS un pago que de por si es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en traslado de régimen pensional, que recibió a la señora demandante conforme lo establece el artículo 112 de la ley 100, y fuera de eso la castigan que fue un traslado entre administradoras en condenarla en una suma superior a los demás fondos, máxime reiteró que COLFONDOS no hizo el negocio jurídico, quien afilió a la señora demandante fue HORIZONTE, COLFONDOS no tuvo injerencia, la señora demandante salió devolvió a COLFONDOS de manera libre y voluntaria. Por tal motivo, si bien es cierto estando dentro de los parámetros establecidos conforme al acuerdo que estableció el Consejo Superior, lo cierto es que no se ajusta a la realidad procesal del presente proceso.

Motivo por el cual solicitó al Honorable Magistrado Sala Laboral del Tribunal de Bogotá pues revoque las agencias en derecho a mi representada y sea absuelta de dicha condena o se modifique el valor que tasó el juez de instancia. muchas gracias. En ese sentido dejo presentado mi recurso de apelación.”

los fondos de pensiones conservar como restitución a su favor lo descontado por comisión de administración. Por ello, insiste, si se entiende que no existió el contrato de afiliación, tampoco se debieron haber generado los rendimientos financieros que se están ordenando trasladar. Para ello además, trae a colación la teoría de las prestaciones acaecidas, que en su sentir fueron desconocidas en el fallo de primera instancia.

Finalmente, con relación a estos gastos, asegura, operó el fenómeno de la prescripción, por tratarse de un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que le otorga la ley, a más que no financia directamente la prestación económica de vejez. Frente a ello también sostiene, lo que se ha declarado como imprescriptible en los procesos de ineficacia de la afiliación, es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la misma, por lo tanto, los créditos y obligaciones que de ella se derivan si son susceptibles de prescripción² (*Audiencia virtual concentrada*

² “Gracias señor juez, voy a interponer recurso de apelación parcial respecto a la sentencia proferida por su despacho y particularmente en el numeral en el que esta ordenando a PROTECCIÓN a devolver lo descontado por comisión de administración, recurso que paso a sustentar de la siguiente manera reservándome el derecho para ampliarlo en la oportunidad que el Tribunal consideré para el traslado de los alegatos de conclusión: Con el debido respeto señores magistrados sustento recurso de apelación parcial en lo referente a que no procede en lo resuelto por el juez de primera instancia en el numeral de la providencia aquí impugnada que condena a PROTECCIÓN a devolver lo descontado por la comisión de administración por los siguientes argumentos:

En primera medida, es una comisión es un descuento autorizado por la ley 100 del 93, y por la ley 707 de 2003, normas que de manera expresa facultad a los fondos de pensiones a realizar el descuento del 3% del 16 del aporte realizados por los afiliados, el mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguros previsional y es un descuento que opera en ambos regímenes tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media. Obra prueba en el expediente certificado de aportes trasladados y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante donde se demostró que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado y ello que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada. Con esta condena que esta ordenando a devolver lo descontado por comisión de administración se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, y a su vez ya está recibiendo los rendimientos financieros fruto de la buena administración realizada por las demandadas en este proceso.

De manera analógica las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia han venido aplicado el contenido del artículo 1746 del Código Civil, a la legislación laboral y de la seguridad social pasando de lado de esta norma además de declarar cuales son los efectos de la nulidad pronunciada en sentencia, también plantea las restituciones mutuas, el abono de las mejores necesarias útiles o voluntarias y en este orden de ideas, si la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación sea que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían todas las consecuencias de la ineficacia de la nulidad y no debería estarse aplicando de manera parcializada esta consecuencia, solo para decir que los fondos de pensiones no pueden conservar como restitución mutua a su favor lo descontado por comisión de administración, porque si se entiende entonces que esta comisión no se debió descontado entonces se deberían entender que si no existió el contrato de afiliación tampoco se debieron haber producido rendimientos financieros que se están ordenando trasladar, lo mencionado incluso permite hablar de la teoría de las prestaciones acaecidas prestaciones que está desconociendo en fallo de primera instancia, toda vez que si se aplica en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, entonces llegaríamos a la conclusión que si la comisión de administración nunca se hubiere descontado tampoco debieron haber existido los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams
récord 2:39:44, archivo “11001310503020190007100-20211015_145926-
Grabación de la reunión”, expediente digital).

Por su parte PORVENIR, aduce, no comparte la decisión de primera instancia respecto a declarar la ineficacia del traslado, ello en razón a que, si bien no aportó pruebas adicionales al formulario de afiliación para acreditar que brindó información a la demandante, no es posible aplicar de manera indiscriminada la postura de la Corte Suprema de Justicia frente a la carga de la prueba y la exigencia de obligaciones que legalmente no estaban previstas para los fondos privados en el momento en que se realiza el traslado inicial de la actora, fecha para la cual el traslado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación.

Sobre el mismo punto, añade, dichos formularios son documentos públicos y auténticos que no fueron tachados por la demandante, razón por la cual cumplen con todos los requisitos vigentes para dar validez y efectividad a ese negocio jurídico.

De otro lado, asevera, la actora efectuó actos de relacionamiento que dan a entender su voluntad inequívoca de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, señalando, teniendo ésta la oportunidad de retornar a COLPENSIONES efectuó tres traslados horizontales dentro del RAIS.

En caso de ser confirmada la ineficacia, solicita se le absuelva de la orden de devolver las comisiones de administración con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexadas, por tratarse de un concepto debidamente autorizado con la finalidad para que los fondos de pensiones procedan a descontarlo por la administración realizada y a partir del cual se incrementó el saldo de la cuenta de

Adicionalmente, y no menos importante a juicio de esta apoderada frente al cobro del 3% destinado a comisión de administración si operó el fenómeno de la prescripción, primero porque es un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que le otorga la ley. Segundo, porque este concepto no está financiando directamente la prestación económica de vejez, y tercero porque lo que se ha declarado como imprescriptible en los procesos de ineficacia de la afiliación, es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la misma, por lo tanto, los créditos y obligaciones que de ella se derivan si goza del fenómeno de la prescripción trienal consagrada en la legislación laboral y de la seguridad social.

En ese sentido dejo sustentado el recurso señores magistrados solicitándoles se revoque la sentencia de manera parcial y no sea ordenado a PROTECCIÓN devuelva lo descontado por comisión de administración. Muchas gracias, gracias señor juez.”

ahorro individual de la demandante, además que retornarlas, generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Agrega, la Ley 100 de 1993 y la Superintendencia Financiera de Colombia precisan que ante la ineficacia del traslado solamente se deben devolver las cotizaciones junto con los rendimientos y ninguna otra suma adicional, anotando, los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión de vejez por lo que podría hablarse incluso de la prescripción parcial de esas sumas de dinero.

Por último, aduce, si el efecto de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, no podría hablarse tampoco de unos rendimientos, y devolverlos dejaría sin restitución a su favor³ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la*

³ *Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta instancia, específicamente con lo atinente a la declaratoria de ineficacia del traslado realizado por la parte demandante y las consecuencias que se derivan para mi representada, específicamente devolver las comisiones de administración. Solicitamos respetuosamente al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral que revoque la sentencia aquí impartida en dichos puntos, con base a las siguientes consideraciones:*

En primer lugar, no comparte respetuosamente el suscrito la decisión tomada en sede de instancia concerniente a declarar la ineficacia del traslado realizada por la parte demandante, manifestando como principal motivo el hecho de que mi representada AFP PORVENIR no trajo pruebas adicionales al formulario de afiliación que contaran la información que se brindó en ese momento a la parte demandante, toda vez que precisamente aun cuando se conoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia se establece que es carga de las AFP traer al proceso que demuestre la información que se le brindó a la parte demandante, lo cierto es que no se puede aplicar de manera indiscriminada un precedente de la Corte Suprema de Justicia y establecer obligaciones que legalmente no le eran exigibles a los fondos privados para momento en que se realiza el traslado inicial de la parte demandante, precisamente para ese momento constaba la obligación de dar información pero no constaba la obligación de dejar documentada esta información, este traslado solamente se ve materializado por la suscripción del formulario de afiliación, situación que en el presente proceso se cumplió, toda vez que los formularios de afiliación son documentos públicos y auténticos, y en ningún momento fueron tachados por la parte demandante, razón por la cual cumple con todos los requisitos que estaban vigentes en ese momento para que el traslado surja a la vida jurídica de forma valida y efectiva.

Así mismo se debe valorar en sede de instancia precisamente que la parte demandante efectuó de forma real y veraz actos de relacionamiento que daban a entender precisamente su voluntad inequívoca de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, precisamente como estableció la sentencia SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021, Magistrada ponente ANA MARIA MUÑOZ, hay actos que nos dan a entender que la parte demandante aun cuando obre duda que se le brindó inicialmente al traslado que conoció los efectos del régimen de ahorro individual con solidaridad y pese a esto ratificó su voluntad de permanecer de forma inequívoca al mismo, la parte demandante teniendo la oportunidad de retornar nuevamente a COLPENSIONES realiza más de 3 traslados horizontales en el régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por la cual su vocación siempre ha sido mantenerse en el mismo.

Finalmente, solicitarle respetuosamente al Tribunal que en caso que considere confirmar a lo atinente a la declaratoria de ineficacia del traslado realizado por la parte demandante, que se absuelva o se revoque el numeral 3 de la providencia, en el cual se le impone la obligación a mi representada a devolver las comisiones de administración con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexadas. En primer lugar, es un concepto que está debidamente autorizada para los fondos de pensiones a descontar por la administración que ejercen a mi representada, máxime cuando precisamente ese concepto se generó, se descontó como consecuencia de la buena administración que ejerció mi representada incrementar con intención de incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante. En segundo lugar, precisamente porque devolver esas sumas a COLPENSIONES implicaría un enriquecimiento sin causa, pues en caso de que la actora igualmente haya permanecido al régimen de prima media con prestación definida, lo cierto es que se habría generado ese descuento, porque el 3% de la cotización en este régimen está destinado a financiar la comisión de administración pensión de invalidez y sobrevivientes. Así mismo, la ley 100 de 1993 y con la Superintendencia Financiera de Colombia entendido que cuando proceda la ineficacia del traslado solamente devolver las

S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 2:44:09, archivo “11001310503020190007100-20211015_145926-Grabación de la reunión”, expediente digital).

A su turno, COLPENSIONES, arguye, cada caso debe ser estudiado conforme a sus particularidades y no aplicar de manera automática la jurisprudencia de la Corte y en el asunto, se advierte dentro del trámite procesal que la actora realizó múltiples traslados horizontales en los distintos fondos, que dan cuenta de verdaderos actos de relacionamiento que ratifican su voluntad de permanecer en el RAIS y no retornar a prima media.

Además, expresa, la actora durante 23 años que ha estado afiliada al régimen de ahorro individual no se ha preocupado por su futuro pensional, ni buscó la forma de retornar a COLPENSIONES antes de encontrarse inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2002.

Por otro lado, establece, de ser confirmada la decisión proferida por el a quo, debe condenarse a las AFP a devolver, además de los gastos de administración, se traslade el bono pensional y los dineros destinados a seguros previsionales, los valores por pensión de garantía mínima y fondo de solidaridad pensional, por el tiempo que estuvo afiliada la demandante en los distintos fondos, ello con el fin de tener claridad de los dineros que deben recibir.

Por último sostiene, esa entidad desde el inicio del proceso se encuentra en desventaja económica, por lo que, en su sentir, sería injusto imponerle en segunda

cotizaciones junto con los rendimientos, sin que haya lugar a devolver suma adicional, máxime cuando las cuotas de administración en ningún momento es suma que este destinada financiar la pensión de vejez de la parte actora, como consecuencia podría hablarse incluso de la prescripción parcial de esas sumas de dinero. Ahora bien si los efectos de la ineficacia jurídica es entender que las cosas vuelven a su estado anterior, es decir, que las cosas vuelven a su estado anterior la parte demandante y mi representada, ello debería entender que tampoco existió una administración y que como consecuencia ya no se generaron unos rendimientos, sin embargo, pese a ello en sede de instancia se aplican los efectos de la ineficacia jurídica solamente para una de las partes de la relación contractual, es decir, de manera parcializada para la parte de los fondos privados, sin que haya esa misma obligación para la parte demandante, máxime cuando la ley es clara en establecer cuando hay lugar a la ineficacia jurídica proceden las restituciones mutuas a cargo de ambas partes, sin embargo, pese a ello en sede de instancia se aplica un efecto distinto de la consecuencia como sabemos que trae la ineficacia jurídica, imponiendo esa obligación solamente a mi representada y a los demás fondos privados.

En esos términos dejo expresado mi recurso de apelación y le solicito respetuosamente al Tribunal que revoque la sentencia aquí impartida. Muchas gracias.

instancia una condena en costas, debido a que actuó de buena fe⁴ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma

⁴ Perfecto, bueno estando dentro de la oportunidad legal correspondiente procedo entonces a presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir este honorable despacho, en primer lugar, señores magistrados solicito la revocatoria de la presente sentencia por considerar que no se cumplen con las normativas legales establecidas en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, artículo 113 de la ley 100 de 1993, artículo 9, 11, 15 de 1754 del Código Civil, así como las distintas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia que han determinado los actos de relacionamiento en casos de nulidades, en caso de ineficacias y nulidades del traslado. Igualmente, se tiene que tener en cuenta que cada caso se tiene que estudiar conforme a las particularidades y pues este caso presenta una pequeña particularidad que no presenta la mayoría, se pudo evidenciar en el trámite procesal que la parte actora realizó múltiples traslados horizontales en los distintos fondos en las que estuvo afiliado, igualmente dicha situación ratifica fácilmente señores magistrados la voluntad de la parte actora de permanecer siempre en el RAIS, y no su voluntad de retornar al régimen de prima media de COLPENSIONES.

Igualmente señores magistrados es evidente que pues durante esos 23 años que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual pues se evidenció y no se preocupó por si futuro pensional, ni siquiera buscando la forma de retornar a COLPENSIONES antes de encontrarse inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2002, inclusive pues no se dio, se preocupó más por trasladarse horizontalmente 3 veces antes que volver al régimen de prima media.

Por otra parte, señores magistrados en caso ustedes consideren pertinente confirmar la presente decisión también solicito esa condena vaya dirigida no solamente a dirigir a devolver los gastos de administración señores magistrados de la cuenta de ahorro individual de la parte actora en los 3 fondos en este caso, estoy hablando de COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN, señores magistrados se tiene que condenar además de los gastos de administración que se haga el traslado efectivo del bono pensional, así como que también se haga el traslado efectivo de los dineros destinados a los seguros previsionales contratados por las aseguradoras mientras estuvo afiliada la parte actora en cada una de ellas, porque esos seguros provisionales que las aseguradoras celebran con las, que los fondos de pensiones celebran con las aseguradoras salen de la cuenta de ahorro individual, y dichos monto pues prácticamente también deben ser retornados al régimen de prima media, también tiene que tener en cuenta que se deben trasladar los rendimientos del que tuvo los ahorros de la cuenta individual de los distintos, que tuvo en la cuenta de ahorro individual en los 3 fondos tanto en PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS.

Igualmente, también se tiene que ordenar señores magistrados que se devuelvan si hay lugar todos los valores consignados al fondo de pensión mínima durante todo el tiempo que estuvo afiliada la parte actora en los distintos fondos, igualmente se tiene que de ordenar el traslado de los valores consignados al fondo de solidaridad pensional durante todo el tiempo que estuvo afiliada la parte actora en los distintos fondos, claro que se explica. Entonces de esta forma señores magistrados con el fin de garantizar el traslado un efectivo traslado de los valores esto solicito encarecidamente que se tenga en cuenta estos valores que acabo de mencionar, ya que como se puede evidenciar internamente en COLPENSIONES, en el trámite interno de COLPENSIONES de la cantidad de nulidades del traslado que se han ordenado a COLPENSIONES a recibir los aportes pues COLPENSIONES al momento de recibir esos aportes no existe una claridad, no existe como tal un monto claro en donde se especifique mes a mes, se especifique claramente la cantidad de dinero que se tiene que devolver, y la cantidad descontado por todos esos conceptos que acabo de mencionar.

Entonces señores magistrados solicito que se estudie detenidamente estos traslados de valores, en caso de que decidan confirmar la presente sentencia. de esta forma. Igualmente, señores magistrados en caso de que igualmente confirmen la presente decisión solicitó que se absuelva a COLPENSIONES porque ya desde que se inició el presente proceso laboral COLPENSIONES está en desventaja y desfavorabilidad económica pues sería injusto imponerle en segunda instancia, sería injusto imponerle en segunda instancia una condena en costas aun cuando se sabe que COLPENSIONES actúa de buena fe y no fue la que inició o causó la presentación de este recursos, por lo tanto se tiene que también confirmar esa parte de lo que estableció en sentencia el Juzgado 30. De esta forma señores magistrados dejo expuesto mi recurso de apelación, muchas gracias.

Microsoft Teams récord 2:50:05, archivo “11001310503020190007100-20211015_145926-Grabación de la reunión”, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 9 y 10 archivo “2019-071 EXP DIGITAL.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 9 *ibídem*), aspirando se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada el 1 de agosto de 2006 con la sociedad COLFONDOS, por existir engaño y asalto de su buena fe para que se trasladara al RAIS, régimen al cual pertenece dicha administradora. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a registrar su afiliación como si nunca se hubiere trasladado, en virtud del regreso automático, y sin solución de continuidad, además se ordene a COLFONDOS a pagar los intereses generados por la demora injustificada en la autorización de su traslado, hasta la fecha en que verifique la devolución de los aportes pensionales efectuados, debidamente actualizados, junto con los perjuicios morales y materiales, y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la actora a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, ordenando a COLFONDOS, como administradora a la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante a devolver a COLPENSIONES los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración. Además, condenó a PORVENIR y PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que la demandante permaneció en dichas administradoras, respectivamente, con la advertencia de que estos recursos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de esa AFP y debidamente indexados. Además, ordenó a COLPENSIONES que una vez ingresen dichos valores, esta debe actualizar la información de su historia laboral, con el fin de garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia,**

la demandada PORVENIR (antes HORIZONTE), con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, 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 16 de mayo de 1961 (*Archivo “GEN-DDI-CI-2018_12923172-20181011020725, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de septiembre de 2018 (*Página 21 archivo “2019-071 EXP DIGITAL.pdf”, expediente digital*) esto es, cuando contaba con 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, contaba apenas con 134.15 semanas entre las cotizadas al sistema que corresponden a 2,5 años (*Archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1466-20190404012053, 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.

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”.

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, y contrario a lo sostenido en el libelo introductor, acaeció el **02 de abril de 1997** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 1997** (Página 183 archivo “2019-071 EXP DIGITAL.pdf”, 68 y 74 archivo “09. CONT PORVENIR BOG JUZ 30 2019 71 YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON.pdf”, expediente digital), por afiliación que hiciera a HORIZONTE (hoy PORVENIR), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida 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 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*⁶, 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.

⁶ 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 HORIZONTE (hoy PORVENIR).

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

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

concierna 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.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna

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.

se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el ISS se iba a acabar, su pensión sería heredable, podría pensionarse anticipadamente y retirar los dineros cuando quisiera, circunstancias estas de las que no demuestran su conocimiento 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 HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A) (*Página 68 archivo “09. CONT PORVENIR BOG JUZ 30 2019 71 YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON(1).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 76 a 78, archivo “09. CONT PORVENIR BOG JUZ 30 2019 71 YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON(1).pdf”, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁸ Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 27:01, archivo “11001310503020190007100-20211015_145926- Grabación de la reunión, expediente digital.

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 –PORVENIR, antes HORIZONTE- 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, para la época de traslado estaba vigente el deber de información, porque este 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:

“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 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 PORVENIR (antes HORIZONTE), omitió en el momento del traslado de régimen (02 de abril de 1997, efectivo el 01 de junio de 1997), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 183 archivo “2019-071 EXP DIGITAL.pdf”, 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.

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 COLFONDOS como actual administradora de pensiones a

la que se encuentra afiliada la actora (*Página 187 archivo “2019-071 EXP DIGITAL.pdf”, expediente digital*) Y (*Página 74 archivo “09. CONT PORVENIR BOG JUZ 30 2019 71 YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON(1), expediente digital*), de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar 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 demandadas COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que 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, en la que se discurrió:

“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 (...).”

Estas mismas consideraciones resultan predicables del porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, la garantía de pensión mínima y el fondo de solidaridad, cuyos recursos también deben ser reintegrados a COLPENSIONES por haber sido descontados del aporte total efectuado por el afiliado, lo cual impone adicionar la sentencia en este punto. Valga aclarar que de existir un bono pensional, este se encontraría acreditado en la cuenta de ahorro

individual de la actora y, por ende, ya haría parte de los dineros que se ordenó retornar a la administradora del RPM.

Aquí resulta pertinente acotar, 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.

Adicionalmente, 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 COLFONDOS, 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (Página 92 archivo “2019-071 EXP DIGITAL.pdf”, expediente digital), PORVENIR

(Páginas 17 y 18 archivo “09. CONT PORVENIR BOG JUZ 30 2019 71 YUDY GEORGINA PEÑA ALARCON(1), expediente digital), y PROTECCIÓN (Páginas 16 y 17 archivo “3. CONTESTACIÓN PROTECCION”, expediente digital)⁹, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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***

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en proveídos del 24 de julio de 2019, 21 de mayo de 2021 y 17 de agosto de 2021.

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

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

Con relación a la cuantía ordenada, se advierte que la discusión sobre el valor de este concepto se debe hacer en la etapa procesal correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P, no siendo éste el momento para pronunciarse sobre este particular.

Agotada la competencia de la Sala 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, adicionándola frente únicamente frente a la obligación de devolver primas de seguros, recursos destinados a la garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad.

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,

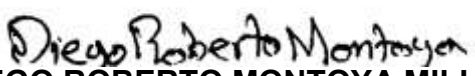
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el JUZGADO 30 LABORAL DEL CIRCUITO, únicamente en el sentido de señalar que las administradoras de fondos de pensiones deben retornar además, las sumas descontadas por concepto del porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, por la garantía de pensión mínima y por el fondo de solidaridad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO CONTRA VENTAS Y SERVICIOS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES (RAD. 30 2020 00209 01)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 31 de agosto de los corrientes (folios 7 y 10).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 14 a 16) y las demandadas VENTAS Y SERVICIOS S.A (folios 3 a 6) y COLPENSIONES (folios 8 y 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de agosto de 2021 (Cd. fl. 21 record 2:09:01, acta a folio 23), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO con cedula de ciudadanía número 3968429 y la empresa VENTAS Y SERVICIOS SOCIEDAD ANONIMA existió un contrato por término indefinido comprendido entre 16 enero 1987 al 03 de septiembre de 1989.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada VENTAS Y SERVICIOS SOCIEDAD ANONIMA a reconocer y pagar y transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el valor de los aportes a seguridad social de pensiones junto con los intereses de mora causados a la fecha que se haga efectiva el pago conforme al cálculo actuarial a favor de la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO por los siguientes periodos del 16 de enero al 30 de abril del primero de junio al 31 de diciembre de 1987 con el salario de \$25.000 pesos mensuales del mes de octubre de 1988 con el salario de 8.400 con el salario de \$88.440 pesos mes de diciembre de 1988 con el salario de \$41.710 pesos para los meses de enero marzo mayo y junio de 1989 con salario de \$32. 560 pesos y para el mes de abril de 1989 con el salario de \$42.000 pesos y julio de 1989 con el salario de \$48.000 pesos de acuerdo con los expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a elaborar e calculo actuarial que corresponda por los ciclo determinados en el numeral anterior esto es del 16 de enero a abril y junio del 16 de enero a abril y de junio a diciembre de 1987 con el salario de \$25.000 pesos mensuales octubre de 1988 con el salario de \$88.440 pesos diciembre de 1988 con el salario de \$41.710 pesos para los meses de enero marzo mayo y junio de 1989 con salario de \$32. 560 pesos y para el mes de abril de 1989 con el salario de \$42.000 pesos y julio de 1989 con el salario de \$48.000 pesos de acuerdo a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a incluir en la historia laboral de la actora los aportes de los meses de mayo de 1987 de enero a septiembre y noviembre de 1988 febrero a agosto de 1989 y del primero al cuatro de septiembre de 1889 pagados por la parte demandante por la parte demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez que reciba el pago de los aportes mencionados proceda a actualizar la historia laboral de la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO.

SEXTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de compensación y pago presentadas por la SOCIEDAD VENTAS Y SERVICIOS S.A frente a los aportes del mes de mayo 1987 de enero a septiembre de 1988 noviembre de 1988 febrero de 1989 agosto 1989 y del primero al cuatro de septiembre de 1989 y no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a VENTAS Y SERVICIOS S.A liquídense por secretaria e inclúyase por concepto de agencias de derecho a favor de la demandante por la suma de \$1.000.000 pesos

OCTAVO: ORDENAR en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES liquídense por secretaria e inclúyase por concepto de agencias de derecho a favor de la demandante la suma de \$500.000 pesos

NOVENO: CONCEDASE el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 de código procesal del trabajo y de la seguridad social y también lo indicado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral donde indico en una acción de tutela que las decisiones que fueran adversas a COLPENSIONES necesariamente deberían ser consultadas.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A., presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra por la actora.

Con ese propósito indicó, no encontrarse conforme con la sentencia proferida toda vez que la única relación existente entre las partes para los meses de enero y marzo de 1987 fue regida por un contrato de prestación de servicios, en el que la demandante en su calidad de contratista era independiente ello aunado al hecho de que en el trámite procesal la actora no probó la subordinación que predicaba, para ese periodo.

Indicó que, si bien es cierto, la demandada por error certificó que la demandante laboraba para esa empresa desde enero de 1987, no puede dejar de valorarse ese documento con las pruebas aportadas y de las que no es posible inferir otra cosa distinta a la existencia de una relación contractual de prestación de servicios de carácter independiente, como asegura haber sido aceptado por la demandante en el interrogatorio de parte practicado por el a quo.

Como segundo punto objeto de censura señaló que COLPENSIONES no atendió la carga procesal que le correspondía y que consistía en aportar toda la

información requerida por el despacho en lo que tiene que ver con las planillas de aportes de cotización por parte de VENTAS Y SERVICIOS, las cuales dan fe de que la encartada cumplió cabalmente con todas sus obligaciones inherentes a la afiliación de la actora al sistema general de seguridad social, no siendo admisible que ante dicha omisión se haya declarado una presunción de deuda en cabeza de la demandada.

Otro de los puntos atacados es el relativo a los salarios que fueron tomados en cuenta para la liquidación de los aportes ordenados, arguye que el juzgador no puede presumir que existió un salario variable en unos determinados periodos donde no existe prueba, razón por la que considera que frente a dichos ciclos debe tomarse el salario mínimo.

Finalizó su intervención solicitando la revisión por condena en costas, consideró que no resulta equitativa frente a COLPENSIONES entidad que mantuvo una conducta omisiva en el recaudo de la información requerida por el fallador de primer grado al no aportar la información requerida y que daba cuenta del cumplimiento del pago de aportes, ello aunado al hecho de considerar que en el caso se debía dar aplicación a la presunción de pago consagrada en el art. 1628 del C.C.¹.

¹ **Audio 21 Apoderado demandada (2:13:48):** Si su señoría no se quien primero entonces voy yo gracias encontrándome en la oportunidad pertinente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir por parte del despacho solicitándole al Honorable Tribunal se estudie de manera concreta todos los medios probatorios aportados al presente proceso y se revoque en su totalidad la condena a mi representada respecto de los supuestos aportes que no se hicieron debo empezar este recurso señalando ya que el despacho inicia la sentencia haciendo alusión a la calidad de trabajadora que tuvo la demandante respecto de un contrato de prestación de servicios que señala el despacho señala que existe una presunción de una existencia de una relación laboral y en virtud de ella pues debe da aplicación a una supuesta presunción señalando que considera los demás medios probatorios aportados al proceso pues innecesarios para determinar la autonomía de la relación que existió entre la demandante y mi representada entre los meses de enero y marzo de 1987 señalo el despacho que existió la obligación de probar la autonomía independencia de las laborales pero que contrario a ello ni la demandante tenía que no podía enviar a nadie a reemplazarla era un servicio que debía cumplir en las horas indicadas sin embargo brilla por su ausencia cual era el horario que debía cubrir la demandante de lo que yo tengo presente nunca se habló de un horario determinado de trabajo de la señora durante el tiempo que prestó sus servicios como contratista independiente así mismo hace ilusión el despacho a la contundencia de una certificación que no (no se entiende) cabe duda que a respecto del análisis que en conjunto debería debió realizar el despacho en virtud a la certificación que se refiere a folio 2019 sin embargo lo que se evidencia en contrario a lo señalado por el despacho no hubo un análisis conjunto de las pruebas para poder determinar si existió o no una relación laboral entre la demandante y mi representada entre los meses de enero febrero y marzo de 1987 toda vez que a partir de abril se está reconociendo la existencia de una relación laboral además que esta aportado el contrato del presente proceso respecto del análisis probatorio que realizo el despacho lo cierto es que no se encuentra consistencia entre el precedente que señala respecto de la contundencia de una certificación laboral que se probó en el presente proceso si bien existe una relevancia una certificación que no fue tachada por mi representada porque realmente la tacha corresponde a un documento falso y mi representada de verdad cometió el error de certificar desde el mes de enero el tiempo laboral de la demandante pero lo que si se debe analizar es la forma como el valor probatorio que se le debe a dar a cada documento es decir la certificación no tiene el mismo valor probatorio cuando tenemos del otro lado un contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes es evidente que la persona que redactó o firmó la certificación debe que hacer alusión el despacho 19 seguramente cometió un error un lapsus al revisar al tener en cuenta tiempos que tenía la demandante registrada con mi representada pero que no eran bajo la figura de una relación laboral pero lo que ello supone debió el despacho a analizar bueno a contrastar esta prueba de una certificación que tenemos que dice una cosa pero la contrasto con otro documentos como los contratos que se aportaron al proceso un contrato de prestación de servicios independientes y además la declaración de la demandante que acepto que celebro un contrato de prestación de servicios independientes

que prestaba unos servicios independientes que no hubo continuidad alguna en una labor porque primero hacia unas labores de telemercadeo y después paso a hacer unas labores comerciales diferentes con condiciones laborales diferentes de manera que lo que debió haber hecho el despacho fue analizar el contenido de la certificación y verificar con los demás pruebas sobrantes al en el proceso pues cual era la realidad de la situación que tenía la señora MARCELA DEL PILAR con mi representada en los meses de enero febrero y abril enero febrero marzo 1987 y de esta manera debió notar el despacho que evidentemente existió sin lugar a duda una relación independiente de un contrato de prestación de servicios independientes que no es una figura ajena ni legal menos aún para poder determinar que la señora MARCELA presto unos servicios independientes por unos meses razón por la cual no tenía que dársele mayor a una certificación que incluso el despacho que debe analizar con otras pruebas y más aún dar aplicación a una presunción de relación laboral simplemente porque el despacho considera que es más proteccionista pero realmente ello no ocurre respecto de los que realidad paso entre la relación entre la demandante mi representada reiteramos y hacemos especial énfasis en que la demandante aspecto en su interrogatorio de parte que celebro este contrato que se rigió bajo estas condiciones que el testigo que trajo el presente proceso señalo si yo conocí a MARCELA y primero hacia unas funciones de mercadeo y después paso a una área comercial y eso le consta al testigo de manera que es evidente en el presente proceso se probó contundentemente que si existieron dos relaciones diferentes entre mi representada y la señora MARCELA razón por la cual no había lugar a dar ninguna aplicación de ninguna presunción porque está completamente señalado y claro que si existió una relación en primera medida de trabajo independiente entre la demandante y mi representada entonces no existió no debió aplicarse una presunción de existencia de relación laboral reiterando simplemente porque el despacho considera que ello es más proteccionista como así lo señala respecto de una supuesta igualdad en una relación laboral cuando realmente los hechos las pruebas y las mismas confesiones de la demandante dan cuenta de una cosa completamente distinta que es la autonomía de la relación que existió en primera medida los primeros meses de 1987 entre la demandante y mi representada que fue una laboral autónoma e independiente en virtud de un contrato de prestación de servicios particulares celebrados entre las partes de manera que la fecha inicial laboral que señala el despacho no es congruente con el material probatorio aportado al presente proceso y en esa medida deberá revocarse primero el numeral primero respecto de la declaración de un contrato de trabajo con fechas anteriores cuando el contrato de trabajo de la demandante comenzó en el mes de abril de 1987, ahora bien respecto al segundo punto por supuesto es el tema de los aportes el despacho hizo un análisis de los diferentes pagos realizados por mi representada haciendo alusión existió una omisión de COLPENSIONES al realizar o en su momento no reportar la novedad de retiro y es que COLPENSIONES aporta al proceso una información y aun así pese a que ellos mismos lo aportan pese a que ellos mismos la tienen pues consideran que no va hacer ninguna observación de los periodos que están plenamente comprobados por mi representada debe resaltarse que parte del acuerdo al que se llegó en el presente proceso en la audiencia inmediatamente anterior del artículo 77 señalo el despacho y se comprometió tanto la parte como el despacho a unas obligaciones propias cada una entre ellas mi representada se comprometió a aportar información suficiente para que COLPENSIONES pudiera hacer la búsqueda desea información y mediante memorial del 7 julio que fue aportado al despacho y que fue remitido a la codemandada COLPENSIONES se le informo estos son los números patronales de VENTAS Y SERVICIOS S.A por favor realizar la búsqueda de la información porque usted no aportó la totalidad de las planillas que mi representada tuvo que haber reportado en estos periodos entonces para estos periodos de enero 87 a septiembre del 89 realice la búsqueda con estos números patronales búsqueda que no realizo COLPENSIONES vino a este proceso con el mínimo esfuerzo COLPENSIONES no atendió la carga procesal que le correspondía de aportar toda la información requerida por el despacho y que así además se pactó entre las partes de manera de que en su momento se hizo la solicitud ante despacho de no cerrar el debate probatorio y pedir a COLPENSIONES que por favor cumpla la obligación porque finalmente para que estamos aquí jugando a que VENTAS Y SERVICIOS busca una información la envía a COLPENSIONES y COLPENSIONES no contesta y simplemente se dejó así el tema el despacho señala que considera improcedente suspender la diligencia porque se tiene que hacer en dos audiencia si tener en cuenta que COLPENSIONES no cumple con sus obligaciones entonces como COLPENSIONES no cumple que VENTAS Y SERVICIOS pague que COLPENSIONES no actualiza que VENTAS Y SERVICIOS pague y como COLPENSIONES no busca entonces VENTAS Y SERVICIOS pague esa es la conclusión y eso es lo que no solamente es la conducta procesal de COLPENSIONES sino que es una conducta que permitió el despacho porque se reitera eso fue lo que se pactó en el proceso eso fue lo que se dijo que se iba a hacer y mi representada cumplió con su obligación de entregar la información a COLPENSIONES no hizo ni la más mínima búsqueda y el despacho simplemente pues dejo que COLPENSIONES no hizo nada entonces el ad quo permite la omisión de COLPENSIONES y no solo permite la omisión de COLPENSIONES sino que ante la omisión de COLPENSIONES pues que pague VENTAS esa fue la solución del presente proceso de manera que no se entiende como la conducta procesal de COLPENSIONES que es negativa que es omisiva que es completamente pasiva pues termina perjudicando a VENTAS Y SERVICIOS que ha actuado con plena rectitud dentro del proceso y aportando toda la información y haciendo toda la búsqueda necesaria para aportar al proceso todo lo que tenía en sus manos reiterando que las planillas que se le aportaron y que se resaltaron casi que con plastilina a COLPENSIONES diciéndole mire aquí están los aportes eran planillas que ya COLPENSIONES tenía esa conducta también deberá ser estudiada por el Tribunal que en efecto COLPENSIONES si tenía unas planillas y ni así quiso hacer la actualización de la historia laboral ahora bien respecto de estas planillas que faltan se reitera que COLPENSIONES no hizo la búsqueda completa entonces no se puede presumirse porque el despacho señalo en su fallo que se condenara a mi representada a los aportes que se dejaron de hacer pero cuales aportes se dejaron de hacer de dónde saca el despacho o de donde se presume que mi representada dejo de hacer aportes es que el problema aquí es VENTAS Y SERVICIOS no guardo una planilla pero VENTAS Y SERVICIOS no dejo de hacer aportes es que desde la misma respuesta a COLPENSIONES cuando se señala que no realizara la actualización de la historia laboral se señala que mi representada reporto debidamente en enero de 1987 reporto el ingreso de la demandante de la señora MARCELA que después hizo los aportes es que eso lo dice la comunicación que aportó al despacho si se hicieron los aportes pero se considera que existió fue un error perdón no sé cómo lo interpreto COLPENSIONES porque todas las planillas dicen septiembre del 89 excepto el de la señora MARCELA que dice septiembre del 84 en lugar de presumirse un error en

la fecha de digitación de un error de un 4 por un 9 lo que hizo COLPENSIONES fue presumir que era una novedad retroactiva entonces simplemente dejó sin efecto los aportes y entonces en consecuencia VENTAS pague esa es la conclusión a la que llega el despacho y a la que llega COLPENSIONES de manera que nuevamente ante la negligencia de los aportes y de la revisión por parte de COLPENSIONES la conclusión es que la que tiene que venir a pagar es VENTAS Y SERVICIOS cuando está plenamente probado que se hizo la novedad de ingresos se hizo la novedad de retiro se hicieron los aportes es que aquí no existe alguna duda de que mi representada cumplió cabalmente con todas sus obligaciones realizó todo lo que le correspondía respecto al Instituto de Seguros Sociales hizo la filiación hizo la novedad de retiro hizo los aportes entonces como a razón de que ventas y servicios viene a deber a la demandante cuando es claro que la omisión es de COLPENSIONES cuando así mismo se señala y aparecen algunas planilla no aparecen todas pero las planillas las debía tener COLPENSIONES no puede entonces la entidad después de 30 años llegar y decir simplemente como la planilla no aparece pues yo presumo que me deben porque entonces mañana COLPENSIONES pierde la historia laboral de todas las empresas que hace pues fácil como yo no encuentro el aporte yo presumo que me deben y venga y pague y vuelva y pague en vez de ser una presunción contraria que es lo que determina la norma porque se reitera como fue señalado en los alegatos de conclusión el artículo 1628 del código civil se presume el pago no se presume la deuda como lo hizo el despacho como lo hizo COLPENSIONES entonces no aparece la planilla entonces yo presumo que me deben y vuelvo y cobro no al contrario si usted tiene una obligación si usted tiene una obligación de cobro si usted tiene una mora si usted no hace un cobro ejecutivo si usted no ejecuta un cobro porque supuestamente para eso se hacen las novedades lo que se presume es que hubo pago entonces ante la ausencia de la planilla que COLPENSIONES debería tener lo que se tiene que hacer es presumir el pago de acuerdo a la norma el 1628 es clarísimo se presume el pago cuando se trata de obligaciones periódicas aquí se aplicó no sé qué norma se aplica porque se hace alusión de que en virtud de la norma constitucional y un derecho constitucional que es el de la seguridad social de la demandante 'pues ventas pague entonces se pierde los aportes VENTAS Y SERVICIOS pague si no aparecen VENTAS Y SERVICIOS paguen pero cualquier presunción esa se resuelve a favor de COLPENSIONES y no a favor de empleado cuando la norma es clara de que quien tiene que hacer el cobro es la entidad la entidad a la que se le hicieron los aportes no es VENTAS Y SERVICIOS las que tiene que llegar a pagar si hubiese una omisión es el seguro el Instituto de los seguros sociales en este caso COLPENSIONES quien debió hacer un requerimiento a mi representada si encontraba una mora de manera que nunca se hizo requerimiento a mi representada se presume es el pago no aparece en las planillas no lo que hizo el despacho de presumir una deuda en cabeza de mi representado así mismo se señala que aparecieron las demás planillas y fueron aportadas a COLPENSIONES pese a que ellas las tenía respecto de los demás aportes razón por la cual debió aplicarse aquí era una presunción de pago de mi representada y no una presunción de deuda pues todo lo contrario a lo que en realidad de correspondía a las obligaciones de cada una de las entidades dejando así en cabeza de mi representada VENTAS Y SERVICIOS mayores obligaciones de las legales que le corresponden solo porque se hicieron los aportes sino que señala que se dejaron de hacer cuando esto no es cierto cuando no existió ningún documento que me probara a mí que yo deje de hacer algún aporte contrario a ello se hicieron los aportes pues COLPENSIONES no tiene la planillas no las quiso buscar porque esa fue una de las cargas que le solicito el despacho buscar información que no busco y que el despacho tampoco considero importante requerirle a la empresa que realizara esta búsqueda de la información reiterando que se le dio el término prudente para hacerlo COLPENSIONES no busca las planillas entonces simplemente llegan al proceso con la información que medianamente buscan y que medianamente traen y medianamente revisan y simplemente la conclusión ante la omisión de COLPENSIONES es la de condenar a mi representada de manera que está plenamente demostrado que VENTAS Y SERVICIOS si cumplió con las obligaciones que le correspondían como empleador de la demandante por lo periodos que están demostrada la relación laboral por las partes y en este caso no debió hacerse ninguna condena en contra de VENTAS Y SERVICIOS, por último y referente a los salarios asignados por la parte si bien existieron unos periodos en los que la demandante probó perdón devengo un salario variable en atención a su funciones pues me permito reiterar que el entendimiento del despacho no puede ser presumir que existió un salario variable en unos periodos sino en los momentos en los que de manera subsidiaria mi representada tenga que entrar a realizar un pago pues los periodos que no están deben realizarse con base en un salario mínimo y nos respecto de teniendo en cuenta unos periodos diferentes con un salario diferente en atención a ello si solicito que se hace la revisión del pago del valor que tuvo como base el despacho con la consideración de las condenas en respectivos meses y atención a ello el pago eventualmente podría ordenársele a mi representada de manera subsidiaria pues a las pretensiones de revocatoria total contra mi representada solicito la revisión de los numerales séptimo y octavo de la decisión toda vez que sin tener mayor consideración no encuentro equitativo a que mi representada se le condene a costas a un \$1.000.000 de pesos y a COLPENSIONES de \$500.000 cuando la omisión completa fue de COLPENSIONES VENTAS Y SERVICIOS si probó dentro del proceso pues todo lo que estaba a su cargo VENTAS Y SERVICIOS si aportó la información que tenía VENTAS Y SERVICIOS si cumplió con lealtad procesal sus obligaciones fue COLPENSIONES quien no aportó la información fue COLPENSIONES que se rehúsa a realizar la actualización de la historia laboral es COLPENSIONES quien aporta al proceso información al proceso y ni siquiera con base a esa información es capaz de actualizar la historia laboral de manera de que fuera esta condena a costas de manera actitud procesal de las partes es como lo señala uno de los ítems para determinar el valor de unas costas es evidente que erró completamente el despacho en determinar una suma mayor para mi representada y no contrario a ello simplemente el 50% de lo que se le condeno a VENTAS Y SERVICIOS es la condena en costas a COLPENSIONES razón por la cual no encuentro equidad ni justicia en esta condena en costas realizada por el despacho reiterando de manera subsidiaria solicitando de manera principal se revoque la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante contra de mi representada en cuanto quedo completamente probada en el proceso en que mi representada si realizó de manera completa los pagos que le correspondía respecto de la relación laboral que sostuvo con la demandante y en especial a la presunción de que trata el artículo 1628 respecto de los pagos que realizó mi representada en gracia de discusión debió haber sido co0brados y requerida por COLPENSIONES o el instituto de los seguros sociales en estos términos dejó presentada mi recurso de apelación muchas gracias al despacho.

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 MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 5 del archivo No. 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados (ibídem), solicitando se ordene la corrección de la historia laboral de la demandante incluyendo el periodo laborado al servicio de la empresa VENTAS Y SERVICIOS S.A. desde el 16 de enero de 1987 al 03 de septiembre de 1989; se ordene a VENTAS Y SERVICIOS S.A. certificar el salario base de cotización de la demandante por el periodo arriba relacionado, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre la demandante VENTAS Y SERVICIOS S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1987 al 3 de septiembre de 1989; se condenó a la demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A., a reconocer, pagar y transferir a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el valor de los aportes a seguridad social en pensiones, junto con los intereses de mora causados a la fecha efectiva del pago conforme al cálculo actuarial que realice COLPENSIONES a favor de la demandante por los siguientes periodos: del 16 de enero al 30 de abril y del 1° de junio al 31 de diciembre de 1987, con el salario de \$25.000 mensuales, del mes de octubre de 1988, con el salario de \$88.440, diciembre de 1988, con el salario de \$41.710, para los meses de enero, marzo, mayo y junio de 1989, con el salario de \$32.560, para el mes de abril de 1989, con el salario de \$42.000 y julio de 1989, con el salario de \$48.000; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES elaborar el cálculo actuarial que corresponde por los ciclos determinados, teniendo en cuenta los salarios relacionados; condenó a COLPENSIONES a incluir en la historia laboral de la actora los aportes de los meses de Mayo de 1987, de enero a septiembre de 1988, noviembre de 1988, febrero de 1989, agosto de 1989 y del 1 al 4 de**

septiembre de 1989, pagados por la parte demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A.

El Juez de primer grado para resolver el litigio puesto a su consideración definió como problemas jurídicos: i) establecer si entre la señora demandante y la empresa VENTAS Y SERVICIOS S.A.S. existió un contrato de trabajo para el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1987 al 03 de septiembre de 1989, en caso positivo, determinar el valor de los salarios devengados por dicho periodo; ii) verificar si hay lugar a ordenar el pago de los aportes por seguridad social en pensiones de la demandante por el tiempo antes relacionado, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; iii) establecer si se hicieron los pagos al sistema de seguridad social en pensiones ante el ISS y en caso afirmativo ordenar que se tengan en cuenta en la historia laboral de la actora; iv) verificar si hay lugar a que COLPENSIONES calcule el valor que debe pagar la empresa demandada en caso de que aparezcan tiempos no aportados al sistema de seguridad social en pensiones durante el periodo que la actora se mantuvo vinculada a esa sociedad y v) verificar si alcanza prosperidad alguno de los medios exceptivos propuestos por las demandadas.

Como fundamentos legales de su decisión invocó el art. 53 y 230 de la Constitución Política de Colombia; el art 22, 23, 24 y 47 del CST; la Ley 100 de 1993; los arts. 164 y 167 del CGP y los arts. 60 y 61 del CPT y de la SS.

Luego de exponer cada una de las teorías del caso de los litigantes, procedió a realizar una relación y valoración de los medios probatorios recaudados; en principio indicó que todos los documentos aportados en el expediente como prueba gozan de validez probatoria al no ser objeto de tacha por alguna de las partes.

Para resolver el primer problema jurídico tuvo en cuenta los contratos aportados y las pruebas practicadas en audiencia, concluyó que no hay duda que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 16 de enero de 1987, que inició con un contrato de obra modalidad que advirtió ser propia de la legislación laboral y que luego continuó con un contrato de trabajo a término indefinido.

Respecto a los salarios devengados por la demandante determinó que para los periodos donde no se reporta salario se tendrá el salario promedio, según lo que se reportó en los documentos, o el SMMLV, según las circunstancias.

Frente al pago de aportes en seguridad social por parte de VENTAS Y SERVICIOS precisó: i) que en la historia laboral tradicional expedida por el ISS se acredita que la demandada afilió a la actora al sistema general de seguridad social en pensiones el 23 de enero de 1987; ii) que la demandada presentó una novedad de retiro de la afiliada el 04 de septiembre de 1989, por consiguiente COLPENSIONES consideró que no estaba llamada a ejercer la acción de cobro ante la terminación de la relación laboral con dicha novedad de retiro con efectos retroactivos y que por tal razón sólo le tuvo en cuenta las cotizaciones del 23 y el 24 de enero de 1987, situación frente a la cual encontró conculcados los derechos a la seguridad social de la señora demandante; invocó las sentencias de la Corte Constitucional SU 226 de 2019 y C-516 de 2001, para concluir que ante la existencia de una relación laboral es deber del empleador realizar el pago de los derechos y obligaciones de los trabajadores a su cargo y que específicamente en el caso objeto de estudio VENTAS Y SERVICIOS debía responder por los aportes de seguridad social en pensiones causados entre el 16 de enero de 1987 al 03 de septiembre de 1989, ante la acreditación de la existencia del contrato de trabajo que sostenía con la actora para dichos extremos temporales.

Frente a la expedición del cálculo actuarial indicó que el acto tribunal constitucional sostuvo que es una obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones y que la obligación del pago está en cabeza del empleador omisivo.

Sin embargo, señaló que en el caso en estudio no se presentó una omisión en la afiliación al sistema general de pensiones sino una decisión de la demandada quien presentó una novedad de retiro el 04 de septiembre de 1989 que COLPENSIONES tomó como con efectos retroactivos razón por la que no tuvo en cuenta los aportes realizados, circunstancia que valoró como inconsulta por parte del empleador quien no aportó en debida forma la información correspondiente para que el ente administrador de pensiones procediera a corregir y actualizar la historia laboral de la actora; no correspondiéndole a COLPENSIONES dejar sin efecto la novedad de retiro.

Por ello ordenó a COLPENSIONES tener en cuenta los aportes cotizados a favor de la demandante para los meses de mayo de 1989; del 01 de enero al 30 de septiembre de 1988; del mes de noviembre de 1988; el mes de febrero

de 1989 y del 01 de agosto al 04 de septiembre de 1989 (sic), pagos que ingresaron al patrimonio de la administradora de pensiones.

Condenó a la empleadora VENTAS Y SERVICIOS al pago de aportes dejados de sufragar, previo calculo actuarial e intereses de mora calculados por COLPENSIONES, por los ciclos comprendidos entre el 16 de enero de 1987 al 30 de abril de 1987; de junio a diciembre de 1987 y de octubre a diciembre de 1988; enero de 1989 y de marzo a julio de 1989, periodos de los que no se documentó el pago efectivo.

Corolario a lo anterior, ordenó a COLPENSIONES tener en cuenta dichas cotizaciones en los reportes de cotizaciones a favor de la demandante.

Así pues, de acuerdo con los antecedentes procesales relacionados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, por lo dicho se definirán como problemas jurídicos a determinar: i) si entre las partes existió una relación laboral desde el 16 de enero de 1987 al 03 de septiembre de 1989; ii) si en el trámite procesal se acreditó el pago de aportes en seguridad social en pensión durante la vigencia de la relación laboral y si, COLPENSIONES fue omisiva frente al cumplimiento de la carga probatoria que le correspondía; de confirmarse la condena por pago de aportes a cargo de VENTAS Y SERVICIOS deberá verificar la sala iii) cual es el monto de los salarios que deben tenerse en cuenta como IBC de los aportes presuntamente dejados de pagar y iv) verificar si la condena en costas fue equitativa frente a la impuesta a cargo de COLPENSIONES.

Previo a resolver los principales puntos de censura, esta instancia en atención a los extremos temporales sobre los cuales se está solicitando el pago de aportes que resultan anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993², considera procedente señalar que desde 1946 existía la obligación de los empleadores de realizar los aprovisionamientos a efectos de realizar los aportes pensionales correspondientes a favor de sus trabajadores, una vez fuera llamada por el ISS³, hecho que en autos tuvo claro la demandada quien

² 01 de abril de 1994, teniendo en cuenta que la demandante era una trabajadora del sector privado.

³ La Corte Constitucional mediante auto 068 del 20 de marzo de 2014 marzo de 2014, clarificó el tema de los aportes a la seguridad social en los sectores donde aún no había cobertura del ISS, o no existía una norma que obligara a los empleadores a efectuar estos respectivos aportes; en este auto la Corte Constitucional consideró que debía sujetarse a lo resuelto en la sentencia T-784 de 2010, ya que en esta se decidió sobre un caso en el que una persona que tuvo vínculos laborales con la compañía petrolera Chevron Petroleum Company hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, solicitó se le ordenara a esta última el reconocimiento y pago de los aportes pensionales correspondientes al tiempo que laboraron para ellos. Puntualmente dijo ese Alto

no censuró la sentencia de primer grado en este punto y quien incluso cumplió con la obligación de afiliar a la demandante al ISS antes del nacimiento del sistema general de pensiones como consta a folios 25-28 y 69-72 del archivo No. 2 del expediente digital.

Pues bien, para abordar el primer punto de inconformidad 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 desde el 16 de enero de 1987, en tanto su declaración judicial constituye el fundamento de las pretensiones que persigue la demandante, mientras que la traída a juicio se opone a lo declarado por el Juez de conocimiento afirmando que entre el 16 de enero al 30 de marzo de 1987 lo que existió entre las partes fue un contrato para la prestación de servicios de telemarketing⁴, 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

Tribunal:

“...Así las cosas, en la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigí[era] de acuerdo con la ley. No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana...”.

⁴ Audio archivo No 18, audiencia celebrada el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.

llamada a juicio desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL3847 de 2021 y SL-3695 de 2021⁵.

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 demanda⁶, y, en todo caso, se trató de una cuestión no objetada por el recurrente, 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.

La parte demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A. aportó como prueba documental el contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante (fl.143) el 16 de enero de 1987 que tenía por objeto la prestación de servicios de TELEMERCADEO; en ese convenio se pactó que:

SEGUNDA: El contratista se compromete a realizar el (los) anterior (es) trabajo (s) sin ejecución a horario ni dependencia distinta a la óptima calidad de su labor. TERCERA: A la terminación y entrega satisfactoria de la labor, materia del presente contrato, VENTAS Y SERVICIOS LTDA., pagará al Contratista la suma de \$ 1,500.00 DIA TRABAJADO

Documento que no fue objeto de tacha y que en virtud de lo previsto en el art. 244 del Código General del Proceso goza de autenticidad; también aportó archivos microfilmados de planillas de pago de aportes en seguridad social⁷ donde consta que la demandante fue afiliada al sistema general de seguridad social para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el ISS desde el 23 de

⁵ “Así las cosas, la inferencia del *ad quem*, no resulta irrazonable, pues como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte, para poder aplicar esta figura, es posible deducirlo tanto de lo informado por el demandado al contestar la demanda, o al absolver un interrogatorio, como de los documentos aportados, que formalmente muestran un contrato de otra naturaleza, pues con ello se acredita objetivamente la prestación personal del servicio sin ningún otro aditamento, que inmediatamente activa la presunción de existencia del vínculo laboral, trasladándose la carga probatoria al convocado, para ir más allá de lo que señalan esos documentos, o su propio dicho, en aras de demostrar, que el nexo contractual fue de tipo independiente y autónomo”

(...)

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.”

⁶ Audio archivo No 18, audiencia celebrada el 11 de marzo de 2020.

⁷ Ver archivo No. 8 Planillas de aportes, expediente digital.

enero de 1987, hecho que también fue acreditado por COLPENSIONES en respuesta a requerimiento de fecha 23 de julio de 2021⁸ y en el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES⁹.

Frente a los insumos probatorios relacionados advierte esta colegiatura que de ellos no se puede colegir las circunstancias en que se desenvolvió la presunta relación de contrato de prestación de servicios que aduce la demandada haber sostenido con la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ, de ellos no es posible inferir la presunta independencia y autonomía con la que la contratista ejecutaba sus actividades como asesora comercial, aunado a ello se documentó que la encartada afilió a la presunta contratista al sistema general de seguridad social en pensiones como trabajadora dependiente el 23 de enero de 1987¹⁰, circunstancia de la que no puede colegirse hecho distinto a su calidad de trabajadora y que incluso se ratifica con la documental aportada por la demandante a folio 19 del archivo No. 2 del expediente digital en el que la gerente de talento humano de la llamada a juicio certifica:



Documento que también goza de autenticidad y tiene validez probatoria¹¹ máxime cuando la encartada no lo desconoció y por el contrario, en su

⁸ Archivo No. 22, requerimiento en audiencia, expediente digital.

⁹ Archivo No.2 folios 25-28 y 69-72.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, rememorada en la del 2 de agosto de 2004 radicación 22259 y 36748 del 23 de septiembre de 2009, se dijo: (...) *El juez laboral debe tener como un hecho*

contestación y apelación, acepta que lo expidió; si bien es cierto asegura que existe un error respecto de los extremos temporales consignados en dicho documento - no puede soslayar esta instancia - la valoración de los medios probatorios no desvirtúa su contenido, máxime cuando de las pruebas practicadas en audiencia de fecha 25 de junio de 2021¹² ratifican que la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO i) inició su vínculo laboral con VENTAS Y SERVICIOS como asesora comercial desde enero de 1987; ii) que la relación laboral se mantuvo por el término de dos años hasta el 03 de septiembre de 1989 data para la cual la trabajadora renunció; iii) que la labor de la demandante dependía de VENTAS Y SERVICIOS entidad que incluso cumplió de forma oportuna con el pago de salarios, prestaciones sociales y comisiones a favor de la hoy demandante.

Precisa la sala que el testimonio de la señora MARITZA BELLO, no fue objeto de tacha u objeción alguna por los integrantes de la parte pasiva, además sus manifestaciones guardan correspondencia con lo declarado por la demandante y con las documentales aportadas en el plenario, hecho que reviste de conducencia, pertinencia y por ende credibilidad a la deponente, quien conoció de forma directa las condiciones en que la actora prestó sus servicios a favor de VENTAS Y SERVICIOS, dada su calidad de secretaria del Departamento de ventas del CREDENCIAL BANCO DE OCCIDENTE entidad que sostuvo un vínculo de carácter comercial con la llamada a juicio, en virtud del cual la actora desempeñó su labor de asesora comercial, actividades que la testigo aseguró debía verificar y reportar a la empresa contratista (VENTAS Y SERVICIOS) en su calidad de empleada directa del contratante (BANCO DE OCCIDENTE).

De lo anterior, indudablemente se concluye que, en la realidad, al margen de las formalidades que se hubiesen podido consignar en el contrato suscrito por la actora y la demandada¹³, la relación vivida entre las partes se rigió por un

cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral... ”».

¹² Audio No. 21 interrogatorio de parte a la demandante y testimonio solicitado por la demandante de la señora MARITZA BELLO GARZÓN.

¹³ Archivo 2, folio 143, expediente digital.

contrato de trabajo vigente desde el 16 de enero de 1987 al 03 de septiembre de 1989.

En ese orden, no son de recibo los argumentos alegados por la apoderada de la demandada y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia en este primer punto.

En lo que aviene al segundo punto objeto de inconformidad¹⁴, en primer término se tiene que la encartada asegura que reconoció de forma oportuna y completa los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de su extrabajadora y para el caso aportó en el archivo No. 8 del expediente digital planillas microfilmadas que contienen el pago de aportes en seguridad social a favor de la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO, pagos que valga la pena precisar fueron aceptados por COLPENSIONES en respuesta a requerimiento de fecha 23 de julio de 2021¹⁵ donde indicó:

¹⁴“ii) si en el trámite procesal se acreditó el pago de aportes en seguridad social en pensión durante la vigencia de la relación laboral y si, COLPENSIONES fue omisiva frente al cumplimiento de la carga probatoria que le correspondía.”

¹⁵ Archivo No. 22, expediente digital.



Bogotá D.C., 23 de Julio de 2021

Doctor:

Miguel Ángel Rocha Cuello

Director Código 130 Grado 06

DIRECCION DE PROCESOS JUDICIALES

Carrera 10 No. 72 - 33 Trr. B Piso 10 Sede Principal

Bogotá D.C. – Colombia

Referencia:	Despacho Judicial-2021_7221035
Afiliado:	MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO
Identificación:	Cédula de Ciudadanía: 39.684.029

Respetado Señor:

Reciba un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-; En atención a lo requerido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá nos permitimos informar lo siguiente:

De acuerdo a lo pedido y tras verificar todas nuestras bases de datos y sistemas de información se logró establecer, que el empleador 01008213162, en el ciclo 1989/09, reportó una novedad de retiro, con efectos retroactivos, asentada para el día 1987/01/24.

Inicialmente el empleador VENTAS Y SERVICIOS LTDA reportó novedad de ingreso con fecha 1987/01/23 y continuó reportando a la señora Vásquez Ladino en las siguientes planillas, sin embargo en el periodo 1989/09 se efectuó un reporte de novedad de retiro con fecha del 04 de septiembre de 1984, dado que esta fecha es anterior a la fecha de ingreso se toma como fecha de retiro un día posterior a la novedad de ingreso reportada oficialmente, en la siguiente imagen podrá evidenciarse la fecha de retiro reportada en la planilla microfilmada:

Respecto a la novedad de retiro a la que hace referencia COLPENSIONES en el documento arriba relacionado - como fundamento de defensa en la contestación – en las planillas microfilmadas aportadas por la pasiva¹⁶ y en la respuesta aportada por la administradora de pensiones¹⁷ se observa:

¹⁶ Archivo No.8.

¹⁷ Archivo No. 22.

NÚMERO PATRONAL			APELLIDOS Y NOMBRES			FECHA			CATE.			TRABAJADOR			PATRONO			IMPORTE		VALOR TOTAL	
NÚMERO AFIILIACIÓN			PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	NOMBRES		DIA	MESES	AÑO	HORA	IN	EM	IN	EM	AT-EP						
01008213162	VENTAS Y SERVICIOS LTDA	CIENBUA	OLGA				2013	025	09	000004	1006	042	SEP DE 1989								
011791630	AGUILERA	EDITH									32	4	\$1,099.00	\$1,183.00	\$2,198.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
011901405	PARDO	TAMARIS									22	4	\$1,091.00	\$1,040.00	\$2,130.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
012029874	HEREDIA	PEREZ	JAIHE								32	4	\$3,297.00	\$3,550.00	\$6,847.00	\$7,100.00	\$639.00	\$21,180.00			
012127790	VALERO	PARIETA	ROSA								23	4	\$1,253.00	\$1,349.00	\$2,506.00	\$2,698.00	\$243.00	\$8,049.00			
012198710	SOPO	SANDOVAL	CECILIA								23	4	\$1,253.00	\$1,349.00	\$2,506.00	\$2,698.00	\$243.00	\$8,049.00			
012209411	RODRIGUEZ	DIAZ	ROSALBA								32	4	\$2,492.00	\$2,683.00	\$5,175.00	\$5,366.00	\$483.00	\$16,000.00			
012302860	ALONSO	RODRIGUEZ	SIERVO DE								23	4	\$1,253.00	\$1,349.00	\$2,506.00	\$2,698.00	\$243.00	\$8,049.00			
012399771	FORTICH	PADILLA	DALIA								22	4	\$1,099.00	\$1,183.00	\$2,198.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
901833170	ACOSTA	RODRIGUEZ	LUZ								19		\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
909534142	BOHOSO	CRAMOS	EDMIN	1	25	09	89				22		\$1,912.00	\$1,972.00	\$3,884.00	\$4,086.00	\$302.00	\$9,878.00			
910385126	SANCHEZ	CUENTE	JULIO								22	4	\$1,099.00	\$1,183.00	\$2,198.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
911435061	ROBAYO	ACERO	WILLIAM HE								19		\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
912327032	ALONSO	BARRETO	JOSE GABRI	3	01	09	89				28	4	\$2,245.00	\$2,417.00	\$4,490.00	\$4,834.00	\$435.00	\$14,921.00			
912362233	DOHOSO	DOZCO	DOUGLAS JO								21	4	\$1,602.00	\$1,699.00	\$3,301.00	\$3,488.00	\$187.00	\$6,333.00			
912384591	CHAVEZ	CAREDEDOR	PABLO								20	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
912399012	VERA	LOPEZ	MAURICIO	3	01	09	89				21	4	\$598.00	\$1,032.00	\$1,716.00	\$2,064.00	\$186.00	\$6,156.00			
912442005	ZAPATA	SAMPER	JORGE ALBE	2	22	02	89				20	4	\$1,428.00	\$1,500.00	\$2,928.00	\$3,060.00	\$132.00	\$9,120.00			
912466128	ARENAS	RODRIGUEZ	NELSON	3	01	09	89				19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
920459946	CHAND	HELBURG	CAROLINA								19	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
920828917	LOPEZ	FORERO	MONICA ROC	1	05	09	89				20	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
921054612	RUIZ	RUIZ	MATILDE								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
926417528	MONTANO	SANCHEZ	MARIA N	3	01	09	89				27	4	\$2,015.00	\$2,170.00	\$4,030.00	\$4,240.00	\$210.00	\$12,946.00			
928423688	MENDEZ	AYALA	LUZ VANNE								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
931268991	GONZALEZ	BARRIO	NOHORA E	3	01	09	89				26	4	\$1,801.00	\$1,940.00	\$3,602.00	\$3,680.00	\$339.00	\$11,572.00			
934054007	HARILANDA	SANCHEZ	BEATRIZ GA	3	01	09	89				26	4	\$1,801.00	\$1,940.00	\$3,602.00	\$3,680.00	\$339.00	\$11,572.00			
935462099	DE ANGULO	OTALORA	MARIA								21	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
935463627	CACERES	CASTANEDA	ALICIA								21	4	\$1,035.00	\$1,113.00	\$2,148.00	\$2,266.00	\$118.00	\$3,666.00			
935465641	RODRIGUEZ	MENDIETA	NIDIA AHAR								20	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
937832546	QUESADA	DUARTE	MARIA	1	05	09	89				21	4	\$598.00	\$1,032.00	\$1,716.00	\$2,064.00	\$186.00	\$6,156.00			
938283046	GUZHAN	PORTILLA	MARTITZA								21	4	\$1,035.00	\$1,113.00	\$2,148.00	\$2,266.00	\$118.00	\$3,666.00			
937524456	MARTINEZ	MARTINEZ	GLORIA E	2	30	09	89				25	4	\$1,099.00	\$1,183.00	\$2,198.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
937527617	IGUARAN	IGUARAN	SANDRA E								22	4	\$1,603.00	\$1,727.00	\$3,206.00	\$3,354.00	\$311.00	\$10,301.00			
939529925	SANDOVAL	GOMEZ	SARA T	2	15	09	89				22	2	\$595.00	\$592.00	\$1,098.00	\$1,184.00	\$104.00	\$3,529.00			
939542415	JAIHES	CHAVES	MARTHA CEC								22	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
939543376	HERNANDEZ	MESA	PATRICIA G								22	4	\$1,603.00	\$1,727.00	\$3,206.00	\$3,354.00	\$311.00	\$10,301.00			
939544231	HERNANDEZ	MARTIN	JEANET								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
939546990	CONTRERAS	AVILA	LUZ ALCIRA								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
939549944	GARCIA	MALPICA	SANDRA	2	30	06	89				19	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
939625076	PINGUITA	GONZALEZ	SANDRA								20	4	\$1,801.00	\$1,940.00	\$3,602.00	\$3,680.00	\$339.00	\$11,572.00			
939681612	HERNANDEZ	VILLAMIL	DORA H	3	01	09	89				26	4	\$1,253.00	\$1,349.00	\$2,506.00	\$2,698.00	\$243.00	\$8,049.00			
939683125	LADINO	RUBIANO	ANA H								23	4	\$1,253.00	\$1,349.00	\$2,506.00	\$2,698.00	\$243.00	\$8,049.00			
939684023	URSQUEZ	LADINO	MARCELA	2	04	09	84				27	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
939685646	JIMENEZ	BOHILLA	SILVIA								27	4	\$1,035.00	\$1,113.00	\$2,148.00	\$2,266.00	\$118.00	\$3,666.00			
939690207	DIAZ	VELASQUEZ	MARTHA C	2	30	09	89				20	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
939697792	AGUIRRE	SALAZAR	MARTHA C								22	4	\$1,099.00	\$1,183.00	\$2,198.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
939703261	RODRIGUEZ	MELO	LUZ								22	4	\$1,099.00	\$1,183.00	\$2,198.00	\$2,366.00	\$213.00	\$7,059.00			
939779711	MARTINEZ	RODRIGUEZ	ZORAILDA								20	4	\$830.00	\$894.00	\$1,724.00	\$1,788.00	\$161.00	\$5,333.00			
939781309	PATINO	CAMPOS	MARIA								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
941480390	ECHEVERRY	DE BOHORQUEZ	MARIA								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
941591845	DURAN	MOLINARES	URGENTIA	3	01	09	89				21	4	\$830.00	\$1,032.00	\$1,716.00	\$2,064.00	\$186.00	\$6,156.00			
941747587	SIERRA	PIEDRA	MARIA								21	4	\$1,035.00	\$1,113.00	\$2,148.00	\$2,266.00	\$118.00	\$3,666.00			
941763889	ROMERO	AGUIRRE	MARTHA								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
941768551	PINEDA	TORRES	CONSUELO P								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			
941888888	LOPEZ	LOPEZ	ANDRÉS								19	4	\$714.00	\$769.00	\$1,428.00	\$1,538.00	\$138.00	\$4,587.00			

La imagen insertada corresponde a los trabajadores de VENTAS Y SERVICIOS para el mes de septiembre de 1989, en ella se evidencia que la empleadora encartada reportó la novedad de retiro correspondiente a la señora MARCELA VASQUEZ LADINO y si bien es cierto se registró como data el 04 de septiembre de 1984, al valorar en conjunto el contenido del documento adiado, cotejado con las demás planillas, válido es inferir que el entonces ISS registró de forma errónea el año de retiro indicó 1984 cuando en realidad era 1989, data que se ratifica con la fecha en que las partes aceptaron que se finiquitó el vínculo laboral (04 de septiembre de 1989)¹⁸.

Frente a la responsabilidad de los fondos de pensiones como signatarias de la información laboral de los trabajadores vinculados al sistema general de pensiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia CSL 3691-2021 M.P IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ analizó de forma detallada los deberes de custodia, conservación y verificación de las historias laborales, dejando sentado que:

“La jurisprudencia ha adoctrinado que las administradoras de pensiones tienen el deber de custodiar y conservar la información contenida en las historias laborales (CSJ SL5170-2019). Ello involucra organizar los datos que allí se consignan, la identificación e individualización de la persona trabajadora, entre otros que permiten conocer la actividad que originan los aportes y en el caso del RAIS la determinación del capital ahorrado y si al respecto hay inconsistencias que deban resolverse, tales como períodos en mora, pagos extemporáneos de aportes y su

¹⁸ Archivo No. 2 folio 35.

efectiva validación, traslados de cotizaciones, pagos de aportes de personas no vinculadas, irregularidades en el reporte de novedades, trámites pendientes para emisión o redención de bonos pensionales, etc.

Sin duda alguna, el éxito de esa gestión permite que los empleadores o entidades competentes cumplan con sus obligaciones pensionales y evita tardanzas injustificadas en el reconocimiento de las prestaciones del sistema. Asimismo, es preponderante para garantizar que la historia laboral de los afiliados carezca de inconsistencias, pues identifica las irregularidades puntuales que, con la debida diligencia, pueden ser solucionadas de forma eficiente y efectiva.

(...)

En ese sentido, el efecto del incumplimiento de los deberes de gestión, guarda, conservación y verificación del contenido de la historia laboral debe ser asumido por la entidad administradora, pues esta cuenta con los recursos e infraestructura necesaria y suficiente para identificar con anticipación las inconsistencias que se presenten.

En este punto debe tenerse en cuenta que la Ley 1581 de 2012 regula lo pertinente al manejo y protección de datos personales, entre los cuales están los consignados en las historias laborales. Esta norma prevé en su artículo 17 que entre los deberes de los responsables del tratamiento de la información está el de «e) *Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible*». Ello, precisamente, en atención al principio de veracidad y calidad de la información que es transversal y debe acatar toda entidad que ejerza tratamiento de información - artículo 4.º, literal d) *ibidem*.

Asimismo, también desarrolla el principio de seguridad, según el cual «*La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento*» (destaca la Sala). Sin duda, ello es un llamado a atender al carácter mínimo y fundamental de los derechos de la seguridad social, a fin que las personas que ofrecen su información pensional a los entes que legalmente deben administrarla tomen las medidas necesarias para garantizar su veracidad.

(...)

Al considerar, los anteriores criterios a la temática jurídica que se examina, para la Sala es claro que, si un fondo de pensiones recibe o acepta una afiliación o traslado, debe activar todos sus recursos e infraestructura para garantizar que la información de la historia laboral cuyo tratamiento se le suministra es veraz, exacta, actualizada, completa y comprobable, así como efectuar las gestiones del caso para solucionar las irregularidades que se presenten.

Por tanto, ocurrido el riesgo amparable por el sistema, no puede negar su reconocimiento ni excusar su incuria argumentando simplemente el incumplimiento de los deberes de otros entes, pues se reitera, la verificación, actualización y validación de la información de la historia laboral es competencia de la entidad que recibe o acepta la afiliación, en los términos expuestos.

Y mucho menos es dable pretender trasladar a la persona afiliada las consecuencias negativas de su propia negligencia en la gestión de los aportes. En efecto, si se acredita que el afiliado cumple las condiciones legales para acceder a la prestación, como el número mínimo de aportes en el caso de las pensiones de invalidez y una inferencia plausible de que están respaldadas en una relación laboral, las inconsistencias de las historias laborales derivadas de la negligencia de las entidades administradoras, como en la omisión del cobro, recaudo o validación de los respectivos aportes, no pueden afectar a la persona afiliada, aún si tales irregularidades eran inicialmente atribuibles a entidades pensionales en las que anteriormente estaba afiliada la persona..”

Así las cosas, en el caso en estudio se infiere que era deber de COLPENSIONES registrar y velar por que los datos registrados en la historia laboral de la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ correspondieran a la realidad de los vínculos laborales que mantuvo y de notar algún tipo de inconsistencia debió iniciar los trámites correspondientes a fin de dilucidar la irregularidad presentada, hecho que evidentemente no probó y tan solo exculpó su falta de diligencia y cuidado en un presunto error del empleador que no está documentado en el expediente, por el contrario con las planillas aportadas es factible inferir lógicamente qué VENTAS Y SERVICIOS realizó los aportes que en principio le correspondían con la suscripción del contrato de trabajo obrante a folios 45-46 de fecha 13 de abril de 1987 y que finiquitó el 03 de septiembre de 1989 (fl.18), por un término de dos años, pago que la misma COLPENSIONES admite haber recibido como se indicó en precedencia¹⁹.

Conforme a lo anterior, luce evidente confirmar la orden dada por el Juez de conocimiento a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en lo que respecta a incluir en la historia laboral de la actora los aportes de los meses de mayo de 1987, de enero a septiembre de 1988, noviembre de 1988, febrero de 1989, agosto de 1989 y del 1 al 3 de septiembre de 1989, pagados por la parte

¹⁹ Archivo 22 expediente digital.

demandada VENTAS SERVICIOS S.A, acreditados en el archivo 8 del expediente digital, pero por lo indicado en la parte motiva.

Ahora, frente al pago de aportes en seguridad social para los ciclos del 16 de enero al 30 de abril; del 1° de junio al 31 de diciembre de 1987; del mes de octubre de 1988; diciembre de 1988; para los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio de 1989 y julio de 1989, precisa la sala se ha impuesto en cabeza de los jueces del trabajo la obligación de verificar el detalle de pagos de cada periodo y hacer los ajustes pertinentes.

Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL10147 de 2017, en la cual asentó:

“En este punto, la Sala debe llamar la atención en que los jueces de trabajo no pueden hacer una valoración mecánica y desprevenida de los resúmenes de semanas cotizadas elaboradas por las propias entidades de seguridad social, sin antes evaluar si en los mismos se dejan de incluir ciclos, por mora, inconsistencias o cualquier otra cuestión, o se incluyen procedimientos de imputación de pagos, que puedan resultar contrarios a la ley. Es deber de los juzgadores de instancia, en ese sentido, verificar los detalles de pagos de cada periodo y definir la validez de cada uno, pues tal labor no puede quedar definitivamente librada a la voluntad de las administradoras de fondos de pensiones.”

Atendiendo tales circunstancias, en lo que respecta al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que debería efectuar VENTAS Y SERVICIOS a favor de la demandante durante la vigencia de la relación laboral (16 de enero de 1987 a 03 de septiembre de 1989), en efecto, según las planillas de pago de aportes en pensión aportadas en el archivo No.8 del expediente digital, no se avizoran pagos para los ciclos del 16 de enero al 30 de abril; del 1° de junio al 31 de diciembre de 1987; del mes de octubre de 1988; diciembre de 1988; para los meses de enero, marzo, mayo y junio de 1989, para el mes de abril de 1989 y julio de 1989, pese a que como se dijo, el contrato se ejecutó de manera continua e ininterrumpida entre el 16 de enero de 1987 al 03 de septiembre de 1989.

Ante esta circunstancia conviene precisar, en el plenario se acreditó la afiliación de la demandante como trabajadora dependiente de VENTAS Y SERVICIOS sólo a partir del 23 de enero de 1987²⁰, fecha a partir de la cual la ex empleadora aquí demandada está obligada efectuar el pago de los ciclos 23 de enero al 30 de abril de 1987; del 1° de junio al 31 de diciembre de 1987; del mes de octubre de 1988; diciembre de 1988; para los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1989, junto con el interés moratorio respectivo, pues en ese interregno **SÍ** hubo afiliación.

Recuérdese frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, que el empleador será responsable del pago de los mismos, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y párrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la expectativa pensional de la demandante.

En esa medida, habiendo mediado la afiliación al sistema de pensiones (23 de enero de 1987) y teniendo en cuenta que la novedad de retiro data del 4 de septiembre de 1989 como se explicó con antelación, resulta procedente ordenar el pago de los aportes causados en los ciclos arriba determinados²¹ junto con los intereses moratorios respectivos por no encontrarse acreditado su pago y en ese sentido se modificará la orden impuesta en el numeral segundo de la sentencia recurrida donde

²⁰ Archivo No. 2 folios 25-28 y 69-72.

²¹ Ciclos del 23 de enero de 1987²¹, fecha a partir de la cual la ex empleadora aquí demandada está obligada efectuar el pago de los ciclos 23 de enero al 30 de abril de 1987; del 1° de junio al 31 de diciembre de 1987; del me.

se condenó a la demandada VENTAS Y SERVICIOS a pagar el valor del cálculo actuarial, orden que sólo procede en los casos en los que se omite la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones y no para la mora de pago de aportes situación fáctica que se presentó en el sub judice frente a los periodos relacionados.

Adicional a ello se ordenará a COLPENSIONES elaborar el cálculo de aportes en mora que corresponda por los ciclos y salarios determinados en precedencia.

Frente a la presunción de pago²² contenida en el art. 1628 del Código Civil²³ alegada por la recurrente, señala esta instancia, no puede operar en su favor por cuanto, de la revisión de las documentales aportadas en el expediente²⁴ no se avizora la existencia de pagos consecutivos y determinados que den lugar a la aplicación de la mentada presunción para cada uno de los periodos objeto de condena como pasa a relacionarse:

1987	ESTADO APORTE	PRUEBA
enero	DEUDA	NR
febrero	DEUDA	NR
marzo	DEUDA	NR
abril	DEUDA	NR
mayo	PAGO	planilla No. 13209
junio	DEUDA	NR
julio	DEUDA	NR
agosto	DEUDA	NR
septiembre	DEUDA	NR
octubre	DEUDA	NR
noviembre	DEUDA	NR

²² C. S. J. – Sala de Casación Laboral – Ref. expediente No. 35999 – Acta No. 38 – del 29 de septiembre de 2010 – M P. Dr. Eduardo López Villegas, “Es cierto, como lo dice la impugnante, que lo dispuesto en el artículo 1628 del Código Civil constituye una regla de valoración probatoria aplicable en el campo laboral, dado que los salarios se pagan periódicamente; por ello debe entenderse que cuando el patrono prueba el pago de "tres periodos determinados y consecutivos", este hecho hace presumir "los pagos de los anteriores periodos". De manera que si en las planillas de nómina figura que a (...) se le pagó regularmente su salario por los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1991 y la primera quincena de enero de 1992, lo razonable era suponer que el salario correspondiente a periodos anteriores, había sido también pagado.”

²³ **CÓDIGO CIVIL, ARTICULO 1628. <PAGOS PERIODICOS>**. En los pagos periódicos la carta de pago de tres periodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores periodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor.

²⁴ Archivo No. 8 expediente digital planillas microfilmadas de pago de aportes en pensión.

diciembre	DEUDA	NR
1988		
enero	PAGO	planilla No. 13554
febrero	PAGO	planilla No. 13773
marzo	PAGO	planilla No. 13906
abril	PAGO	planilla No. 14057
mayo	PAGO	planilla No. 14173
junio	PAGO	planilla No. 14238
julio	PAGO	planilla No. 13924
agosto	PAGO	planilla No. 13693
septiembre	PAGO	planilla No. 13769
octubre	DEUDA	NR
noviembre	PAGO	planilla No. 13671
diciembre	DEUDA	NR
1989		
enero	DEUDA	NR
febrero	DEUDA	NR
marzo	DEUDA	NR
abril	DEUDA	NR
mayo	DEUDA	NR
junio	DEUDA	NR
julio	DEUDA	NR
agosto	PAGO	planilla No. 14726
septiembre	PAGO	planilla No. 12788

De lo registrado es evidente inferir lógicamente que al contrastar los periodos adeudados frente a los que existe pago no se completan los tres pagos determinados y consecutivos que den lugar a la aplicación de lo dispuesto en el precepto civil aludido.

En otro giro resulta imperioso recalcar que los **periodos en que no hubo afiliación** NO pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias disímiles para el empleador y para la entidad de pensiones.

Por lo anterior y de cara al ciclo comprendido entre el 16 de enero de 1987 al 22 de enero de 1987, teniendo en cuenta la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, es procedente mantener la condena impuesta por el a quo - en el numeral tercero del fallo objeto de reproche - en lo que se refiere al pago de cálculo actuarial por omisión en la afiliación a cargo de VENTAS Y SERVICIOS S.A. pero teniendo en

cuenta como salario el mínimo mensual legal vigente para esa data y que corresponde a la suma de \$20.510, ello en consonancia de lo dispuesto en el art. 4 del Decreto 1887 de 1994²⁵ y toda vez que no existe prueba de los salarios devengados por la demandante para ese interregno.

Por otro lado y a efecto de determinar el salario a tomar en cuenta para la elaboración del cálculo de aportes en mora a cargo de COLPENSIONES y el pago correspondiente a cargo de VENTAS Y SERVICIOS, tópico recurrido por la apoderada de la encartada la Sala determina que dicho cálculo deberá tener en cuenta los salarios percibidos por la demandante en los ciclos ya determinados, en los valores probados y en aquellos periodos en que no se constata un valor específico se debe tener en cuenta el salario mínimo.

De la siguiente manera:

PERIODO	SALARIO	FOLIOS
23 de enero a abril de 1987	\$20.510 SMMLV	No se probó el salario para este periodo
junio a diciembre de 1987	\$25.000	Contrato fls.45-46
Octubre de 1988	\$88.440	Liquidación fl. 29
Diciembre de 1988	\$41,710	Liquidación fl.29
Enero de 1989	\$20.420	Liquidación fl.29
Febrero de 1989	\$12.600	Liquidación fl. 29

²⁵ En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación el Decreto 1887 de 1994 a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señalando en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

“ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (...)

El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, ni superior a 20 veces dicho salario.

PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.”

Marzo de 1989	\$27.792	Liquidación fl. 29
Abril de 1989	\$42.000	Liquidación fl. 29
Mayo de 1989	\$32.560	No se probó el salario para este periodo
Junio de 1989	\$21.000	Liquidación fl. 29
Julio de 1989	\$48.0000	Liquidación fl.29

Respecto a la liquidación tomada en cuenta como prueba de salarios, advierte esta instancia que dicho documento no fue tachado por la convocada a juicio, ni desconocida por cuanto en los términos expuestos en el art. 244 del CGP se reviste de autenticidad y por ende se le otorga validez y en tal sentido se modificara el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida.

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

Ahora frente a la equidad en el monto de la condena advierte esta instancia que no es el momento procesal para su controversia ello en atención a lo preceptuado por el art. 366 del CGP.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron,

habrá modificarse los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado 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 BOGOTA 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 de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de: **CONDENAR** a la demandada VENTAS Y SERVICIOS S.A., a reconocer, pagar y transferir a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el valor de los aportes a seguridad social en pensiones, junto con los intereses de mora causados a la fecha efectiva del pago conforme al cálculo de aportes en mora que realice el fondo de pensiones a favor de la señora MARCELA DEL PILAR VASQUEZ LADINO, por los siguientes periodos y teniendo en cuenta los salarios que a continuación se pasan a discriminar:

PERIODO	SALARIO
23 de enero a abril de 1987	\$20.510 SMMLV
junio a diciembre de 1987	\$25.000
Octubre de 1988	\$88.440
Diciembre de 1988	\$41,710
Enero de 1989	\$20.420
Febrero de 1989	\$12.600
Marzo de 1989	\$27.792
Abril de 1989	\$42.000
Mayo de 1989	\$32.560
Junio de 1989	\$21.000
Julio de 1989	\$48.0000

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de: **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a

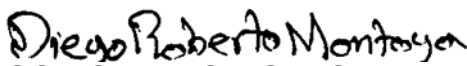
elaborar el cálculo de aportes en mora que corresponda por los ciclos y salarios determinados, conforme a lo expuesto en esta providencia.

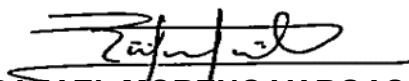
TERCERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de: **CONDENAR** a la demandada *VENTAS Y SERVICIOS* a pagar el cálculo actuarial que corresponda por el ciclo 16 de enero a 22 de enero de 1987, teniendo como salario la suma de \$20.510, que deberá ser elaborado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo motivado.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme los argumentos expuestos.

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 ALFONSO RENE SUTTA RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS (RAD. 32 2019 00719 01)

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (folios 3 a 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:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de octubre de 2021 (Audiencia virtual de que trata el art.80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:30:53, archivo No. 20), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante ALFONSO RENE SUTTA RODRÍGUEZ a través de COLFONDOS S.A., de fecha 25 de abril de 2001.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas, perdón, (sic) la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante ALFONSO RENE SUTTA RODRÍGUEZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

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

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación en los siguientes términos.

Solicitó la revocatoria de la sentencia, por considerar que la decisión proferida desconoce la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, específicamente citó la sentencia T-422 del año 2011, donde se dispuso que en los casos donde se alegue la ineficacia ha de tomarse en cuenta las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento; advirtió que en el caso sub judice se acreditó la conducta negligente del actor para el momento que autorizó el traslado de la afiliación y durante los 20 años consecutivos en los que mantuvo afiliado al RAIS y no mostró su intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida¹.

¹Archivo No. 21, apoderado COLPENSIONES, minuto 1:32:49 Si su señoría. Muchísimas gracias por el uso de la palabra y en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación con la sentencia proferida en la presente audiencia, toda vez que se declara la ineficacia de la afiliación efectuada por el hoy demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando a COLPENSIONES a tenerlo como afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad y en consecuencia le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revocar la sentencia en su integridad y absolver a mi representada en razón a las siguientes consideraciones, las cuales me permito hacer una breve exposición. En primer lugar, y teniendo en cuenta los detalles del caso ya prelegados en los alegatos de conclusión el juez de instancia toma la consideración de invertir la carga de la prueba, declarando que la administradora de fondo de pensiones demandada no demostró que la asesoría brindada frente a las características del régimen de ahorro individual con solidaridad fuera completa, clara y transparente. No obstante, se le pone de presente a Honorables Magistrados que tal decisión tomada al momento de proferir en sentencia desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, en especial debo ser énfasis en la sentencia T422 del año 2011, lo anterior toda vez que y se reitera, tal y como se señaló en los alegatos de conclusión la Corte Suprema de Justicia dispuso que en dichos casos ha de tomarse en cuenta las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento, cosa que en este caso en particular, caso ius generis pues es muy Oclaro que la actitud del afiliado fue totalmente negligente y carente de diligencia, respecto de la información que pudiese o pudo haber obtenido, no solo desde momento que autorizó el traslado de la afiliación sino en los 20 años consecutivos en los que tuvo tal oportunidad. Y es en este punto en donde deberá de revocarse en su integridad la sentencia, en razón que dentro del trámite probatorio no se demostró que se hubiere presentado vicios del consentimiento al momento en el que el demandante decidió su traslado de régimen, sino que por el contrario quedó debidamente acreditado que su afiliación a la administradora de fondo de pensiones fue libre y voluntaria como bien lo manifestó en el interrogatorio de parte decantado en la presente diligencia. En ese orden de ideas Honorables Magistrados les solicitó respetuosamente que revoquen la sentencia proferida y en consecuencia absuelvan a mi representada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Muchas gracias Honorables Magistrados y 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 del demandante ALFONSO RENE SUTTA RODRIGUEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 7-8², las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en el mismo archivo en las págs. 4-7, aspirando se declare la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor, desde el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la vinculación efectuada a la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS para el 01 de junio de 2001, por la omisión del deber legal de información al demandante; y en consecuencia de dicha declaración se condene a COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la afiliación al RAIS; se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declararon no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLFONDOS; se condenó a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS; se ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y se condenó en costas a COLFONDOS, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, además de encontrar el perjuicio que se le ocasionó con su permanencia en el RAIS, particularmente respecto al monto de su mesada pensional.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional y, de igual forma, se estableció la posibilidad de

² Expediente digital, archivo No. 1.

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 35⁴), el actor nació el 13 de abril de 1955, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de septiembre de 2019 - hecho aceptado por la demandada a folio 128 del archivo No. 1 del expediente digital - esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 64 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 265,57 semanas cotizadas⁵, equivalentes a 5,16 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **01 de junio de 2001**⁶, específicamente conforme a la información consignada en el reporte de afiliaciones RUAF y en el reporte de cotizaciones expedido por COLFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber

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 Expediente digital, archivo No. 1.

⁵ Reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, páginas 50-53 y 146-149 archivo No. 1 expediente digital.

⁶ Reporte RUAF fl.36, archivo No. 1. y archivo No.9 fls.39-49.

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.

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

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

régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales.

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

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

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

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 recientemente en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁹ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que para el año 2001 laboraba en el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que autorizó la visita de promotores del fondo COLFONDOS, quienes realizaron una reunión en el auditorio ofreciendo la posibilidad de vincularse a ese fondo de pensiones enfatizando sus argumentos en la posibilidad de pensionarse con una mesada más alta y a una edad más temprana, aunado al hecho de la inminente quiebra del ISS, razón por la que estaban en riesgo los aportes que llevaba cotizados hasta esa data, siendo recomendable afiliarse a ese fondo que le garantizaba iguales o mejores expectativas de pensión y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen que COLFONDOS asevera estar plasmado en el formulario de afiliación¹⁰, documento que no fue aportado al plenario, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, de haberse aportado tal documento este no constituiría un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es

⁹ Audiencia virtual realizada el 12 de octubre de 2021, audio No. 21, minuto 09:10 expediente digital.

¹⁰ Contestación a la demanda fl. 12, archivo No. 9.

susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que también 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 –COLFONDOS- 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 documento que ni si quiera fue aportado.

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado-01 de junio de 2001-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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 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 2001, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar al potencial 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 COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (01 de junio de 2001¹¹), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

¹¹Folio 36, 39-49 archivo No. 1.

Respecto al punto de censura alegado por el recurrente-COLPENSIONES-relacionado a la permanencia del demandante por más de 20 años en el RAIS valga la pena indicar que en este tipo de procesos no cobra incidencia alguna la permanencia del actor en el RAIS, pues lo que es objeto de valoración es el incumplimiento del deber de información y buen consejo que le asistía al fondo privado al momento de la vinculación, hecho que quedó debidamente acreditado en el plenario no siendo procedente exculpar la omisión de la AFP en una presunta falta de diligencia del afiliado, máxime cuando se probó que su decisión de traslado fue generada por una estrategia comercial de los fondos privados en las que sólo se tenía en cuenta de forma general las supuestas bondades del régimen sin valorar de forma independiente la situación del potencial afiliado.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso el a quo, sin embargo, teniendo en cuenta las documentales aportadas en el plenario¹² se modificará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de indicar que el traslado ineficaz acaeció el 01 de junio de 2001, como se ha expuesto en la providencia y no el 25 de abril de 2001 como lo indicó el a quo.

Por otro lado conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que

¹² Reporte RUAF fl.36, archivo No. 1. y archivo No.9 fls.39-49.

conlleve a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del actor.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actor vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del convocante, a COLPENSIONES, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹³ (pág. 140 archivo No. 1) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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

¹³ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 18 de agosto de 2021, archivo No. 11.

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)

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y resuelto los puntos de inconformidad de COLPENSIONES, conforme las motivaciones que preceden, se modificará el numeral segundo y en lo demás se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

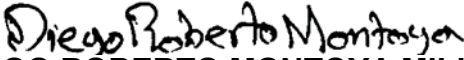
RESUELVE

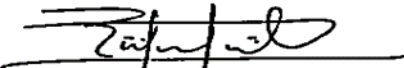
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que se declara la ineficacia del traslado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante ALFONSO RENE SUTTA RODRÍGUEZ a través de COLFONDOS S.A., de fecha 01 de junio de 2001.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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 RYMEL RUEDA NIETO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A (33 2019 00378
01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTINEZ GONZALEZ 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 29 de octubre de los corrientes (folios 191).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 199 a 201) y por las demandadas PORVENIR S.A (folios 186 a 190), y COLPENSIONES (folios 191 a 198), 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 en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 22 de septiembre 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 31:45, CD folio 180, acta folios 181 y 182*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR y con esta la afiliación realizada el 07 de abril de 1997 al señor RYMEL RUEDA NIETO identificado con cedula de ciudadanía 91.203.257.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor RYMEL RUEDA NIETO se encuentra efectivamente afiliado a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR realizar el traslado de los dineros existentes, existentes, perdón, en la cuenta de ahorro individual de RYMEL RUEDA NIETO a COLPENSIONES junto con sus intereses, rendimientos, cuotas, gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación del señor RYMEL RUEDA NIETO.

QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN y PORVENIR el traslado de cuotas de administración de manera proporcional al tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada uno de ellas y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se conmina a COLPENSIONES realizar las gestiones necesarias para obtener el pago de esas sumas.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción como lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR, como agencias en derecho 3 SMLMV a cargo de cada una de las demandadas y en favor del demandante.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones

impuestas en su contra. En sustento de ello, advierte, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen con fundamento en una ausencia de información, cuando la misma se otorgaba de manera clara, completa y verbal, en los términos de la norma vigente para la época, siendo el formulario de afiliación el único documento que da cuenta del cumplimiento de este deber y de la aceptación de las condiciones del RAIS.

Adicionalmente, indica, en los términos de la Corte Suprema de Justicia deben tenerse en cuenta los actos de relacionamiento como son los traslados dentro del régimen de ahorro individual, de los cuales debe concluirse la voluntad del actor de pertenecer en dicho régimen.

Comenta, el actor no contaba con una expectativa pensional y busca la ineficacia a partir de lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pero aquí no se vulneró el derecho a la libre elección de demandante.

Con relación a los gastos de administración advierte la imposibilidad de devolver los mismos por cuanto en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar estos, así como las pensiones de invalidez y sobrevivientes, precisando, como no forman parte integral de la prestación por vejez, son susceptibles de prescripción. Sobre este punto, además, recuerda el concepto del 15 de enero de 2020 dado por la Superintendencia Financiera en la que se señaló que ante la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son las correspondientes a cotizaciones y rendimientos, no así las cuotas administrativas y las primas de seguros provisional, lo que resulta consistente con lo regulado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

Asegura disponer el retorno de estos dineros constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, máxime cuando esa AFP cumplió con su deber contractual de mantener asegurado al demandante, siendo los gastos administrativos la contraprestación por la gestión de las cotizaciones¹ (Audiencia

¹ “Muchísimas gracias su señoría estando dentro de la oportunidad de manera muy respetuosa presento recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior en su Sala Laboral se sirva de revocar esta sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones impuestas en su contra teniendo en cuenta que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado en una supuesta falta de información, cuando lo cierto es que la misma se suministraba de carácter verbal conforme la normativa como lo era el artículo 97 del decreto 663 de 1993 característica de esta norma le obligaba a las AFP a suministrar una información clara, completa dando un paralelo entre los dos regímenes pensionales como en efecto lo hizo para el año 97 cuando el señor RYMEL decidió tomar su decisión de vincularse por primer vez al régimen de ahorro

virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 34:18, CD folio 180, acta folios 181 y 182).

individual, debemos tener en cuenta señores magistrados referente a esta prueba del consentimiento informado, es el formulario de afiliación que es el único documento que reposa dentro del expediente que prueba que la asesoría fue brindada, fue entendida y además se entendieron y se aceptaron las características del régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR.

Se debe tener en cuenta señores magistrados que es conocimiento de este apoderado, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia referente a los formularios de afiliación y su valor probatorio referente al consentimiento brindado por los demandantes para el momento de su afiliación o al momento de su traslado pero lo cierto es que no podemos a mi representada ni a ninguna AFP en aportar pruebas inexistentes y de obligarlas a lo imposible a probar una asesoría que se brindaba de carácter verbal, es aquí donde se debe tener en cuenta también que no el hecho de que los demandantes muchas veces digan que no recuerdan que se les brindara cierta información, no quiere decir que no se les haya brindado.

Ahora cuando hay una duda en el deber de información lo ha dicho la Honorable Magistrada ANA MARIA MUÑOZ SEGURA en sentencia SL 3752 y SL 1061 de 2021, que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento esgrimidos por los demandantes dentro del régimen de ahorro individual, como son los traslados entre fondos múltiples veces, en este caso encontramos 3 traslados horizontales realizados por el señor RYMEL, característica que goza de total validez y nos da cuenta que era voluntad del demandante para permanecer dentro del régimen de ahorro individual hasta la fecha. Distinto a ello señores magistrados que el señor RYMEL no cumple con una mera expectativa pensional y busca declarar la ineficacia del traslado con sustento en el artículo 13, artículo 271 de la ley 100 del 93, pero lo cierto es que ninguno de estos dos artículos nos dice que cuando una persona no haya cumplido con una mera expectativa pensional podrá solicitar la ineficacia del traslado efectuado dentro del régimen o sistema general de pensiones mejor, por lo que ha dicho de manera acertada el artículo 3, 13 en compañía del 271 es que cualquier persona natural o jurídica que atente contra la libre elección del demandante o de los usuarios a la elección del régimen del que desee pertenecer, dicha afiliación se surtirá ineficaz y la persona natural o jurídica incurrirá en una multa, pero lo cierto es que en nadie vulneró el derecho de libre elección del demandante a vincularse al régimen de ahorro individual, por el contrario, este ratificó su voluntad afiliándose en múltiples ocasiones con PORVENIR, con HORIZONTE y con PROTECCIÓN.

Ahora referente a los gastos de administración señores magistrados no es dable la devolución de los mismos ya que también en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización a financiar estos gastos de administración, a financiar la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes, sin embargo, estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello están llamados a la prescripción, ahora a dicho la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020 que en los eventos en que surgieran ineficacias de los traslados que hoy nos reúne, las únicas sumas de dinero a retornar son las cotizaciones junto con los rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte de los gastos de administración o a la prima de seguro provisional aunque la aseguradora ha cumplido en todo momento con su deber contractual de mantener asegurado al demandante en sus seguro, en sus riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Por otro lado, contrario como lo sostiene su señoría y con todo respeto si se ve que hay un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES al declarase esta devolución de los gastos de administración con destino a esta demandada, pues no hay norma ni legal ni constitucional que disponga tal devolución de los gastos de administración, o de cualquier otro tipo de dinero distinto a las cotizaciones junto con los rendimientos, pues el artículo 113 de la ley 100 de 1993 nos menciona que en los eventos que se da un cambio de régimen pensional como en efecto se traduce en este caso se debe tener en cuenta la devolución solamente de las cotizaciones junto a sus rendimientos, no haciendo mención tampoco por ninguna parte a los gastos de administración y entendiéndose estos gastos de administración como sumas distintas a una contraprestación a mi representada y a las entidades de fondos privados de pensiones por la excelente gestión de los rendimientos de la generación de los rendimientos, de las cotizaciones realizadas por los demandantes, rendimientos que se les está devolviendo a los demandantes al momento de trasladarse de régimen pensional como resultado de estas ineficacias.

Ya por último, deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración, las primas de seguro o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta del demandante por como ya se dejó por sentado, estos gastos de administración y sumas diferentes no están llamados a financiar la prestación de vejez, derecho que es el que goza la característica de imprescriptible y por ende, en consecuencia deberá declararse la prescripción de estos gastos de administración. De esta manera entonces dejo que los supuestos en lo que se condena a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia le solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva de revocar esta sentencia de instancia y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones impuestas en su contra. Muchísimas gracias.”

Por su parte PROTECCIÓN, indica, frente a las comisiones de administración y las primas de seguro previsional, estos son descuentos autorizados por la Ley, que las faculta a realizar una deducción del 3% de la cotización para cubrir los mismos, en ambos regímenes, y que, en el caso particular del actor, permitieron la generación de rendimientos que dan cuenta de la administración realizada por esa AFP. Considera, disponer la devolución de estos rubros es enriquecer sin causa a COLPENSIONES porque ese recurso no está destinado a financiar la pensión de vejez.

Refiere al concepto emitido por la Superintendencia Financiera el 17 de enero de 2020, en la que señala que, en caso de ineficacia del traslado debe aplicarse lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 *“que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes realizados, la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino”*, entre otras, en razón a que los dineros ya fueron sufragados y se mantuvo la cobertura.

Con relación a esto también, dijo, sobre estos dineros opera el fenómeno de la prescripción² (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,

² *“Doctor me permito interponer, señor juez recurso de apelación de manera parcial frente a la devolución de las comisiones de administración, las comisión de administración y las primas de seguro previsional son descuentos previamente autorizados por la ley y establecidos en la ley 100 de 1993, establecidos en su artículo 20, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que faculta a las AFP para realizar la debida deducción del 3% sobre el 16% de los partes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar las primas de seguros previsionales que opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media, obra como prueba en el expediente el certificado por aportes trasladados en donde se demuestra que los aportes del demandante durante el tiempo que el mismo estuvo afiliado a esta administradora pues obtuvo unos rendimientos, lo cual da cuenta que fueron debidamente administrados por mi representada.*

Con la sentencia de primera instancia que ordena a mi representada a devolver lo descontado por comisión durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esta administradora estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión ni siquiera es destinada a financiar la prestación de vejez de la parte demandante, y adicionalmente se le esta trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor, y no hay razón para tener que trasladar a COLPENSIONES. Así mismo, el decreto 9555 del 2020, perdón del 2010, señala que el manejo de los recursos es administrado por las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que esta entidad el 17 de enero de 2020 indico cuando se declarar judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación del artículo 7 del decreto 3995 del 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes realizados, la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino, en igual sentido a superintendencia Financiera de Colombia que tampoco deben trasladarse las primas de seguro previsional en sentido a que dicho porcentaje

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 41:24, CD folio 180, acta folios 181 y 182).

Finalmente COLPENSIONES pide se revoque la sentencia de primer grado únicamente en lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado, advirtiendo, no comparte la postura asumida por el juzgador frente a la inversión de la carga de la prueba en cabeza de la AFP de acreditar que brindó la debida información al actor al momento de su traslado, pues estima que la misma es desproporcionada. Indica, según lo ilustró el demandante en su interrogatorio, este firmó el formulario de afiliación de manera libre, consciente y voluntaria, además, se trasladó en varias oportunidades dentro del RAIS, actos que ratifican su intención de permanecer en ese régimen, siendo realmente su inconformidad el monto de la posible mesada pensional que no constituye una causal de nulidad³ (Audiencia

ya fue sufragado, la compañía cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza.

Finalmente, es de resaltar que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración, en las primas del seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se descuentan en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica de vejez, por lo que si son conceptos que si prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 159 del Código de procedimiento laboral que establecen que el transcurso del tiempo en un lapso de 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, lo que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas. Dejo de esta manera sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias señor juez.”

³ “Gracias señor juez siendo esta la oportunidad pertinente le solicito a usted me sea concedido el recurso de apelación para que sea resuelto por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, con la finalidad que se revoque de manera parcial el fallo proferido por el juez, y que tiene que ver con únicamente con la declaratoria de nulidad e ineficacia de la afiliación, primero que hago mención con la legitimación en la causa para interponer dicho recurso dado hay una condena directa en contra mi representada COLPENSIONES más sin embargo, para este apoderado judicial el fallo si puede llegar a afectar económicamente que represento, dado que hoy en día el ahorro realizado por el aquí demandante en el régimen de ahorro individual alcance a cubrir la prestación que vaya a reconocerse a futuro, sería la situación que si el demandante supera con su expectativa de vida esto llevaría a un detrimento económico a la entidad que represento dado que no alcanzó a realizar las proyecciones o planear dicha pensión con anticipación.

Ya con lo que tiene que ver con la sustentación del recurso Honorables Magistrados únicamente es la inconformidad que presento con la tesis del despacho en cuanto a la reinversión de la carga de la prueba, por los supuestos negativos y el acogimiento de las sentencias emanadas por la Corte Suprema de Justicia mediante su línea jurisprudencial para que quede en cabeza del fondo privado probar que se brindó la debida información al momento de los traslados, la razón en la desproporción probatoria dado que no es viable que con la sola manifestación por parte del demandante sobre un hecho este se dé por cierto y no se tenga la carga de demostrar la inexistencia de esa falta de información, y se corra lo que es la carga desproporcionada a las demandadas. Sobre el caso en particular si revisamos el acervo probatorio que reposa en el expediente, en el interrogatorio de parte sorteado al día de hoy se demuestra que se firmó un formulario de afiliación de manera consciente, libre y voluntaria, lo que conllevaría a un traspaso válido, más si se continuo por parte del demandante por un pago de mes a mes de los aportes para la pensión, durante un largo periodo de tiempo, lo que puede llevar sumado a los traslados horizontales que realizó pues llevara a los actos de relacionamiento en el entendido que estos actos son los desplegados por el demandante que tiene que ver con la realidad del momento, la realidad de quererse o tener la voluntad de estar afiliado al régimen de ahorro individual para la fecha que se realizaron los traslados, en no manifestar su inconformidad, la omisión de acercarse a las oficinas de los fondos privados a COLPENSIONES para devolverse al régimen de prima media, es de se puede concluir que para dicha fecha si era su voluntad estar en el régimen de ahorro individual. La inconformidad Honorables Magistrados presentando no tanto por la omisión en el deber de información sino porque el demandante denota que hay una desproporción entre lo que reconoce el fondo privado y lo reconocido por COLPENSIONES es que inicia la acción, siendo que

virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 44:42, CD folio 180, acta folios 181 y 182).

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 (folios 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 4), aspirando, se declare la nulidad del traslado efectuado el 7 de abril de 199 con PORVENIR S.A. y los subsiguientes dentro de ese régimen, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información vez, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial su situación personal y concreta. En consecuencia, de retrotraigan las cosas al estado anterior y se ordena a COLPENSIONES tenerlo dentro de sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático. **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 al que se encuentra vinculado, trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus intereses, rendimientos, cuotas y gastos de administración, ordenando a esta última que reciba dichas sumas y reactive la afiliación del demandante en el régimen de prima media. Adicionalmente, ordenó a PROTECCIÓN y PORVENIR, remitir a COLPENSIONES las cuotas de administración de manera proporcional al tiempo en que estuvo afiliado en cada uno de ellas, con cargo a su propio patrimonio. Lo anterior tras considerar, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, que la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

para la fecha del traslado era una apuesta que hacia el afiliado en tanto dependía del comportamiento financiero económico que hubiera sido mayor de lo reconocido por el fondo privado pero más sin embargo como es el comportamiento financiero no le fue favorable, entonces lo que se pretende Honorables Magistrados es atacar bajo este proceso de nulidad o de ineficacia por el deber de información. De tal suerte le solicito a los Honorables Magistrados se revoque el fallo de primera instancia únicamente lo que tiene que ver con esta declaratoria de nulidad e ineficacia, de esta manera señor juez dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.”

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 6 de octubre de 1958 (*folios 10 y 11*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de junio de 2018 (*folio 18*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 59 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 151,57 semanas cotizadas que corresponden a 2,94 años (*folios 22 y 23*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **7 de abril de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1 de junio de 1997** (*folios 13 y 136*), por afiliación que hiciera a PORVENIR,

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

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 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 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

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

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.

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, 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 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, 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”.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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.

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 se limitó a indicar que el asesor le dijo que el ISS se iba a acabar e iba a perder los dineros ahorrados para su pensión. Además, confió en que iba a salir mejor pensionado.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal de la demandada PORVENIR⁸, pues se limitó a indicar que no contaba con documento distinto al formulario de afiliación, en el que constara la asesoría dada al demandante.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que el accionante sea una persona con formación educativa profesional en derecho, y ejerciera el cargo de Juez Civil del Circuito al momento de suscribir el formulario de afiliación, 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 13*), 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

⁷ Audiencia realizada el 22 de septiembre de 2021, récord 18:24, Cd folio 180.

⁸ Audiencia realizada el 22 de septiembre de 2021, récord 38:12, Cd folio 180.

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 142-143 y 176-177*), 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 –PORVENIR- 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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 1997, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro 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 (7 de abril de 1997), 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.

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.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*folios 13 a 16*) 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.

Frente al 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 S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que 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 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, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR y PROTECCIÓN 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la 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 las que estuvo afiliado el 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.**”*

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁹ (folios 89, 126 y 172) 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 y demás restituciones, por ser

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 19 de julio de 2021 (folio 178).

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 TREINTA Y TRES 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**

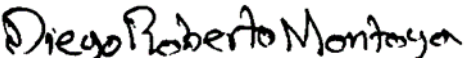
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CLAUDIA
PIÑEROS BAÑOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, Y LA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A (RAD. 34 2019
00170 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR 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 29 de octubre de los corrientes (folio 3 y 4).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR S.A (folios 12 a 14) y COLPENSIONES (folios 9 y 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia

proferida por la Juez Treinta y Cuatro 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 1:40:53, archivo “08. Audio de Audiencia Sentencia del 05 de Agosto de 2021 (fl.339).mp4”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia o nulidad del traslado realizado por la demandante MARIA CLAUDIA PIÑEROS BAÑOS, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el **25 de julio de 1996**, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCION S.A., y posteriormente, con su traslado a la Sociedad Administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones AFP PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARIA CLAUDIA PIÑEROS BAÑOS, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la demandada Sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación dela demandante MARIA CLAUDIA PIÑEROS BAÑOS, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas Sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A., fijando como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión envíese ante el superior en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.”

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

Así, en primer lugar COLPENSIONES argumentó, la demandante al momento de solicitar su traslado pensional se encontraba incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Adicionalmente, apunta, no se acreditaron los vicios del consentimiento y de existir, se trataría de un error sobre un punto de derecho que no tiene la fuerza para restarle eficacia al acto jurídico celebrado con los fondos de pensiones.

De otro lado, considera, existe una ratificación expresa con la que se saneó el vicio presentado, por cuanto ha consentido la realización de los descuentos con destino al RAIS.

En lo que toca al deber de información, asegura este solo se materializó hasta la Ley 1748, por ello solo cuentan consentimiento vertido en el formulario de afiliación¹ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:43:21, archivo "08. Audio de Audiencia Sentencia del 05 de Agosto de 2021 (fl.339).mp4", expediente digital*).

A su turno PORVENIR S.A., señala, si bien existe un precedente judicial vertido por la Corte Suprema de Justicia, este no puede aplicarse de forma homogénea en todos los casos en los que se pretende la nulidad o ineficacia de la afiliación, sino que debe existir similitud en las condiciones fácticas en cada caso, las que, asegura, en este caso no se cumplen en razón al traslado horizontal efectuado.

¹ "Gracias su señoría interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal del Distrito Superior en su Sala Laboral para que revoque la sentencia emitida por parte del juzgador de instancia, mis razones y argumentos del recurso de apelación son los siguientes:

Sobre la prohibición legal al momento de la solicitud que hizo la demandante, la demandante ya estaba incurso en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Frente a no acreditar los vicios del consentimiento en el expediente no obrara prueba alguna que demuestre un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 740 del Código Civil. Ahora bien, no encontramos un error sobre un punto de derecho que no tenga fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP, los diferentes fondos pensionales. Igualmente Honorable Tribunal dentro del presente proceso existe una ratificación expresa o tácita que sana el presunto vicio del contrato y del presente asunto el demandante sanea la nulidad por ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado del régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que durante todo el tiempo de diligenciamiento del formulario de cambio del régimen hasta la fecha de la presentación de la demanda lo ha consentido que se hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual.

Igualmente, respecto al deber de información el precedente que utiliza la Corte Suprema, norma de aplicación del deber de información es el decreto 636 del 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la ley 1748, por lo cual, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones, informado y el consentimiento del afiliado del traslado, por cuanto la leyes que surgieron en el año 1993 y 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En ese sentido su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación."

Destaca, el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial a lo largo de los años que lo ha hecho más exigente, empero, para la época en que se realizó el traslado la obligación de la administradora era entregar información “necesaria, veraz y suficiente” conforme lo reglado en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 636, esto es, no se les atribuía el buen consejo o desincentivar la afiliación, y como cumplió con dicha carga, la afiliación tiene completa validez.

Considera, la actora tuvo múltiples oportunidades para retornar al régimen de prima media, empero decidió permanecer en el de ahorro individual libre y voluntariamente, puntualizando, la inconformidad con el monto de la mesada pensional no debe ser un factor a tener en cuenta para viciar la voluntad de la demandante, porque las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen no son comparables en la medida que, si bien amparan idénticas contingencias, las prestaciones tienen sus propias condiciones de causación fijadas en la ley.

Respecto a la obligación de devolver los rendimientos y gastos de administración, apunta, ello no resulta coherente porque si la consecuencia de la ineficacia es que el negocio nunca se realizó, los frutos generados por la administradora no hubieran existido y el reintegro de los gastos desbordaría los efectos de dicha figura, en contravención de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, agregando, en criterio de la Superintendencia financiera, los traslados de los recursos deben darse a la luz del Decreto 3995 de 2008² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y*

² “Gracias su señoría, estando dentro de esta oportunidad me permito respetuosamente interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, fundamentándome en las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto la existencia de un precedente judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia, pues la misma Corporación ha indicado que dicho precedente no puede aplicarse de manera homogénea a todos los casos en los que se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues claramente deben existir una similitud en las condiciones fácticas en cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto pues Honorables Magistrados la señora demandante realizó de manera válida de régimen pensional y posteriormente un traslado horizontal dirigido a PORVENIR, el cual se realizó en cumplimiento de los mandatos y los lineamientos legales establecidos para esa fecha.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que este desarrollo legal y jurisprudencial que ha tenido el deber de información con el pasar de los años, ha hecho más exigente este deber de información a las administradoras de fondos privados, sin embargo, se recuerda que para dicha época únicamente estaba a cargo de la administradora entregar una información necesario, veraz y suficiente pero nada más, por lo tanto, no existía la necesidad de brindar una asesoría más allá de lo exigida por la ley, ni tampoco atribuirle a estas administradoras el deber de un buen consejo, o incluso para desincentivar la afiliación de la demandante, tampoco se encontraba vigente el deber de asesoría tal y como se ha sustentado con antelación.

De lo antes expuesto es forzoso colegir que si bien existía una obligación por parte de las administradoras del sistema general de pensiones de entregar esa información a quien se iba a vincular a ellas, pues era una información que no podría ir más allá de lo establecido por la ley, en ese sentido el ente gubernamental que ha vigilado a las administradoras de pensiones ha sido enfático que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna de las condiciones de la afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2241 del año 2010, en ese entendido considera mi representada que en la sentencia de instancia no se realizó una valoración de la norma aplicable a la data en que la señora demandante realizó su traslado de régimen y posteriormente su traslado horizontal, pues en ese momento histórico que ejercicio su derecho de libre elección valga indicar conforme a la ley 100 de 1993, y el

Decreto 636 del mismo año, se determinaba que se debían señalar las características y acceso a los servicios del régimen, pero sobre todo enfocados a impedir una coacción en la escogencia de este, en este sentido es claro que la demandante si recibió esta información, y por otras razones mencionó que su afiliación sea de manera libre y voluntaria, y así mismo deja entre ver el conocimiento de diversas características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así mismo, considera mi representada en la sentencia de instancia no se tuvo en cuenta que el traslado realizado por la demandante tiene completa validez en la medida en que se cumplió a cabalidad con las funciones que le correspondían a las administradoras en materia de información, atendiendo a esos parámetros establecidos en las normas vigentes. Ahora bien, cabe resaltar que la relación de la señora demandante con las administradoras que ha estado afiliada, en virtud de su condición de afiliada ha sido de carácter administrativo, que se manifiesta con varias relaciones jurídicas derivadas, siendo la más importante de ellas la que une al usuario con la administradora de pensiones y con las prestaciones que ella genera, sin que de ninguna manera puede considerarse frente a la afiliada ha existido una posición dominante, que inexorablemente coloque en una mejor posición a la administradora en el momento en que se llevó la vinculación, por cuanto no se está discutiendo en los términos de un contrato y por ello, no es posible negociar condiciones o efectos de la afiliación, pues estos ya están regulados por la ley. Lo anterior, encuentra fundamento Honorables magistrados que para el momento del traslado la norma que regía el deber de información, correspondía el numeral 1 del artículo 97 del decreto 636 del 1993.

Así mismo es pertinente señalar que la demandante contó con múltiples oportunidades para volver al régimen de prima media, toda vez que en el régimen de ahorro individual correspondía al texto original del literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, es decir, que la demandante no contaba con ningún limitante para retornar al régimen de prima media 3 años después de realizar la vinculación con mi representada, no obstante decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, realizando un traslado horizontal al interior de este régimen.

Por otro lado, la inconformidad de la demandante en el régimen de ahorro individual se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como elemento para viciar la voluntad de la demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es amparó de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante pensiones, cabe señalar que en el régimen de prima media los afiliados obtienen esas prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al régimen de ahorro individual cuya las mismas se reconocen dependiendo única y exclusivamente de los aportes ahorrados y aportados por los afiliados en su cuenta de ahorro individual, cabe resaltar en este punto que la señora demandante señala conocer la existencia de los aportes voluntarios, lo cual también denota el conocimiento del ahorro pensional y como podría este incidir en esa suma o mesada pensional.

De igual manera su señoría y honorables magistrados me permito indicar que el actuar de mi representada ha sido de buena fe, sus acciones se ejecutaron de acuerdo a esos presupuesto legales vigentes al momento de la afiliación de la demandante a PORVENIR y es claro que así las cosas que el traslado reviste de completa validez, pues no existe ningún vicio que llegue a invalidarlo.

Ahora bien, respecto de la condena de devolver conjuntamente los rendimientos y gastos de administración, mi representada se aparta respetuosamente de esta pues no resulta coherente la aplicación de la ineficacia en unos sentidos y en otro no, bajo el entendido que las consecuencias de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se realizó, entonces claramente los frutos dados por la administración de la demandante tampoco se generarían, es decir, los rendimientos es de aclarar que la solicitud de la devolución de estos rendimientos obtenidos en el régimen de ahorro individual desborda los efectos de la ineficacia dado que su consecuencia jurídica es dar que el negocio jurídico no se celebró jamás, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema en sentencia SL 3201 del año 2018, en la medida en que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una situación diferente a la que se encontraba al permanecer al régimen de prima media, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen, yendo en una clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de comercio, pues de igual manera se ha manifestado la Superintendencia Financiera manifestar que mientras en el régimen de prima media los afiliados obtienen sus prestaciones en condiciones ya regladas en la ley, en el régimen de ahorro individual estas prestaciones depende del valor ahorrado. Igualmente, establece que para esta Superintendencia esos traslados del recursos deben darse a la luz del decreto 3995 del año 2008, exactamente en su artículo 7, disposición normativa que debe aplicarse en todos estos casos, donde por cualquier sea la circunstancia es necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que se iban a hacer al generarse nulidad o ineficacia, entonces Honorables magistrados al existir una norma que regula tal situación no se debe razón atendible para apartarse de esta al incluir conceptos que no contienen, y que por razones lógicas no pueden trasladarse, como quiera que dichas sumas ya se han pagado a las administradoras correspondientes.

Es por lo anterior, Honorables magistrados que solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, que se sirva revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de mi representada, y en los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias su señoría.”

80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:45:46, archivo “08. Audio de Audiencia Sentencia del 05 de Agosto de 2021 (fl.339).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 (**páginas 107 y 108, archivo “01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).pdf”, expediente digital**) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**páginas 108 a 111, ibídem**), aspirando se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado hacia PROTECCIÓN al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A., incumpliendo con su deber de buen consejo. Además, que PROTECCIÓN y PORVENIR incurrieron en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN y PORVENIR, tener como ineficaz el tránsito al RAIS, disponiendo a esta última el traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual, con destino a COLPENSIONES, quien deberá aceptar el traslado y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 23 de junio de 1986. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la “nulidad o ineficacia” del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLMENA hoy PROTECCIÓN, disponiendo a la AFP PORVENIR, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, reintegrar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la de afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Además, ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

PROTECCIÓN (antes COLMENA) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía 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 21 de julio de 1962 (*página 7, archivo “01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).pdf”, expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 6 de diciembre de 2018 (*página 98, ibídem*), esto es, cuando 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 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 153,43 semanas cotizadas que corresponden a 2,94 años (*páginas 208 a 209, archivo “01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).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 **25 de julio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de**

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

septiembre de 1996 (páginas 245, 267, 268, archivo “01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).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 voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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 aduce 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 PROTECCIÓN (antes COLMENA).

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

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

las 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.

(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la 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 cuando efectuó el tránsito entre regímenes 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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que podría pensionarse con mejores condiciones y con una mesada más alta.

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 268, archivo “01.1

⁶ Audiencia del 5 de agosto de 2021, récord 16:55.

1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).pdf”, expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (páginas 258 a 265 y 275 a 277, archivo “01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).pdf”, expediente digital), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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 –PROTECCIÓN– 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 esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, frente a la vigencia del deber de información, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el este subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan 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 1996, 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 (antes COLMENA), omitió en el momento del traslado de régimen (25 de julio de 1996, efectivo el 01 de septiembre de 1996), 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, no obstante, conforme lo visto, se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo jurisprudencia recién mencionada.

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 importa el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*página 245 y 267 archivo 01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).pdf*, *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 en 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 PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar 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, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración, considera la Sala que se trató de un *lapsus linguae*, como quiera que en la sentencia de primer grado no se hizo mención específica a la obligación de devolver estos dineros.

En lo que atañe a la excepción de prescripción (*página 305, archivo “01.1 1001310503420190017000 (fls. 1 a 249).pdf”, expediente digital*)⁷, 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 las

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en proveído del 18 de junio de 2021 (archivo “03. 2019-170 CONT. DDA. AUD. (fls. 256 a 258).pdf”, expediente digital).

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, 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

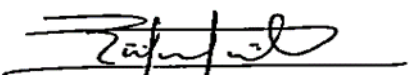
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

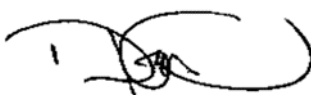
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AMANDA LUCIA
BOHORQUEZ JIMENEZ CONTRA EDIFICIO SALGADOS PH, ENRIQUE VALERO
NIÑO y RAFAEL ALBERTO GUZMAN BARRIOS (RAD. 35 2017 00781 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y los demandados EDIFICIO SALGADOS PH, y RAFAEL ALBERTO GUZMAN BARRIOS (folios 4-12), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada EDIFICIO SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 05 de abril de 2021 (audio archivo No. 10 (minuto 1:21:23; acta archivo No. 11, expediente digital), en la que se resolvió:

“1. Declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora AMANDA LUCÍA BOHORQUEZ JIMÉNEZ y el Edificio SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL entre el 15 de julio de 1995 al 14 de julio de 2016.

2. Declarar que la demandante percibió como asignación salarial mensual el salario mínimo legal mensual vigente por cada año de duración de la relación laboral.

3. Ordenar al edificio SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL realizar todos los trámites correspondientes en Colpensiones con el fin de obtener el cálculo actuarial por el periodo 17 de julio de 1995 al 30 de julio de 1998, además de efectuar el pago en los términos estipulados por la administradora.

4. Condenar al EDIFICIO SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL a cancelar por concepto de cesantías desde 17 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2012 la suma de SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$6.152.266) y por intereses a las cesantías por el mismo periodo la suma de SETECIENTOS CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$704.740).

5. Condenar al Edificio Salgados Propiedad Horizontal a pagar por sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de SETECIENTOS CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$704.740).

6. Condenar al EDIFICIO SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar la suma total de NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$9.192.733) por indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

7. Condenar a la demandada EDIFICIO SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL. a reconocer y pagar a la aquí demandante señora AMANDA LUCÍA BOHORQUEZ JIMÉNEZ la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, un día de salario por cada día de mora, es decir, \$22.981 DIARIOS desde el 15 de JULIO DE 2016 y hasta por veinticuatro (24) meses, es decir hasta el 15 de julio de 2018 la suma de DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$16.546.920) 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 atrás señalado de prestaciones objeto de condena se verifique.

Así las cosas, la condena se actualizará al día de su pago.

8. Declarar probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones.

9. De las condenas impartidas se autoriza la compensación respecto de las sumas pagadas a la demandante el 25 de octubre de 2013, esto es OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (8.281.586); a folio 300 se observa que la demandante firmó en señal de recibo y aceptación.

10. Absolver a los demandados de las demás pretensiones.

11. Se condena en costas al demandado EDIFICIO SALGADOS PROPIEDAD HORIZONTAL a favor de los demandantes. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de un millón de pesos a favor de la demandante (\$1.000.000), monto que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad el proveído de primera instancia por considerar que el a quo realizó una indebida valoración probatoria de los elementos recaudados en el proceso, específicamente frente a las minutas de contratos aportadas por la pasiva, que si bien son objeto de una denuncia por falsedad que está en trámite, ello no es óbice para que se desconociera su valor probatorio; alega que los contratos aportados acreditan que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo y no a término indefinido como fue declarado por el a quo.

Como segundo punto ataca la condena por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, advierte que en vigencia de la relación laboral la empleadora siempre

actuó de buena fe bajo la firme convicción de que el vínculo laboral suscrito con la demandante era a término fijo¹.

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 AMANDA LUCIA BOHORQUEZ JIMENEZ, las pretensiones visibles a folios 247-259 las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 235-247, aspirando de manera principal, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de julio de 1995 al 14 de julio de 2016, para que la demandante desempeñara el cargo de portera con una asignación salarial equivalente al SMMLV para cada anualidad, desempeñando un horario de lunes a sábado de 07:00 am a 07:00 pm y en virtud de dicha declaratoria se condene a los

¹ AUDIO No. 10 **Apoderado demandada (1:36:44)**: Gracias señor juez ya con la aclaración me permito interponer ante su despacho recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que acabo de ser proferida para que sea revocada en todas sus partes y me permito sustentar el recurso en los siguientes términos el primer punto señor juez su despacho hizo uso de la función ultra y extra perdón hecho humano de la teoría de in dubio pro operario del principio in dubio pro operario a fin de determinar la existencia del contrato de trabajo fuente o columna vertebral de este proceso encontró el despacho que había ciertas inconsistencias entre los documentos escritos presentados como contrato de trabajo que hace referencia a la fecha de expedición por parte de la de la editorial legis o la fecha de impresión de estos documentos con esto entendió su despacho que se trataban de unos documentos apócrifos o documentos que se presentaba para sospecha como se dijo en la parte motiva no obstante señor juez el hecho de que se haya la ley la ley sustantiva ni la procedimental en ninguna momento prohíbe que los contratos de trabajo sean suscritos con posterioridad a su celebración es más la parte los rituales para la firma de los contratos no son exigentes en materia laboral esto quiere decir el despacho por el solo hecho que el contrato se dijera fuera impreso con fecha posterior a la fecha de su celebración no da lugar a que se llegue a una duda tal que tenga que acudir a otro tipo de documentos y desconocer tajantemente los contratos si bien es cierto el señor apoderado presento o puso en duda al momento de arrimarlos el mismo como prueba dentro del proceso laboral también es cierto que el señor apoderado presento documentos atinentes a una denuncia penal respecto de estos documentos por una falsedad en documento privado ahora señor juez la judicatura no puede presumir que el hecho de haber presentado una denuncia por este concepto de lugar a que se inhabiliten o dejen de existir esos contratos en este caso se estaría prejuzgando primero punto a tener en cuenta y esto determina que al señor juez no le era dable desechar totalmente la prueba correspondiente a los contratos escritos de trabajo estos contratos señor juez si se hubieran revisado como en realidad ordena la ley sustantiva en la medida que no existe ninguna orden jurisdiccional para eliminarlos del mundo jurídico a pesar de que hay un proceso penal estos puntos tenían que haber redundado en que se tenía que haber decretado la existencia de un contrato de trabajo a término fijo siendo así las condenas indemnizaciones la causa de terminación del contrato habría sido algo totalmente diferentes de aquí se desprende una indebida apreciación de la prueba y una indebida apreciación de las normas para la valoración de esta prueba en tal sentido se solicita que sea revocada la declaratoria de un contrato a término indefinido pues esta no fue la naturaleza de la situación está no fue la naturaleza propia de la relación de trabajo como quedo plasmada ahora respecto de la indemnización moratoria deviene del artículo 65 perdón si del artículo 65 del código sustantivo del trabajo indica el señor juez en este caso no puede tampoco presumirse la buena fe en cabeza de la demandada en la medida de que la ley sustantiva laboral no determina la presunción de la buena fe como un principio no obstante señor juez difiero de este punto y solicito al Tribunal revoque en este sentido la sentencia teniendo en cuenta que la presunción de buena fe deviene no de la ley sustantiva sino de la constitución política en su artículo 83 estos postulados del artículo 83 señor juez y las pruebas y demás documentos aportados en el proceso así como la firme convicción que se estaba frente a un contrato de trabajo a término definido así opero la demandada practicando las liquidaciones pagando las liquidaciones indemnizaciones y demás a la terminación del contrato de trabajo es que señor juez contablemente todos los documentos aportados al despacho determinan que la demanda estaba ante algo total que identificaba en su totalidad como un contrato de trabajo a término indefinido luego actuó de buena fe luego usted señor juez debió haber evaluado su actitud durante el resto durante todo el proceso para determinar efectivamente que esta mala fe que da lugar a la indemnización moratoria no se llegó a configurar solicito en este sentido a que sea revisada la totalidad de las condenas impartidas apelo todas las condenas presentadas perdón emitidas por su despacho y solicito a la segunda instancia al momento de verificar la apelación que desatar este recurso que se está presentando se deniegue las pretensiones de la demanda en la medida que el resto de las excepciones que se formularon se vieron realmente probadas y configuradas gracias señor juez.

demandados al pago de aportes en pensión, salud y riesgos profesionales causados entre el 17 de julio de 1995 al 30 de julio de 1998; al pago de aportes a la caja de compensación familiar causados entre el 17 de julio de 1995 al 30 de agosto de 2013; se condene al pago de subsidio monetario de la hija menor de la actora causado entre el mes de diciembre de 2002 al año 2016; al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones estos conceptos causados entre el 17 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2012; al pago de dotaciones causadas entre el 17 de julio de 1995 al 14 de julio de 2016; sanción por no consignación a las cesantías; pago de auxilio de transporte parcial insoluto para el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2000; indemnización por despido sin justa causa; reintegro de los valores que sufragó la demandante por concepto de arriendo desde el 01 de octubre de 2000 al 28 de febrero de 2017, sanción moratoria y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 15 de julio de 1995 al 14 de julio de 2016, en virtud del cual la demandante devengaba como asignación mensual el salario mínimo legal mensual vigente por cada año en que se mantuvo vigente el vínculo laboral; ordenó al edificio demandado realizar todos los trámites correspondientes en COLPENSIONES con el fin de obtener el cálculo actuarial por el periodo 17 de julio de 1995 al 30 de julio de 1998, además de efectuar el pago en los términos estipulados por la administradora; condenó al pago de cesantías desde 17 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2012; al pago de sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; condenó por indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T; condenó a la demandada a reconocer y pagar la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones; autorizó la compensación respecto de las sumas pagadas a la demandante el 25 de octubre de 2013; absolvió a los demandados de las demás pretensiones y condenó en costas al demandado.

Luego de relacionar cada una de las tesis expuestas por los litigantes y las pruebas recaudadas, empezó por determinar los extremos de la relación laboral y el tipo de contrato que las partes suscribieron; argumentó, si bien la convocada a juicio aportó varias minutas de contrato a término fijo inferior a un año precisó que no puede pasarse por alto la fecha de impresión posterior a la supuesta firma del contrato de trabajo; destacó que la empresa Legis certificó que esas proformas fueron impresas con fechas posteriores a la fecha señalada en los contratos objeto de examen, ante dicha circunstancia la demandante procedió a presentar

denuncia por falsedad en documento cuestión litigiosa propia de la especialidad penal y en este sentido advirtió el uso de otros medios probatorios, consideró que los documentos adidos carecen de confiabilidad.

Encontró que en las certificaciones expedidas por la demandada se denotan contradicciones respecto a los cargos desempeñados por la actora y la modalidad de contrato suscrito, empero advirtió coincidencias en los extremos temporales relacionados concluyendo que el inició de la relación laboral fue el 15 de julio de 1995, data no desvirtuada por la convocada a juicio.

Frente al tipo de contrato, teniendo en cuenta las discordancias registradas en las certificaciones expedidas por la pasiva aplicó el principio de la condición más beneficiosa y el in dubio pro operario, a fin de declarar que el contrato de trabajo que rigió a las partes fue a término indefinido, definiendo como salario el mínimo mensual legal vigente, a fin de sustentar su decisión respecto al valor probatorio de las documentales invocó las sentencias SL-8360 del 08 de marzo de 1996, reiterada en sentencia SL-36748 de septiembre de 2009 (sic), en la SL-34393 del 24 de agosto de 2010 y la SL-38666 del 30 de abril de 2013.

En lo que corresponde al extremo final del vínculo laboral, determinó no existir controversia frente a este aspecto por cuanto las partes aceptan que el contrato terminó el 14 de julio de 2016.

Advirtió que no fue objeto de pretensión en el litigio la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre la demandante y los señores RAFAEL ALBERTO GUZMAN BARRIOS y ENRIQUE VALERO NIÑO, en todo caso señaló que si bien es cierto los demandados realizaron aportes en seguridad social a favor de la actora, ello fue en virtud de la calidad de representantes legales de la propiedad horizontal demandada y no como personas naturales.

En relación a las pretensiones que persiguen el pago de aportes a seguridad social en pensión para los periodos causados entre el 17 de julio de 1998 al 30 de julio de 1998, no encontró prueba que acreditara el cumplimiento de esa obligación por parte de la demandada y por ende emitió condena por el pago de cálculo actuarial de cotizaciones en pensión y además ordenó a la empleadora llevar a cabo los trámites pertinentes ante la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES para la elaboración de dicho calculo.

Respecto a los pagos en seguridad social en salud y riesgos profesionales causados entre el 07 de julio de 1995 al 30 de julio de 1998, determinó que debido a las contingencias que de ellos se ocupan habría lugar a condenar al reintegro a favor de la demandante y a cargo del empleador de los gastos en que aquella hubiese incurrido de manera directa, sin embargo, argumentó, no ser procedente condena por este ítem al no existir prueba de algún gasto médico o por riesgos profesionales asumido por la actora.

En cuanto al reconocimiento de auxilio de transporte no profirió condena por cuanto en el plenario encontró acreditado que la demandante desde el inicio de la relación laboral vivía en una habitación ubicada en el Edificio donde trabajaba, domicilio que mantuvo incluso hasta la fecha del finiquito contractual.

Condenó al pago de cesantías e causadas desde el 17 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2012, toda vez que no fue documentado su pago en las diligencias y en virtud de ello condenó al pago de sanción por no consignación a las cesantías.

En lo correspondiente a las vacaciones no se probó su pago, sin embargo, en virtud de la aplicación del fenómeno prescriptivo toda vez que la demandante no demostró haber reclamado su pago dentro de los tres años siguientes a su causación, absolvió.

En cuanto a la afiliación a caja de compensación familiar y reclamación de subsidio monetario por hija menor, el a quo acudió al art. 86 de la Ley 21 de 1982 precepto que establece una sanción que sólo se hace efectiva en la medida de demostrar el perjuicio, por ende en el caso particular la actora no demostró que para los ciclos reclamados tuviera una hija y el cumplimiento de los requisitos para la procedencia del reconocimiento de esos beneficios.

Negó lo pretendido por dotaciones toda vez que la demandante no asumió la carga probatoria que le correspondía para justificar una eventual condena por este concepto.

La demandante también solicitó el reintegro de dineros que sufragó por concepto de canon de arrendamiento que pagó por la ocupación de una habitación en el edificio demandado entre el 01 de octubre de 2000 y el 28 de febrero de 2017, frente a dicha reclamación el juez de conocimiento no profirió condena por cuanto no se establece que entre las partes haya existido algún pacto en el que se

incluyera la vivienda como parte de pago de salario en especie o como contraprestación a los servicios laborales de la promotora del juicio.

Condenó por la indemnización de que trata el art. 64 del CST y de la SS, precisó que la demandante demostró el despido, hecho que la demandada aceptó justificando su determinación en el vencimiento del término pactado, sin embargo, el Juez de primer grado advirtió la declaratoria de contrato a término indefinido y teniendo en cuenta que la pasiva no documentó la existencia de una justa causa, impuso el reconocimiento de dicha sanción.

Profirió condena por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CPT y de la SS, expuso, la propiedad horizontal llamada a juicio incumplió sus deberes como empleador, ello aunado al hecho de la expedición de certificaciones laborales contradictorias de las que no es posible inferir una conducta de buena fe.

Autorizó la compensación respecto de las sumas pagadas a la demandante el 25 de octubre de 2013, esto es OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (8.281.586); absolvió a los demandados de las demás pretensiones; declaró no probadas las demás excepciones propuestas por el edificio demandado y condenó en costas.

Establecidos los antecedentes procesales, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada EDIFICIO SALGADOS PH, 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), en esa medida sólo se examinarán aquellos puntos que fueron debidamente sustentados.

Los principales problemas jurídicos sometidos al conocimiento de esta instancia, en los que debe enfocar su estudio son: i) determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo o indefinido y, si ii) es procedente confirmar o no la condena impuesta por sanción moratoria de que trata el art. 65 del CPT y de la SS.

Para resolver los puntos objeto de censura esta sala de decisión encuentra que en el litigio se acreditó que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos temporales el 15 de julio de 1995 al 14 de julio de 2016, mediante

el cual la señora demandante prestó sus servicios como portera en el EDIFICIO SALGADOS P.H., devengando el SMMLV para cada data, recalcando, la controversia gira solamente entorno a la modalidad en cuanto al término de duración del contrato celebrado.

La señora demandante en el escrito genitor de la demanda alegó que el 17 de julio de 1995 (sic) suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con el EDIFICIO SALGADOS PH, cuyo objeto era desempeñar el cargo de portera, devengando como salario inicial la suma de \$140.000 pagaderos de forma quincenal².

Por su parte la propiedad horizontal demandada EDIFICIO SALGADOS PH aduce que el contrato suscrito fue a término fijo por el término de un año³, aceptando la fecha inicial señalada por la actora.

En el trámite procesal se aportaron como pruebas las minutas de contrato LEGIS, presuntamente suscritas entre las partes, incorporadas por los contendientes a folios 48-49, 56-57 y 346-351 del archivo No. 1 del expediente digital.

Ahora de la valoración de esos documentos se infiere en principio que: i) las partes presuntamente firmaron dos contratos de trabajo a término fijo a un año; ii) en la minuta identificada con el número 1996830 se registraron como extremos temporales de la relación laboral el 17 de julio de 1995 al 16 de julio de 1996 (fls.48-49 y 306-307); iii) en la minuta identificada con el No. 5740803 se registraron como extremos temporales el 15 de julio de 1996 al 15 de julio de 1997.

Frente a dichos documentos la parte demandante en los hechos 10, 11 y 12 informa la existencia de una presunta falsificación de su firma y la de la señora identificada como testigo AIDA MALDONADO HERNANDEZ, ante ello interpuso una denuncia por falsedad documental ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN el 22 de septiembre de 2016, como se advierte de la lectura del hecho 103 y supuesto fáctico que se acreditó a folios 157-162 del archivo No.1.

Como respaldo de su denuncia y de la irregularidad de la creación de esos documentos aportó a folios 53 y 58 respuestas de la empresa impresora de las minutas LEGIS del 20 de agosto de 2016 y del 10 de octubre de 2016, en las que

² Archivo No. 1 folio 48, expediente digital.

³ Archivo No. 1, folios 316-351, expediente digital.

se acreditó: i) que la forma minerva nombrada como FM-1009 CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO DE UNO A TRES AÑOS con número y prefijo 1996830, se registró con fecha inicial de impresión 19 de abril de 1996 y con fecha última de entrega a bodega 19 de mayo de 1996 y ii) que la forma minerva nombrada como FM-1010 CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO 1 AÑO las numeraciones 5740803, tiene fecha de impresión 07 de enero de 1996 y fecha de entrega a bodega 06 de febrero de 1996, bajo la orden de producción interna No. 37404.

Las certificaciones relacionadas no fueron objeto de cuestionamiento por la encartada quien ante la situación fáctica arriba relacionada en los hechos 10 -16 de su escrito contestatario⁴ tan sólo argumentó: *“la extrabajadora nunca informó a su empleador ningún tipo de inconformidad respecto del contrato de trabajo suscrito, y tal documento es el que reposa en los archivos...”* incluso específicamente en los hechos 14-15 aceptó como cierto lo certificado por LEGIS, razón por la cual las documentales relacionadas cuentan con validez probatoria en los términos del art. 244 del CGP.

Ahora frente a los contratos aportados vale la pena precisar que aunque la actora no propuso durante el trámite procesal tacha de falsedad en los términos del art. 269 y ss del CGP, su examen debe ser más riguroso, pues en todo caso los indicios arriba aludidos restan fiabilidad a lo allí consignado.

Por otro lado, las partes aportaron certificación laboral fechada 14 de julio de 2016⁵ en la que se registró como modalidad contractual a término fijo de un año, documento suscrito por el señor ENRIQUE VALERO NIÑO.

A folio 102 obra certificación laboral expedida por el mismo calendada 29 de junio de 2016, donde se deja constancia del horario de trabajo que desempeñaba la demandante pero no del tipo de contrato existente entre las partes.

A folio 103 obra certificación laboral expedida por el señor ENRIQUE VALERO NIÑO en su calidad de representante legal del edificio demandado⁶, el 29 de abril de 2016, en donde dejó constancia que el contrato suscrito con la demandante, lo fue a “término fijo”; luego a folios 104-109, fueron aportados certificados laborales expedidos el 15 de agosto de 2014, el 07 de mayo de 2014, el 19 de junio de 2013, el 09 de julio de 2012, el 01 de febrero de 2011 y el 19 de septiembre de

⁴⁴ Archivo No. 1, folios 316-351.

⁵ Archivo No. 1, folios 100 y 363.

⁶ Ibídem, folio 103.

2008, suscritos por el señor ENRIQUE VALERO NIÑO y el señor RAFAEL ALBERTO GUZMAN - aquí demandados – presuntamente en calidad de representantes legales de la copropiedad, en las que se afirma la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, documentales que no fueron tachadas por la copropiedad llamada a juicio ni por el señor demandado RAFAEL GUZMAN⁷.

Teniendo en cuenta las evidentes contradicciones registradas en las certificaciones laborales antes relacionadas, al no existir certeza de los periodos de tiempo en los que se desempeñaron como representantes legales de la copropiedad los firmantes (ENRIQUE VALERO NIÑO y RAFAEL ALBERTO GUZMAN BARRIOS), máxime cuando la misma fue inscrita ante la autoridad competente (ALCALDÍA LOCAL DE SANTAFE) el 24 de julio de 2003 mediante la resolución No. 098 como consta a folio 123 del archivo No.1.

Así las cosas, de la valoración integral de las pruebas recaudadas, esta colegiatura bajo el amparo de las reglas de la sana crítica⁸, sistema de valoración probatoria que no es extraño al procedimiento laboral como lo preceptúa el art. 61 del CPT y de la SS, infiere en este caso especial que la modalidad pactada por las partes fue a “término indefinido”, recuérdese que el art. 46 del CST exige que el contrato a término fijo desde su inicio debe constar por escrito para su configuración.

Luego de acuerdo al caudal probatorio recogido no es posible inferir que desde el inicio del vínculo (15 de julio de 1995) ello haya sido la intención de las partes y la realidad en la ejecución del vínculo.

Si bien es cierto fueron aportadas las minutas de contrato en las que el apoderado del Edificio demandado sustenta su censura, la sala de decisión, itera y no puede dejar de advertir que dichos documentos no son fiables, pues su contenido es dudoso, máxime cuando existen otras pruebas (certificaciones de LEGIS fls. 53-58) de las que se deduce, lo allí consignado no guarda correspondencia con la data en que presuntamente fueron elaborados esos contratos por las partes, pues resulta contrario a la realidad la suscripción de unas proformas de contrato en

⁷ Contestación RAFAEL ALBERTO GUZMAN, archivo No. 1, folios 447-488.

⁸ **CSJ SL-3853 de 2021: LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO** - Formar el convencimiento con el principio de la sana crítica implica que el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables

1995 cuando existe certeza de que su impresión y comercialización se llevó en una fecha posterior 1996.

Aunado a lo anterior, cobra certeza y credibilidad el dicho de la demandante quien probó la prestación de su servicio desde el 15 de julio de 1995, hecho aceptado por la copropiedad demandada y que al constatar los otros medios de prueba recaudados, dan cuenta de que la actora siempre estuvo vinculada a la copropiedad de manera continua (desde el 15 de julio de 1995), desarrollando labores como portera, por más de 20 años, lo que de contera lleva a concluir - por regla general en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas- toda prestación de servicio se rige por un contrato de trabajo a término indefinido y ello sucedió desde la génesis del vínculo hoy objeto de estudio no siendo admisible que la demandada posteriormente quisiera cambiar de forma arbitraria. las condiciones pactadas.

Por todo lo argumentado no es posible inferir cosa distinta a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, pues específicamente las documentales incorporadas a folios 53 y 58 del archivo No.1 del expediente digital, arrojaron una mejor persuasión razonable, de la modalidad en que se ejecutó el contrato que ligó a las partes hoy en litigio y de ninguna manera se acredita el argumento del recurrente, orientado a declarar el contrato a término fijo.

Por ende, lo procedente es confirmar el numeral primero de la sentencia de primer grado que declaró la existencia de contrato a término indefinido entre las partes desde el 15 de julio de 1995 al 14 de julio de 2016, pero por las razones esbozadas.

Frente a los reparos a la **sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST**, objeto de condena por el Juez de primer grado, el órgano de cierre de esta jurisdicción recalcó que este tipo de indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no siendo de aplicación automática; puesto que en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen.

En este sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3288-2021 puntualizó:

“Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales.” (Subrayado fuera de texto).

Advierte esta instancia que la demandada fue condenada al pago de cesantías causadas entre el 17 de julio de 1995 al 31 de diciembre de 2012 (sic), y frente a la omisión en el pago de este emolumento no realizó ningún tipo de salvedad en la apelación, ni en la contestación, sólo se limitó a asegurar que advierte que en vigencia de la relación laboral la empleadora siempre actuó de buena fe bajo la firme convicción de que el vínculo laboral suscrito con la demandante era a término fijo, pero frente al específico ítem de condena no acreditó el cumplimiento del pago causado por la efectiva prestación del servicio de la demandante.

Entonces de cara a lo relacionado, evidenciándose la inexistencia de razones serias y atendibles por parte del edificio demandado frente a la conducta omisiva en la pago de las cesantías que fueron objeto de condena, procedente es confirmar la imposición de dicha sanción.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los puntos objeto de apelación y conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada EDIFICIO SALGADOS P.H.

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,

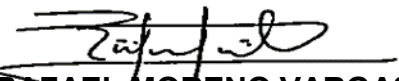
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NOHORA ELENA
BEDOYA MARTÍNEZ CONTRA COMERCIALIZADORA NUTRITECH
COLOMBIA S.A. (RAD. 38 2019 00481 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, la 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 las partes, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de julio de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 32:47, acta archivo 12 expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA NUTRITECH COLOMBIA S.A.S a pagarle a la demandante NOHORA ELENA BEDOYA MARTINEZ la suma de \$1.188.352 pesos por concepto de indemnización por despido indirecto en los términos del artículo 64 del código sustantivo del trabajo lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada SOCIEDAD COMERCIALIZADORA NUTRITECH COLOMBIA S.A.S de las demás pretensiones de la demanda cimentadas en la incidencia salarial de comisiones en favor de la señora NOHORA ELENA BEDOYA MARTINEZ específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES a dar las resultas del juicio se declaran no probadas las propuestas respecto de la condena infringida frente a las absoluciones producidas el despacho se considera relevado el estudio de las propuestas.

CUARTO: COSTAS serán a cargo de la parte demandada en firme la presente providencia por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 pesos.”

Inconforme con la decisión los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación.

La apoderada de la señora demandante afirma que el a quo desconoció el valor probatorio de los recibos de caja menor aportados con la demanda y la declaración de la señora LADY JOHANA, pruebas que a su modo de ver dan fe de la existencia del pago mensual de comisiones a favor de la demandante¹.

Por otro lado el apoderado de NUTRITECH presenta inconformidad frente a la condena por indemnización de que trata el art. 64 del CST por considerar que en el proceso no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio ese presunto despido indirecto y aunado a ello censura la condena por costas procesales².

¹ **Audio No. 11 apoderado demandante (34:08):** Su señoría en desacuerdo con la decisión que se acaba de tomar yo presento el recurso de apelación en términos del artículo 66 del código procesal del trabajo y me permito sustentarlo en lo siguiente dentro de la decisión se remiten a las pruebas dándole o mejor dicho indicando hay una carencia de valor frente a la prueba de los recibos de caja que por demás era para era una relación clara que existía entre una persona que dijo el demandado el representado legal de la demandada que conocía nunca aclaro quien si lo conoce y por lo tanto no debería ser de caro de la empleada el tener que saber si hay una persona encargada si es empleado o no de la misma pero no cabe duda que si había una relación de amistad o de subordinación cualquiera que ella sea la persona JUAN VILLA actuó en nombre de la empresa y de su representante legal por lo tanto y en ese sentido creo que se ha desconocido el valor probatorio de acuerdo a las jurisprudencias vigentes específicamente la sentencia T043 del año 2020 donde pues esta prueba al menos es indiciaria si debería haberse valorado con los otros elementos probatorios así que si había una forma en que se podía revisar ese pago mensual de las comisiones ahora en cuanto a los valores creo que también se desconoce el hecho de esta o se le da un valor relativo a la carta que se anexo a la carta de renuncia que presento la demandante a la empresa demandada el día 08 de marzo de 2019 donde si hace una relación clara de sus ventas y de sus comisiones pero igualmente no se le puede imponer a la empleada una obligación como es tener soportes contables que no puede manejar por obvias razones de la empresa que probada está de acuerdo a la condena de despido indirecto la mala fe frente de sus actuaciones frente a mi representada en ese sentido yo considero que si había forma de tener claro además de esta prueba documental con el testimonio de la señora LADY JOHANA quien por demás también fue valorado y fue digamos valorado parcialmente para efecto de declarar que si existía pago de comisiones y ella también aludió unos valores determinables y determinados por lo mismo pues siendo ella quien liquidaba eso no quien lo pagaba pero si quien lo liquidaba pues me parece que pues si hay una forma de al menos presumir el mínimo de pago que ella aludió de \$900.000 pesos respecto a los valores mensuales de cada una de esas comisiones y por ende si había una forma de valorarlo pecuniariamente por demás no tengo más que aludir entre la sentencia su señoría.

² **Audio No. 11, apoderado demandada (37:29):** Muchas gracias señor juez igualmente presento recurso de reposición perdón de apelación en contra de la sentencia específicamente la parte donde se condena a mi representado a pagar la indemnización por despido sin justa causa o despido indirecto con fundamento expongo la siguiente consideración en el tema que nos ocupa considero que algo no puede ser y ser al tiempo efectivamente coincido con el despacho cuando digo que no se demostró las condiciones de tiempo modo y lugar ni los valores de las presuntas comisiones considero que el análisis del apoderado demandante cuando presenta la demanda y los alegatos de conclusión en recurso de apelación siempre está basado en una consideración subjetiva del despacho y esta consideración subjetiva no brinda claridad sobre nada que tenga que ver con respecto a esas condiciones de tiempo modo y lugar y valores de las presuntas comisiones igualmente la decisión del despacho para conceder esta indemnización se basa específicamente en lo que su señoría denomina las reglas de la experiencia y esas reglas en el caso puntual las aterriza en el entendido que los vendedores por el hecho de ser vendedores ganan comisiones estoy totalmente en contra de esa consideración porque también existen muchos tipos de vendedores y las comisiones no se generan simplemente por el título de ser vendedor tenga presente como las partes lo aceptaron en el proceso se demostró que la vendedora era una vendedora de oficina de teléfono que no se trasladaba donde los clientes por eso

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 NOHORA ELENA BEDOYA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el archivo 1 del expediente digital pág. 5, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en el mismo archivo págs. 2-4, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual terminó sin justa causa por parte de la empleadora y en consecuencia, persigue la condena por las sumas que resulten demostradas por concepto de derechos, acreencias laborales e indemnizaciones que resulten probadas, así como condena por sanción moratoria y costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante la suma de \$1.188.352 pesos por concepto de indemnización por despido indirecto en los términos del art. 64 del CST; se absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda cimentadas en la incidencia salarial de las comisiones; se declararon probadas las excepciones frente a la condena impuesta, no probadas frente a las absoluciones y se condenó en costas.

El a quo determinó que en principio no es objeto de controversia entre las partes la existencia de la vinculación contractual laboral entre el 16 de julio de 2017 y el 08 de marzo de 2019; vínculo en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de asesora comercial con una asignación salarial equivalente al SMMLV, y que se terminó por decisión unilateral de la demandante aduciendo una justa causa imputable al empleador.

no es raro que un tipo de vendedor de teléfono pues tenga una asignación salarial equivalente al mínimo es por lo anterior que coincido plenamente con la consideración inicial de que no se probó salario distinto al salario mínimo mensual vigente y es por eso que acceder a la indemnización por despido sin justa causa o por el despido indirecto sería una contradicción misma del fallo porque no se puede pretender que una cosa sea o no sea siendo así interpongo recurso de apelación con esta argumentación frente a esa parte de la sentencia y obviamente y en caso de que así lo considere el superior también a lo que tiene que ver las costas procesales en el entendido que por sustracción de materia si se hace la sentencia con respecto al despido indirecto pues también se deberá suceder lo mismo con la condena en costas no es más su señoría.

Luego de una relación de las pruebas aportadas al plenario y recaudadas en audiencia el Juez de primer grado empezó por señalar que en el proceso no se logró acreditar que la demandante percibiera efectivamente comisiones mes a mes en la forma aducida en el libelo demandatorio, pues de las documentales aportadas no es posible deducir valores o ingresos superiores a los que las partes reconocen haber pactado en sus respectivos interrogatorios.

No obstante lo anterior y de la valoración de los interrogatorios de parte y la declaración de la señora LEIDY JOHANA FONSECA señaló que en el marco de la actividad como vendedora, la demandante si percibía unas comisiones aun cuando no se puede deducir en qué condiciones eran sufragadas las mismas o porque importe eran pagadas periódicamente, dentro de ese contexto y atendiendo las reglas de la experiencia concluyó que es claro que la vinculación de un vendedor no se hace exclusivamente para percibir el salario mínimo legal mensual vigente sino que su labor está ligada a la productividad que normalmente se ve reflejada en el pago de comisiones, hecho del que dio razón la demandante en su interrogatorio.

Sin embargo, advirtió que en el informativo no se evidencia con claridad meridiana a cuanto ascendieron esas comisiones durante la vigencia de la relación laboral como para deducir una diferencia por acreencias laborales, imponiéndose la absolución de la demandada en este aspecto.

Por otro lado y en lo que se refiere al despido indirecto señaló que en estos casos le corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y la configuración de las justas causas imputables al empleador para finiquitar el vínculo.

Indicó que en la carta de renuncia la demandante alega una inconformidad frente al hecho de que no eran tenidos en cuenta para efectos de la liquidación de acreencias laborales los valores recibidos por concepto de comisiones, determinó que si bien es cierto en el trámite procesal no se logró determinar el importe de las comisiones lo cierto es que con fundamento en la prueba testimonial y los interrogatorios se logró acreditar que si se reconocían comisiones que no quedaban registradas y por ende tan sólo se hacían los pagos con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente, razón por la

que consideró que la empleadora estaba incumpliendo con el pago real de sus obligaciones contractuales, configurándose una justa causa para la terminación del contrato de trabajo en virtud de lo dispuesto en el art. 62 del CST, pues el empleador debe cumplir con la obligaciones adquiridas con sus trabajadores, señaló que el no pagar las acreencias prestacionales sobre las bases salariales correspondientes comporta una violación grave de sus obligaciones y por ende accedió al reconocimiento de la indemnización de que trata el art. 64 del CST³.

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

En esa dirección, se advierte, en el asunto no se presenta controversia frente: i) a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cual tuvo vigencia entre el 16 de julio de 2017 y el 08 de marzo 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 18-24, 66-68, 76-80 y 164-170; ii) que la demandante desempeñó el cargo de ejecutiva comercial; iii) que en el contrato se pactó como salario la suma de \$916.860, más un auxilio de rodamiento en cuantía de \$250.000 y beneficios extralegales, hechos que la demandada aceptó en el escrito contestatario de la demanda (fls.153-162) y que tampoco fueron objeto de reparo.

En tal sentido y atendiendo las inconformidades de los recurrentes, los problemas jurídicos puestos a consideración de esta sala de decisión se concentran en determinar si: i) se causaron las comisiones por ventas y recaudo de cartera que dice haber devengado la demandante y por ende, es procedente acceder a la liquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta dichos conceptos y, si ii) debe mantenerse en firme la condena impuesta por indemnización de que trata el art. 64 del CST por encontrarse acreditada la existencia de un despido indirecto.

³ Audio 11, minuto 39:00.

Para solventar el punto de apelación de la demandante, 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 la actora percibió durante su vinculación con la empresa COMERCIALIZADORA NUTRITECH COLOMBIA S.A.S. valor alguno por concepto de comisiones, tal como pasa a explicarse.

El 16 de julio de 2017, las partes suscriben un contrato de trabajo a término indefinido para que la demandante desempeñara el cargo de EJECUTIVA COMERCIAL, devengando un salario de \$916.860 (págs. 18-24 Archivo 1). En lo que toca a la remuneración, los suscribientes acordaron expresamente:

“CLAUSULA SEGUNDA:

REMUNERACIÓN.

El empleador pagara al Trabajador por prestación de sus servicios el salario indicado, más \$250.000 de rodamiento, pagadero en las fechas indicadas anteriormente sin que ello signifique que unilateralmente el empleador pueda pagar por periodos menores.

Parágrafo: El trabajador autoriza al empleador para que la retribución así como cualquier otro beneficio, sea prestacional, descanso, vacaciones etc. Originado en la existencia y/o terminación del contrato sean consignadas o trasladadas a cuenta que desde ya el trabajador autoriza al empleador para que sea abierta en su nombre en una institución financiera. (sic)”

De la lectura de dicha cláusula factible es concluir que se acordó una remuneración fija y no variable por la labor de la trabajadora, en la suma de \$916.860.

Ahora en la cláusula decima segunda del contrato se pactó:

“CLAUSULA DECIMA SEGUNDA:

BENEFICIOS EXTRALEGALES.

El empleador podrá reconocer beneficios, primas, prestaciones de naturaleza extralegal, lo que se hace a título de mera liberalidad y estos subsistirán hasta que el empleador decida su modificación o supresión, atendiendo su capacidad, todos los cuales se otorgan y reconocen, y el trabajador así lo acuerdan sin que tengan carácter salarial y por lo tanto no tienen efecto prestacional o incidencia en la base de aportes en la seguridad social o parafiscal en especial éste acuerdo se refiere a auxilios en dinero o en especie, primas periódicas o de antigüedad o en general

beneficios de esa naturaleza los que podrán ser modificados o suprimidos por el empleador de acuerdo con su determinación unilateral tal como fue otorgado.(sic)”

Valga anotar, en esta cláusula no se evidencia que entra las partes se haya convenido el pago de comisiones, ni mucho menos las condiciones de causación; ni en el expediente se observa documento alguno que acredite la celebración de otrosí o modificaciones –verbales o escritos- al contrato laboral, en el que se haya convenido el reconocimiento de dichos emolumentos.

Por otro lado de la relación de documentos aportados por la demandante se tiene que a folios 25-26 incorporó extractos de cuenta de ahorros de la que es titular en el banco BANCOLOMBIA correspondientes a los periodos diciembre de 2018 a marzo de 2019, en los que se registran pagos de nómina quincenal por parte de NUTRITECH por montos que no rebasan la cuantía en la que se fijó el salario mensual (\$916.860), lo que quiere decir que no se identifican pagos periódicos, distintos al salario, de los que pueda inferirse la existencia de las comisiones alegadas por la demandante.

También aportó la copia de desprendibles de nómina de la comercializadora NUTRITECH para las quincenas de mayo a septiembre de 2018, en las cuales no se encuentra registro de las comisiones que alega la actora, ni el pago de algún tipo de beneficio, bono o monto que se haya reconocido de forma habitual y periódica a la demandante.

Otro de los documentos que incorporó son documentos impresos de mensajes de datos contentivos de conversaciones que presuntamente la demandante tuvo con personal de NUTRITECH, documentos que fueron desconocidos por la demandada asegurando que no se tiene certeza del remitente⁴, sin embargo, frene a esta tacha no se surtió el trámite de que trata el art. 272 del CGP, el a quo consideró que ello debía resolverse de fondo en la sentencia de primera instancia.

De cara a lo anterior y teniendo en cuenta el desconocimiento de los documentos expresado por la convocada a juicio en la contestación, considera la sala que ante la ausencia del trámite de que trata el art. 272 del CGP el examen de este tipo de pruebas, en esta instancia, debe hacerse aplicando las

⁴ Folios 160-161.

reglas dispuestas por el Código General del Proceso para la valoración general de documentos, pero imprimiendo una mayor rigurosidad en su examen⁵.

Definido lo anterior, en principio se tiene que los documentos impresos del aplicativo “whats app” no pueden ser valorados en virtud de lo dispuesto en el art. 247 del CGP, toda vez que los mensajes de datos no fueron aportados en el formato en que fueron generados, enviados o recibidos, razón por la que su examen debe realizarse en aplicación de las reglas generales de valoración de documentos contenidas en el art. 244 y ss del CGP.

Ahora en virtud del precepto arriba mencionado señala esta instancia, no pueden gozar de autenticidad al no existir certeza sobre su elaboración y creación, máxime cuando no obra algún otro medio de prueba del que pueda inferirse que en dichos mensajes si intervino el Representante legal de la encartada señor IVAN ALEXIS BUSTAMANTE JIMENEZ quien incluso en el interrogatorio de parte surtido ante el Juez de primer grado manifestó que no sostenía conversaciones con la señora NOHORA ELENA BEDOYA, por el aplicativo “whats app” y que si bien es cierto admitió la existencia del vínculo laboral, la comunicación que sostenía con su extrabajadora fue por vía telefónica ⁶, manifestación que guarda correspondencia con el registro de llamadas aportado por la demandante incorporado a folios 81-127 y expedido por la empresa de telecomunicaciones TIGO, en los que se observa llamadas entrantes y salientes entre los abonados telefónicos de la demandante y de la empresa demandada, que corresponden a los números 3202342723 y 3207300893⁷, respectivamente.

⁵ Frente a este punto sentencia CSJ SL-5246-2019, la Sala de Descongestión Laboral con Ponencia del Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado precisó: “Aquí, cabe recalcar, que no desconoce la Sala, conforme a los términos del artículo 11 de Ley 527 de 1999, que la autenticidad de los mensajes de datos, encuentra sustentó en su confiabilidad, la cual se determina en la forma como se hubieran generado y conservado, así como la identificación de su indicador. Empero, también existen otros criterios, estos ya relacionados con los principios del proceso, así como del procedimiento, que sirven como parámetro para definir sobre su validez, porque la ley atrás mencionada, no puede concebirse aislada de un ordenamiento jurídico, que, en últimas, busca un efectivo acceso a la administración de justicia, que no se agota con la presentación de una demanda, su admisión, contestación, así como por otros actos y actuaciones, sino encuentra su génesis, en la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, tal como lo dice el artículo 228 de la Constitución Política, que establece, que en las actuaciones de la administración de justicia *«prevalecerá el derecho sustancial»*; el 40 del Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, conforme al cual: *«Los actos del proceso para los cuales las leyes no prescriban una forma determinada los realizará el Juez o dispondrá que se lleven a cabo, de manera adecuada al logro de su finalidad»*, así como el 4º del Código de Procedimiento Civil, hoy 11 del General del Proceso.

⁶ Audiencia 18 de junio de 2021, audio No. 9.

⁷ Número móvil que la encartada registró como número móvil para su ubicación en la contestación a la demanda a folio 162 y que se registró como teléfono comercial en el certificado de existencia y representación legal folios 12-17.

En gracia de discusión, esos documentos no dan certeza de las circunstancias en que se pactaron las presuntas comisiones y si, en realidad la demandante las causó, téngase en cuenta que ese tipo de pagos se genera por la productividad de la trabajadora hecho que tampoco se acredita del texto de dichas conversaciones, si bien es cierto se observa que en ellas se hace referencia a labores de ventas y pedidos, de ellos no se puede colegir que dichas ventas hayan sido efectivas e ingresado a recaudo, ni mucho menos se evidencia de forma clara las condiciones en que se pactaron dichas comisiones.

Ahora frente a los recibos de caja menor aportados a folios 72-74, pruebas que también fueron objeto de desconocimiento⁸, se observa que se trata de documentos manuscritos en los que se relaciona el pago de unos auxilios de rodamiento y específicamente en el folio 73 un pago por comisiones en cuantía de \$1.200.000 el 09 de agosto de 2018, firmados por la demandante y aprobados por alguien que firma como JUAN VILLA, sin embargo, estos documentos tampoco gozan de autenticidad por cuanto fueron desconocidos por la encartada, provienen de un tercero que no fue convocado a juicio y de ellos no se puede colegir con certeza que efectivamente hayan sido creados por algún representante de la demandada, con autorización de ella, ni mucho menos que efectivamente esa comisión de agosto haya sido causada por la actora por el rendimiento en su labor como vendedora.

Adicional a ello el Juez de primer grado decretó en audiencia del 05 de Noviembre de 2020⁹ los interrogatorios del representante legal de NUTRITECH, de la demandante y el testimonio de la señora LEIDY JOHANA FONSECA PARDO, pruebas que fueron recaudadas en audiencia de fecha 18 de junio de 2021¹⁰ y que pasan a relacionarse:

- **Interrogatorio de parte del Representante Legal de NUTRITECH, señor IVAN ALEXIS BUSTAMANTE JIMENEZ¹¹:**

⁸ Folio 160.

⁹ Audio No. 3 y acta archivo No. 4.

¹⁰ Audios No. 8 y 9 y acta archivo No. 10.

¹¹ Archivo No. 1 folios 12-17.

Manifestó que conoce a la demandante porque ella trabajó en NUTRITECH en el área de ventas de suplementos deportivos; indicó que la vinculó mediante contrato de trabajo en la que pactaron como remuneración el SMMLV y precisó que no pactaron el reconocimiento de comisiones ni de otro tipo de beneficios económicos que tuvieran connotación salarial; afirmó que el pago se hacía de forma quincenal a la cuenta bancaria de la demandante; indicó que no tenía conocimiento del promedio de ventas que realizaba la demandante.

Reveló que conoce a dos personas que responden al nombre de JUAN CARLOS VILLA, uno de ellos reside en México y respecto al otro aseveró no conocer su paradero.

- Interrogatorio de parte de la señora demandante¹²:

En su declaración indicó que trabajó para NUTRITECH desde julio de 2017 a marzo de 2019; aceptó que cuando inició firmó un contrato de trabajo, en el que pactó como salario el SMMLV y que al finalizar la relación laboral recibió el pago de la liquidación final de prestaciones sociales (fl.70).

Aseveró que cuando inició el vínculo laboral con NUTRITECH el señor ALEXIS BUSTAMANTE¹³, le prometió que una vez finalizara el periodo de prueba, pactado en dos meses, su salario incrementaría a la suma de \$2.000.000 más el reconocimiento de comisiones, hecho que según su dicho quedó pactado en el contrato y que durante el tiempo que se mantuvo el vínculo fue omitido por su empleador, quien siempre se mostraba evasivo frente al incremento presuntamente pactado.

Respecto a las condiciones que se tenían en cuenta para el reconocimiento de comisiones, precisó que se reconocían en un 1% sobre el valor del recaudo total por ventas y de cartera.

Aseveró que el pago de esas comisiones en principio se hizo a través de consignación a su cuenta bancaria y que en el año 2018 empezó a efectuarse en efectivo por entrega que le hacía el señor JUAN VILLA, hecho que se dio luego de una observación que la actora le hizo al señor ALEXIS BUSTAMANTE referido al carácter salarial de las comisiones.

Relató que el registro de los pagos por comisiones se hacía vía “whats app” y por el correo que la empresa les había asignado medios, a través de los

¹² Archivo No. 1 folios 12-17.

¹³ Representante legal de NUTRITECH.

cuales, reportaba sus ventas a la jefe de contabilidad de la empresa, a quien identificó con el nombre de ANDREA.

- **Testimonio LEIDY JOHANNA FONSECA PARDO:**

Finalmente la testigo solicitada por la demandante y decretada por el Juez de primer grado¹⁴, manifestó que tuvo una relación laboral con NUTRITECH como coordinadora de ventas entre el año 2017 a abril de 2018; que conoció a la señora NOHORA ELENA BEDOYA porque fueron compañeras de trabajo en una empresa denominada NATURMED COLOMBIA; indicó la deponente que ella fue quien recomendó a la señora NOHORA ELENA en la empresa NUTRITECH donde empezó a trabajar en junio o julio de 2017.

Dijo que la demandante devengaba un salario básico equivalente a \$1.000.000 más comisiones que se reconocían dependiendo el monto de ventas que cumpliera, y que podían oscilar en un porcentaje del 0,5 al 1%, según la cartera recaudada.

Precisó que en NUTRITECH la encargada de expedir los soportes de las comisiones y las ventas que había ejecutado cada vendedora era la señora ANDREA JMENEZ, encargada incluso del pago de las comisiones.

Respecto al señor JUAN CARLOS VILLA SEPULVEDA aseveró que era el encargado de la bodega, entrega de pedido, recibía el dinero en efectivo y estaba autorizado para hacer pagos, pues refirió, *“era la mano derecho del señor ALEXIS”*.

En lo que atañe a los pagos reconocidos a la demandante por comisiones indicó no constarle en detalle.

Del recuento de las pruebas recaudadas en audiencia por el a quo, no es dable concluir que efectivamente se reconocía un pago por comisiones si bien es cierto la demandante y la testigo hacen referencia a este tipo de pagos, sus manifestaciones no resultan precisas y conducentes para acreditar, sin asomo de duda, que la actora devengó esos pagos de forma periódica, habitual y permanente, ni las condiciones en que las mismas se causarían y pagarían a la 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 relatado.

¹⁴ Audiencia del 05 de noviembre de 2020, audio No. 3 y Acta No. 4.

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 Carnelutti 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 confirma lo resuelto por el a quo frente a la pretensión que perseguía el reconocimiento como incidencia salarial de las comisiones, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Ahora frente al punto de apelación de la demandada, corresponde a la Sala solventar, si el contrato de trabajo que ató a las partes finiquitó por causas imputables al empleador y en esa medida, si hay lugar a confirmar a cargo de la pasiva el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

En ese orden, 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.

En tratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo¹⁵.

¹⁵ Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: "*En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe*

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*¹⁶, ello en armonía con el párrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-594 de 1997](#)).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión¹⁷, pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos¹⁸.

resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”(Negrilla de la Sala).

¹⁶ Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006

“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”

“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”

¹⁷ Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

¹⁸ SL 417 de 2021: *“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para*

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada de la demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual la actora dio terminación al contrato de trabajo (folios 66-68), en la cual expresó:

Bogotá marzo 8 de 2019

Señor
Alexis Bustamante
NUTRITECH COLOMBIA S.A.S.
Ciudad

Respetado señor:

Por medio de la presente me permito comunicarle que he decidido dar por terminado, a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito con NUTRITECH COLOMBIA S.A.S. el día 16 de junio de 2017, por justa causa imputable a la empresa.

Se funda esta decisión en lo preceptuado por las causales 6ª y 8ª del literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con lo establecido en el numeral 4. del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo.

Las causales en mención se basan en los siguientes hechos:

La empresa ha venido incumpliendo de manera sistemática, y sin razones legalmente válidas, la obligación que le asiste de pagarme las cesantías, primas y vacaciones conforme al salario devengado y las en las condiciones y períodos convenidos. Como evidencia de ello se tiene lo siguiente:

- A partir del 16 de junio de 2017 empecé a trabajar en NUTRITECH COLOMBIA S.A.S. desempeñando el cargo de vendedora, con un salario básico de \$916.860, rodamiento por valor de \$250.000 y la comisión del uno por ciento (1%) sobre el valor de las ventas.
- NUTRITECH COLOMBIA S.A.S. me ha pagado oportunamente los valores anteriormente descritos, así: en mi cuenta bancaria el salario

imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”

básico y en efectivo los valores correspondientes a rodamiento y las comisiones.

- Las cesantías, vacaciones, primas de servicios y aportes al sistema de seguridad, los ha liquidado y pagado el empleador con base en el salario básico devengado, sin tener en cuenta las comisiones constitutivas de la remuneración acordada.
- Durante el periodo laborado realicé las siguientes ventas:

PERIODO	VENTAS ELENA	COMISION
jun-17	\$ 756.787.911	\$ 7.567.879
jul-17	\$ 110.000.000	\$ 1.100.000
ago-17	\$ 102.943.666	\$ 1.029.437
sep-17	\$ 134.596.600	\$ 1.345.966
oct-17	\$ 166.843.360	\$ 1.668.434
nov-17	\$ 109.603.678	\$ 1.096.037
dic-17	\$ 75.197.666	\$ 751.977
ene-18	\$ 109.901.508	\$ 1.099.015
feb-18	\$ 120.616.653	\$ 1.206.167
mar-18	\$ 121.535.307	\$ 1.215.353
abr-18	\$ 138.455.201	\$ 1.384.552
may-18	\$ 124.751.009	\$ 1.247.510
jun-18	\$ 101.109.500	\$ 1.011.095
jul-18	\$ 125.811.400	\$ 1.258.114
ago-18	\$ 145.190.567	\$ 1.451.906
sep-18	\$ 159.859.800	\$ 1.598.598
oct-18	\$ 113.707.550	\$ 1.137.076
nov-18	\$ 105.076.100	\$ 1.050.761
dic-18	\$ 52.335.800	\$ 523.358
ene-19	\$ 117.944.450	\$ 1.179.445
Feb-19	\$138.256.101	\$ 1.382.561

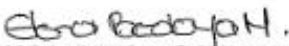
COMISIONES ADICIONALES

PERIODO	VALOR	MOTIVO
sep-18	\$ 200.000	VENTAS DE MAS DE 150 MILL
nov-18	\$ 1.000.000	COMISION POR VENDER UNOS PRODUCTOS SELECCIONADOS

En los anteriores términos queda debidamente motivada y justificada mi decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por hechos imputables a NUTRITECH COLOMBIA S.A.S.

Comedidamente solicito se efectúe el pago de la liquidación definitiva, teniendo en cuenta todos los elementos integrantes del salario, de conformidad con los artículos 64 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Atentamente,


NORA ELENA BEDOYA MARTINEZ
C.C. No. 1.94.881.056

Ante dicha misiva el Representante legal de la demandada, con comunicación del 12 de marzo de 2019¹⁹ respondió:

Señora
NOHORA ELENA BEDOYA MARTÍNEZ
E.S.M.

ASUNTO. Respuesta a su comunicación fechada el 08 de Marzo de 2019.

Respetada señora;

El suscrito en calidad de representante legal de NUTRITECH COLOMBIA S.A.S., con NIT 900701367-0, por medio de la presente me permito manifestarle que no es de acogida su renuncia aduciendo justa causa imputable al empleador, frente al soporte legal y fáctico de su comunicación, le manifiesto:

1. La empresa siempre ha cumplido con la obligación legal del pago de prestaciones sociales, con usted y con lo demás empleados vinculados mediante contrato de trabajo.
2. No es cierto, como lo anota que su salario se corresponda a la suma de \$916.860, rodamiento por valor de \$250.000 y un porcentaje del 1% sobre las ventas.

Tampoco es cierto que se le abonen dineros en efectivo, toda vez que, todo lo relacionado con los pagos de empleados se realiza a través de transferencias entre cuentas.
3. Los aportes al Sistema General de Seguridad Social, así como el pago de las prestaciones sociales se ha realizado con base en el salario que usted devenga.
4. No es cierto que durante su vinculación haya realizado las ventas que anota.

Por último, se adjunta a la presente la liquidación de sus prestaciones sociales, la certificación laboral, la autorización para el retiro de las cesantías y la orden para su examen médico de salida.

Atentamente;

IVÁN ALEXIS BUSTAMANTE JIMENEZ
Gerente

Centro de Soluciones

El documento que contiene el presente es un documento electrónico, emitido por el sistema de gestión documental de la empresa, con validez legal.

Orden de salida

No. 992861190

Tipo

☐ Notificación

☐ Cierre de diligencia

☐ Otros Documentos Legales

Los anexos no son cobrables

De lo relacionado se observa que las manifestaciones expuestas por la actora en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo en síntesis hacen referencia a que su decisión fue una consecuencia del incumplimiento en el pago completo de sus prestaciones sociales, toda vez que las supuestas comisiones que devengaba no fueron tomadas en cuenta para la liquidación de dichas acreencias durante el tiempo que se mantuvo vigente el vínculo laboral.

¹⁹ Archivo No. 1 Folio 69.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta el análisis del material probatorio relacionado en precedencia, en el que se concluyó la falta de prueba respecto de las comisiones reclamadas por la actora, puede la Sala establecer que las razones en las cuales la demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron y por el contrario, lo que se advierte de las probanzas es el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empleadora, hecho que la demandante aceptó en el interrogatorio de parte surtido ante el Juez de primer grado²⁰ donde confesó: i) que NUTRITECH la afilió al sistema general de seguridad social y ii) que le pagó la liquidación final de prestaciones sociales; hecho que incluso se ratificó con las documentales aportadas en el proceso donde, como se anotó en precedencia no se acreditó pacto alguno frente a la existencia de las comisiones reclamadas y por el contrario lo único que quedó en evidencia es que las partes pactaron como salario la suma de \$916.860²¹, sin que la actora logre demostrar alguno de los supuestos facticos relacionados en los numerales 10-19 en los que fundó las reclamaciones dirigidas a obtener la liquidación de sus prestaciones sociales incluyendo las comisiones que presuntamente devengaba.

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta desacertada la decisión del *a quo*, en cuanto a la condena impuesta por indemnización de que trata el art. 64 del CST, pues se itera no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión de la demandante de finalizar el vínculo laboral que lo ataba a la encartada, fue libre y voluntaria.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar absolver a la demandada COMERCIALIZADORA NUTRITECH COLOMBIA S.A.S, de todas las condenas incoadas en su contra por la demandante.

COSTAS las de primera y segunda instancia a cargo de la demandante.

²⁰ Audios No. 8 y 9.

²¹ Folio 18-24 y 164-170.

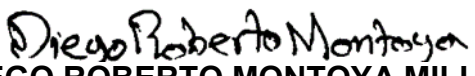
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

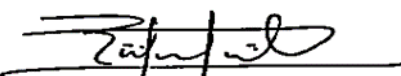
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, **SE ABSUELVE** a la COMERCIALIZADORA NUTRITECH COLOMBIA S.A.S, de todas las condenas incoadas en su contra por la señora NOHORA ELENA BEDOYA MARTINEZ, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS las de primera y segunda instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

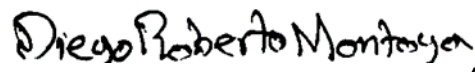

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


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 DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ARIEL ENRIQUE PRIETO
MARRIAGA CONTRA DRUMMOND LTDA (RAD. 38 2019 00540 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (folios 2 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de junio de 2021¹, en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demanda Drummond Ltda de todas y cada una de las pretensiones formuladas por Ariel Enrique Prieto Marriaga, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las results del juicio el despacho se encuentra relevado del estudio de las excepciones propuestas.*

***TERCERO: COSTAS** lo serán a cargo de la demandante en firme la presente providencia por secretaria, practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1 000 000 de pesos en favor de la accionada*

***CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia CONSULTESE con el superior.”*

¹ CD folio 154, minuto 1:10:38.

El apoderado de la parte demandante solicita adición a la sentencia², el Juez hizo la respectiva aclaración manteniendo la decisión primigenia³.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la absolución proferida por el a quo y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, por considerar que hubo una interpretación errada de la demanda.

Argumentó que el despido del que fue objeto el señor ARIEL ENRIQUE MARRIAGA el 12 de agosto de 2016 fue extemporáneo, pues asevera que las presuntas faltas que se le endilgaron fueron conocidas por la demandada en el 2014 y 2015, específicamente por los supervisores de su trabajo, por cuanto considera que no es admisible que luego de transcurridos dos años se haya tomado la determinación de finiquitar la relación laboral.

Por otra parte, adujo que no existió una justa causa de despido por cuanto los superiores jerárquicos del demandante tenían conocimiento de las actividades que desempeñaba y autorizaron cada una de sus actividades, razón por la que en su modo de ver la demandada no puede endilgar una conducta irregular en cabeza del trabajador y es procedente la indemnización por despido reclamada.

² CD Folio 154, minuto 1:20:55 Apoderado parte demandante Muchas gracias señor juez, antes de interponer el recurso de apelación, solicito adición de sentencia por las siguientes razones: Una pretensión está conformada no solo por la petición, sino por la petición los hechos y fundamentos de derecho, entonces es claro que en una petición no pueden estar contenidas dos pretensiones me refiero a esto porque la indemnización por despido injusto solamente la solicitamos no solamente por la discusión de la justa causa o no , sino también por la extemporaneidad del despido y nada dijo el despacho sobre la extemporaneidad del despido, por tal motivo solicito al despacho se pronuncie sobre la indemnización por despido injusto como consecuencia de la extemporaneidad del despido una vez el despacho se pronuncie ya sea adicionando la sentencia o ya sea negándola adición, interpongo recurso de apelación y lo sustentare una vez termine la intervención del despacho respecto la adición.

³ Ibidem, Juez (1.24:14). En relación con las circunstancias alusivas a la legalidad de la desvinculación de acreditada evidentemente la justa causa y de cara a determinar el procedimiento, pues revisado el expediente advierte el despacho que el demandante fue citado a rendir explicaciones respecto de las omisiones que había incurrido y dentro de ese contexto pues tuvo la oportunidad de expresar o de justificar evidentemente su proceder, garantizándosele en criterio de este operador judicial el debido proceso y el derecho de defensa es lo pertinente señalar que dentro de este escenario no se trata del despido de una sanción disciplinaria sometida a la regulación propia de este tipo de sanciones pues no pretendía en este contexto la parte demandada al citar a descargos al demandante imponer una sanción disciplinaria en estricto sentido, sino precisamente garantizar el debido proceso y derecho de defensa del trabajador de cara a una eventual determinación de retiro del servicio, en consecuencia considera el despacho que no puede aducirse ilegalidad alguna en el proceder de la parte actora y pues ello implica necesariamente que pues tampoco hay lugar a la declaratoria de ilegalidad de la desvinculación, sumado a que la consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de la terminación del contrato de trabajo no sería precisamente el reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa sino precisamente la reinstalación del empleo , circunstancia que no se está reclamando en el presente trámite procesal y que en el presente efecto en manera alguna daría lugar a un reconocimiento indemnizatorio dado la ineficacia por ilegalidad de una hipotética terminación, Listo

Frente a los perjuicios morales considera su procedencia porque se derivan del sufrimiento del señor Ariel Prieto ocasionado por su despido injustificado.

Otro punto de censura es el relativo a la absolución por sanción moratoria, el demandante aduce que el a quo acogió la decisión más restrictiva posible sobre el artículo 29 de la ley 797 del 2002, y solicita que se acoja el criterio expuesto por la Corte Constitucional que dispone, si se demanda después del mes 25 procede un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y ahí en adelante intereses moratorios y si se demanda antes del mes 24 procede un día de salario por cada día de retardo hasta el momento del pago ⁴.

⁴ **Expediente digital, Archivo No. 12, apoderado actora.** Con el debido respeto interpongo recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir el despacho y solicito sea revocada y se condene a la parte demandada por todas las pretensiones de la demanda por las siguientes razones.

Hubo una interpretación errada de la demanda por parte del despacho porque primero se le solicito adición de sentencia.se pronuncio, pero la razón por la que es extemporáneo el despido no es porque se haya realizado el procedimiento disciplinario el 11 de agosto del año 2016, la razón por la que se invoca la extemporaneidad de despido es porque la sociedad demandada según los hechos quince y dieciséis conoció de las faltas que le indilgan en los años en que supuestamente ocurrieron, entonces no hay motivo para que después de haber cometido las faltas en 2014 y 2015 lo hayan despedido en el 2016 cuando han transcurrido dos años o un año después de haber ocurrido la supuesta falta

Ahora señor juez en los fundamentos de derecho, coloco tres soportes de la indemnización por despido injusto, el primero es la inexistencia de la justa causa, el segundo es la extemporaneidad del despido y tercero es el desconocimiento del desconocimiento para despedir del cual ni siquiera me refirió en los alegatos simplemente lo único que mencione en este aspecto fue que no le entregaron las pruebas, pero si mencione que el despido fue extemporáneo y las razones por las que el despido fue extemporáneo, conocimiento de la falta inmediata ocurrieron por sus superiores y como lo separe no podía entender el despacho de que yo voy a alegar una extemporaneidad del despido por un proceso disciplinario que se surtió supuestamente conocieron la falta en julio e iniciaron el proceso disciplinario en agosto y lo despidieron en agosto, sería ilógico que yo planteara que eso es extemporáneo; Es extemporáneo porque en los hechos quince y dieciséis de la demanda como lo mencione en los alegatos por las reuniones que semanalmente tenía el señor Ariel Prieto con el superintendente de mantenimiento equipo móvil con el gerente de mantenimiento y también con las reuniones mensuales donde detalladamente se explicaba que era lo que hacía el señora Ariel Prieto en la semana que pasaba y que era lo que iba a hacer el señor Ariel Prieto en la semana que venía, nada dijo el señor juez sobre las declaración del señor Giovanni Navarro quien señalo de manera clara que el trabajo del señor Ariel Prieto era controlado estrictamente por sus superiores jerárquicos

Por otra parte, señor juez no hay justa causa para despedir al señor Prieto, precisamente porque sus superiores jerárquicos sabían que era lo que él estaba haciendo y con se aquerencia tacita o expresa, aprobaban lo que él venía haciendo en el día a día durante los años 2014 y 2015, por tal motivo señor juez no pude considerarse que esto de lugar a un actuar irregular del señor Ariel Prieto.

Ahora lo que dicen es que el señor Ariel Prieto, que era inusual que sucediera lo que el señor Ariel Prieto hacía, pero el hecho de que haya sido inusual no quiere decir que sea irregular.

Ahora después de tanto tiempo en los cuales se hacía auditoria anuales, hacían calificaciones del desempeño en la que se daban cuenta que era lo que hacía el señor Ariel Prieto lo cual quedo demostrado durante todo el proceso no hay motivo para considerar que Drummond apenas se dio cuenta el día 10 de agosto del año 2016, por otra parte el testigo Juan Carlos López señalo que se dieron cuenta en abril del año 2016 y que la auditoria externa la contrataron a partir de esa fecha para puntualizar todo, pero respecto a Ariel Prieto por lo menos en abril del 2016 ya se habían dado cuenta, entonces no puede considerar el despacho que el despido no fue extemporáneo y por tal motivo si fue extemporáneo e ilegal y procede la indemnización por despido sin justa causa, porque esa es la consecuencia del despido ilegal en estos casos cuando no hay una cláusula de reintegro ni en el ley, ni en la jurisprudencia, ni en la convención colectiva o reglamento interno el despido ilegal tiene las misma consecuencias del despido injusto que es la indemnización. Habiéndose explicado también porque no hubo justa causa para despedir al señor Ariel Prieto también procede esa indemnización por despido injusto.

Ahora los perjuicios morales derivan del sufrimiento del señor Ariel Prieto por haberlo despido como un ladrón lo cual no quedo demostrado en el proceso porque simplemente se basan en conjeturas para decir que el señor Ariel Prieto no se realizó adecuadamente cuando las evaluaciones de desempeño señalan que su trabajo sobrepaso las expectativas, entonces si sobrepaso las expectativas y estaban viendo que era lo que estaba haciendo el señor Ariel Prieto no puede considerarse en 2016 cuando están buscando culpables y justificando los despidos aparentes del Señor David Boile no se puede justificar el aparente descuido del señor David Boile con aparentes faltas que han cometido otros subalternos de él, aquí están criticando al señor Ariel Prieto por no haber tomado las medidas

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 ARIEL ENRIQUE PRIETO MARRIAGA en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (folio 6 y 316), los cuales encuentran sustento en los hechos descritos en el libelo (folios 7-9 y 316-319) solicitando se condene a la sociedad DRUMMOND LTDA a pagar a favor del demandante la indemnización por despido sin justa causa, indemnizaciones de perjuicios morales, indexación, sanción moratoria y costas del proceso **Obteniendo sentencia desfavorable, por cuanto se absolvió a la demandada de las condenas reclamadas.**

A fin de definir el litigio el a quo empezó por definir que no es un objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de agosto de 2004 al 12 de agosto de 2016, para que el demandante desempeñara como último cargo el de supervisor líder de mantenimiento, devengando como asignación salarial la suma de \$13.599.000, bajo la modalidad de salario integral, hechos que se ratificaron con la contestación a la demanda, el contrato de trabajo aportado al plenario, la liquidación final de acreencias laborales y los certificados laborales.

Respecto a la indemnización por despido solicitada, precisó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que le corresponde al trabajador demostrar la existencia del despido y que una vez acreditado dicho supuesto le corresponde al empleador acreditar que: i) en la decisión del despido medió una justa causa; ii) que le manifestó al trabajador las causales o motivos en que se fundamentó la terminación, no siendo posible alegar con posterioridad hechos distintos.

Luego de hacer una relación de los medios probatorios recaudados en el trámite procesal encontró acreditado que: i) el demandante fue promovido al cargo de planeador líder o supervisor líder de mantenimiento; ii) que tenía como funciones el ingreso de autorizaciones en los sistemas de la empresa; iii) como líder o supervisor líder de mantenimiento continuó soportando la operación de overhauls (planning

necesarias para evitar por descuidos u omisiones para evitar que se dieran las reparaciones de manera seguida pero de la misma manera nada se dice sobre las supuestas omisiones del jefe en controlar su trabajo, que no hubo ninguna omisión porque era estrictamente controlado y el empleador se dio cuenta de lo que hacían los subalternos.

componets replacements, PCRS) en el área de equipos móviles actividad que debía ser desarrollada por los planeadores y no por los líderes del área. iv) que para los años 2014 y 2015 se ingresaron al sistema de PEOPLE SOFT un número elevado de líneas de requisiciones para el mantenimiento de equipos, cambio de tractores y cargadores asociados a órdenes de compra con el proveedor ingeniería Castro Castillo S.A.S a pesar de la existencia de un proveedor interno en la mina designado para la prestación de estos servicios; v) que las líneas de las órdenes de compra por cada equipo resultaban excesivas, pues se presentaba respecto de un mismo vehículo sin que en el informativo se evidenciara que estuvieran soportadas en un evento especial que motivara dichos requerimientos repetitivos, similares y que no correspondían a tiempos normales; vi) en el plenario no se acreditó que para la realización de dichas requisiciones el actor contara con autorizaciones de sus superiores jerárquicos, ni la existencia de una razón válida que justificara la exigencia de los servicios.

Una vez acreditó la existencia de conductas irregulares en los procesos de registro efectuados por el demandante pasó a verificar si se configuró la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, concluyendo que su comportamiento como líder de área se enmarca dentro de una omisión que comportó una grave negligencia que puso en peligro la seguridad de las cosas de la empresa; precisó que el registro inadecuado de servicios y requerimientos de servicios generó una gestión antieconómica que puso en riesgo los recursos de la empleadora; señaló que el hecho de que el actor en virtud de su cargo como supervisor no haya llevado un control efectivo de las necesidades de los servicios registrados configuran una grave negligencia que ameritó una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Respecto a la sanción moratoria pretendida precisó que revisado el expediente el vínculo se terminó el 12 de agosto de 2016 y la liquidación final de acreencias salariales se sufragó el 03 de octubre de 2016, dentro de ese escenario arguyó que la demandada no acreditó la justificación de esa mora y consideró que en principio era procedente condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria; no obstante lo anterior advirtió que la demanda fue presentada el 09 de agosto de 2019, dos años después de haberse terminado la relación laboral y por ende consideró que lo que procede es el pago de intereses de mora a partir del primer día del mes 25 y en adelante sobre la suma adeudada; sin embargo, señaló que en el sub judice como quiera que después del mes 25 no había obligación no hay lugar a impartir condena por la sanción establecida en el art. 65 del CST.

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 que tuvo como extremos temporales el 25 de agosto de 2004 al 12 de agosto de 2016; ii) que el demandante desempeñó como último cargo el de planeador líder; iii) que devengó como último salario la suma de \$13.599.000 supuestos fácticos que se ratificaron con el contrato de trabajo (fls.101-103) y certificaciones laborales suscritas por recursos humanos de DRUMMOND LTDA (fls.38 y 188).

Otro punto que no fue objeto de censura es que el contrato se terminó de forma unilateral por parte de la empleadora el 12 de agosto de 2016 como consta a folios 28-36 y 145-163.

En ese orden y teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados, se definirá como problema jurídico que debe desatar esta Sala, el: i) si existió falta de inmediatez entre los motivos que originaron la finalización del contrato de trabajo del demandante y la determinación adoptada por la DRUMMOND para ponerle fin al vínculo laboral; ii) Si la empresa demandada vulneró el debido proceso con la decisión del despido. iii) Si la terminación del contrato de trabajo del demandante, acaecida el 12 de agosto de 2016, estuvo precedida de una justa causa y iv) se definirá si le asiste razón al a quo respecto a la interpretación que tomó en cuenta para negar la sanción de que trata el art. 65 del CST.

En ese orden, en lo que toca a la inmediatez, primer punto de censura del recurrente, 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 objeto del despido o cuando tuvo conocimiento de los mismos, pues de lo contrario, se entenderá que éstos han sido exculpadados, y no los podrá alegar judicialmente⁵, precisándose, el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad

⁵ Al tema puede consultarse, entre otras la sentencia SL15492-2017

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.⁶

En los términos anteriores, y teniendo en cuenta que el finiquito del vínculo tuvo lugar el 12 de agosto de 2016, 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 21 de junio de 2021 por el a quo quedó en evidencia que el Gerente de Mantenimiento se percató de las irregularidades en las requisiciones en abril de 2016, razón por la que informó a la gerencia de auditoria interna quienes previa revisión pormenorizada del software PEOPLE SOFT se percataron de la existencia de movimientos inusuales de requisiciones y órdenes de compra repetitivas, a los mismos equipos, afirmación que resultó congruente en los testimonios de los señores JUAN CARLOS LOPEZ, LINA MARIA LONDOÑO y DAVID BOYLE, testimonios que no fueron tachados por el actor, aunado al hecho que no acreditó una fecha distinta de la que pueda predicarse que la empleadora tuvo conocimiento de los hechos objeto de despido.

Si bien es cierto fundamenta su censura en que en los hechos 15 y 16 hacen referencia a reuniones celebradas en los años 2014-2016 en las que participaron el demandante, el gerente de mantenimiento y el supervisor de mantenimiento para el seguimiento de indicadores de gestión de cada área y control, para la planeación de actividades del mes siguiente y verificar la ejecución de actividades del mes que terminaba, ello no puede tenerse como fundamento fáctico del que se pueda desprender que la demandada tenía conocimiento del actuar irregular del demandante, pues con los testimonios relacionados en precedencia e incluso en el interrogatorio del demandante se logró acreditar que en dichas reuniones se hacía una supervisión global del trabajo del área de mantenimiento, el número general de camiones o equipos móviles que semanal y mensualmente entraban en reparación, razón por la que nunca se reportó alguna anomalía en el reporte de requisiciones máxime cuando la revisión detallada y minuciosa estaba a cargo del mismo señor ARIEL PRIETO en virtud de su cargo como líder planeador del área de mantenimiento y quien en últimas debía reportar la existencia de irregularidades en las requisiciones que él debía aprobar.

⁶ SL11969-2017, SL18084-2016.

Por lo anterior y 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 el demandante, esto es abril de 2016⁷, empezó las investigaciones pertinentes con el apoyo de la Gerencia de Auditoría interna liderada por la señora LINA MARIA LONDOÑO ACOSTA⁸ quien ante el Juez de primer grado manifestó:

“La empresa se percató en abril de 2016 de irregularidades en el área de mantenimiento, la casa matriz decide realizar una auditoria forense con BDO quienes hicieron la revisión de mantenimiento; la investigación duró dos años; el reporte final se recibió en abril de 2018; desde el 2016 se corrieron reportes en el sistema donde se encontraron varias irregularidades; muchas de las transacciones pasaban desapercibidas porque los montos de cada requisición no daban para las revisiones que se generaban usualmente.”

Así las cosas y no existiendo prueba alguna de la que pueda inferirse que la empresa demandada tuvo conocimiento del hecho generador del despido con antelación, esta instancia considera que no hubo vulneración alguna al principio de inmediatez y concluye que la empresa dio por terminada la relación laboral invocando una causa justa, en un tiempo razonable y prudente- - 12 de agosto de 2016- se insiste, desde el momento de conocimiento de los hechos⁹.

Continuando con el estudio del recurso 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

⁷ De las pruebas practicadas en audiencia del 21 de junio de 2021, el testigo DAVID BOYLE como Gerente de Mantenimiento afirmó que inició investigación en abril de 2016 luego de la revisión minuciosa del software de mantenimiento, audio 10, expediente digital.

⁸ Audio 10, expediente digital.

⁹ Abril de 2016.

radicación 29207 del 5 de junio del 2007¹⁰, criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017¹¹.

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

¹⁰ “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.

¹¹ “Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89).”

despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho defensa con arreglo de lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite.

Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiendo, frente a las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador¹².

¹² “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 Constitucional¹², 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 [...]*¹².

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 indemnizarlos¹².*

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 82 del reglamento interno de trabajo¹³, 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 83 siguiente preceptúa que “*No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo*”, pero del análisis

-
- 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 exculpadors, 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 diálogo¹², 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°.”

¹³ Folios 39-55.

integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que el reglamento interno de trabajo vigente al momento del despido del demandante **no** remite para efectos de la terminación del contrato a las formas contenidas en el procedimiento diseñado para sanciones disciplinarias. De allí se infiere que el despido no es visto o equiparado como medida o sanción disciplinaria, al interior de la compañía llamada a juicio.

En todo caso, encuentra la Sala en el asunto del demandante que, previo al despido, él fue requerido por el Gerente de mantenimiento, garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a las requisiciones irregulares, 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 al trabajador.

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

Teniendo en cuenta entonces que en el caso en estudio no se observa vulneración alguna a los principios de inmediatez y debido proceso del actor, procede la sala a determinar si el despido se soportó en una justa causa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa¹⁴.

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

¹⁴ 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.”*

mediante comunicación calendada 12 de agosto de 2016 (fls. 28-36 y 145-163), la cual fue entregada en esa fecha al demandante según se advierte de la rúbrica y nota de recibido que se observa a folio 161, documento que no fue tachado por el demandante y goza de autenticidad en los términos del art. 244 del CGP.

En dicha misiva - luego de un recuento de la diligencia de descargos - se motivó el despido en el hecho de que la compañía comprobó que el demandante en su rol de planeador líder de mantenimiento requirió innumerables servicios de reparaciones para equipos que no tenían condiciones ni necesidades de mantenimiento y que no se hallaban en proceso de reparaciones mayores, denotando con dicha conducta una gestión indebida de los recursos en perjuicio de la sociedad DRUMMOND LTDA.

Luego en la parte final se indicó que la conducta del empleado desconoció las obligaciones que le competían como trabajador en especial las enlistadas en el reglamento interno de trabajo: art. 72 numerales 1 y 5; art. 73 numerales 2, 4, 7 y 15; las prohibiciones establecidas en el art. 75, parágrafo 3 numerales 3 y 8; configuró las faltas establecidas en el art. 78 literal b); el art. 79 numerales 13 y 18.

Igualmente señaló que, la decisión del 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 1 y 5, 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.

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.”

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 o aquellas que se encuentren en los reglamentos, convenciones, contratos, otros si que no se hayan determinado como graves 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 el reglamento interno de trabajo se pactó como falta grave¹⁵:

“Artículo 78: Constituyen faltas graves:

b) La violación grave por parte del empleado de las obligaciones contractuales o reglamentarias o la ejecución de cualquiera de los actos prohibidos en la ley, el contrato o este reglamento de acuerdo a sus artículos 70, 71, 72, 73 y 74.

Artículo 79. Específicamente constituyen faltas graves, las siguientes conductas:

13. Que el empleado se ocupe en actividades que puedan causar perjuicio a la empresa o sean incompatibles con las funciones del cargo.

18. Si el empleado ejecutare algún acto inmoral o cualquier otro hecho que demuestre falta de probidad u honradez.”

Razón por la que se constata que en la empresa de manera pretérita se determinó como “grave” las conductas señaladas en el reglamento interno de trabajo 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 Laboral¹⁶.

Es importante tener en cuenta que el señor ARIEL ENRIQUE PRIETO MARRIAGA tenía conocimiento del reglamento interno de trabajo, tanto así que fue él quien aportó dicho compilado a folios 39-55, documental que goza de autenticidad en los términos del art. 244 del CGP.

Para dilucidar entonces si en el desempeño de las funciones como “líder de mantenimiento” o “planeador líder”¹⁷ el demandante infringió algunas de sus obligaciones o prohibiciones tenemos que en el escrito de contestación (fl.80) la demandada indicó que las funciones a cargo del actor consistían en: i) verificar la estrategia aplicada para conseguir las metas en cada flota de equipo móvil; ii)

¹⁵ Expediente digital, folios 39-55

¹⁶ 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

¹⁷ Expediente digital, fl. 202.

mantener la disponibilidad los programas de mantenimiento; iii) revisar la programación de PMS y OVERHAUL por flotas, por semanas y mes para conseguir las metas trazadas. iv) llevar a cabo la reunión semanal de mantenimiento ASR (áreas status report) con los superintendentes para rendir explicaciones en cuanto a la obtención de metas semanales y/o mensuales; v) atender los requerimientos del señor DAVID BOYLE y LUIS MIGUEL SANCHEZ en cuanto a la creación de Querys, requisiciones, desarrollo de reportes, seguimiento al programa de intercambio de componentes con Perry Supplies y reuniones trimestrales o mensuales con el personal de garantías y planeación de Rellianz; vi) elaborar IAF (Inventory authorization form) para la inclusión de partes al inventario.

Estas funciones fueron mencionadas por el actor en la diligencia de descargos que se llevó a cabo ante la empleadora el día 11 de agosto de 2016 como consta en el acta obrante a folios 168-188, documento que no fue tachado por el demandante y que goza de autenticidad en los términos de lo dispuesto en el art. 244 del CGP.

Al verificar cada una de las funciones relacionadas no se observa que el demandante como “Planeador líder” tuviera a su cargo el registro, creación, ingreso o inclusión de requisiciones en el sistema PEOPLE SOFT, software que la DRUMMOND manejaba para el área de mantenimiento con el objeto de registrar todo lo relacionado con el material y trabajo de mantenimiento, que debía usarse cuando se gestionaba algún tipo de trabajo con esa área, como lo explicó el señor DAVID BOYLE¹⁸ Gerente de mantenimiento de la encartada en su relato; testigo que no fue objeto de tacha por la parte actora y que se estima conducente por su labor gerencial en la empresa demandada lo que le permite conocer de forma directa los procesos operativos de la empleadora específicamente en el área de labores del actor.

Ahora en el informativo la demandada aportó a folios 230-257, cuatro requisiciones que efectuó el señor ARIEL PRIETO MARRIAGA el 10 de febrero de 2013, el 09 de abril de 2013, el 28 de marzo de 2014 y el 29 de marzo de 2015 para el equipo identificado con el No. 2359, con el proveedor INGENIERIA CASTRO CASTILLO S.A.S. ICC, reparaciones que el actor nunca justificó conforme lo manifestó la empresa demandada en el escrito contestatario (fls. 74-99), hecho que fue reiterado por el señor MARCO TULIO CASTRO CASTILLO¹⁹ Representante legal de la convocada a juicio y que en sus manifestaciones confesó que si bien es cierto al demandante no se le prohibió de forma alguna la creación de requisiciones, esa actividad sólo podía

¹⁸ Audio No. 12, expediente digital.

¹⁹ Audio No. 10, expediente digital.

gestionarla de forma extraordinaria en casos de emergencia, pues frente a las requisiciones el demandante sólo tenía la obligación de aprobar o no las que eran presentadas por los planeadores que tenía a cargo; ello en virtud de la jerarquía de su cargo al cual le eran inherentes funciones propias de dirección, confianza y manejo; pero no funciones de tipo operativo, que estaban a cargo de los asistentes, planeadores y supervisores, personal subordinado al “planeador líder”²⁰.

Frente al desarrollo de su labor como “planeador líder” el demandante en el interrogatorio de parte surtido ante el Juez de primer grado en audiencia del 21 de junio de 2021²¹, afirmó que tenía a su cargo entre 15-20 personas, quienes desempeñaban los cargos de planeadores 1, 2, 3 y asistentes; indicó que además de ser líder de operación, fue supervisor de la parte de ejecución razón por la cual DRUMMOND lo facultó en el software para hacer requisiciones y su perfil de usuario estaba habilitado para ello.

Precisó que la empleadora realizaba auditorias anuales en las cuales nunca se reportó ningún tipo de anomalía.

Frente al procedimiento de creación y registro de las requisiciones indicó que cada vez que se hacían requisiciones el área de mantenimiento a su cargo evaluaba el equipo antes de que ingresara al taller, analizándose la parte estructural, electrónica o eléctrica; luego de ello una vez se hacia ese análisis en campo, el área de planeación con ejecución determinaban un programa para ese camión, del que se sacaba un reporte PCR que se presentaba en las reuniones semanales y en las mensuales con el superintendente de mantenimiento quien daba la autorización final para ingresar las ordenes al sistema; indicó que todas las semanas se analizaba cuantos camiones ingresaban al sistema y si cumplían o no con los presupuestos asignados por mantenimiento para ingresarlos al taller.

De lo relatado por el demandante advierte esta sala que hace referencia a la creación de requisiciones como función a cargo del área de mantenimiento de la cual era líder, sin embargo, no precisó que estuviera a su cargo dicho registro o inscripción, tan solo advierte que tenía la potestad de realizar esa función que normalmente estaba a cargo de los planeadores, afirmación que se acompasa con lo que el mismo señaló en la diligencia de descargos (fls. 180 y 216) en la que precisó:

²⁰ Cargo que desempeñaba el demandante.

²¹ Audio No. 10, expediente digital.

“Responde Ariel Prieto Marriaga: Cuando hablé de funciones hacía referencia a las funciones de mi cargo o posición actual. Más sin embargo, aclaro que en equipo móvil las (sic) función de hacer requisiciones no recae sobre una posición en particular y que independiente de la posición de planeador se procede bajo el pedido o solicitud en algunos casos de los Supervisores del área de ejecución (supervisores de línea) quienes suelen asignar esta función a los planeadores de cada área.”

De cara a lo anterior conviene señalar que en el proceso el demandante no logró acreditar que para la realización de las requisiciones a él endilgadas existiera autorización u orden alguna del supervisor del área de mantenimiento o del Gerente del área de mantenimiento, para que de forma potestativa y extraordinaria pudiera realizarlas, aunado a ello no soportó que el equipo móvil (camión) No. 2359 requiriera los servicios objeto de requisición, frente a esa específica situación el actor en la diligencia de descargos precisó (fls.184 y 220)

“Responde Ariel Prieto Marriaga: según lo que alcanzo a revisar en las PO, reviso que en los comentarios se utiliza el mismo número de equipos, es una práctica común al hacer requisiciones, copiar y pegar los comentarios. No me encuentro completamente seguro si los costos de la orden de compra fueron cargados al mismo equipo y no tengo certeza del porque el equipo vuelve a ingresar. Es posible, que este equipo había tenido algún percance en la operación como también pudo haber sido posible que haya sido un error al momento de colocar los comentarios en la requisición. Pero ahora mismo, no puedo dar certeza de eso.”

Ahora en el interrogatorio de parte el demandante²² indicó que las reparaciones de los equipos móviles eran prioritarias para que el operador de los equipos tuviera un beneficio de seguridad industrial; indicó que era normal que las requisiciones fueran repetitivas, por el trabajo que se realizaba en las minas que llevaba a un frecuente deterioro de los camiones, afirmación que es evidentemente disímil a lo que expuso en la diligencia de descargos; en todo caso, al revisar las funciones que debía desarrollar²³ las cuales encuentran consonancia con lo manifestado por los testigos JUAN CARLOS LOPEZ²⁴; LINA MARIA LONDOÑO²⁵ y DAVID BOYLE²⁶ - empleados de DRUMMOND, deponentes que no fueron tachados por el demandante y que para esta instancia resultan conducentes y pertinentes toda vez que tuvieron contacto directo con el trabajo desarrollado por el actor - quienes al unísono afirmaron que: *“el señor ARIEL ENRIQUE PRIETO como planeador líder debía aprobar las requisiciones de las personas puestas a su cargo”*, función de dirección, confianza y manejo que sin duda alguna le implicaba ser el primer filtro - dentro de la cadena operativa del área de

²² Audio No. 10.

²³ Folio 216.

²⁴ Gerente jurídico de DRUMMOND, audio No. 12.

²⁵ Gerente de auditoría interna, audio No. 12.

²⁶ Gerente de mantenimiento, audio No.12.

mantenimiento- y por ende debía percatarse de los errores, irregularidades y anomalías que se ingresaran en las requisiciones.

Los testigos relacionados JUAN CARLOS LOPEZ²⁷; LINA MARIA LONDOÑO²⁸ y DAVID BOYLE²⁹, también coincidieron en indicar que: i) en los años 2014-2016 hubo una defraudación en la compañía como consecuencia de procedimientos irregulares en el área de mantenimiento específicamente frente a la realización de requisiciones reiterativas para equipos que no se encontraban en condiciones ni requerían reparaciones y que eran suministradas al proveedor INGENIERIA CASTRO CANTILLO ICC; ii) que luego de una investigación realizada por el Gerente de Mantenimiento DAVID BOYLE y el área de auditoria interna se logró determinar que el demandante se encontraba involucrado en dicha defraudación; iii) que el demandante como LIDER PLANEADOR DE MANTENIMIENTO no tenía a su cargo la elaboración, registro e inscripción de requisiciones, labor que sólo correspondía a los planeadores 1, 2 y 3, personal que estaba a su cargo; iv) que sus funciones como parte del nivel superior gerencial consistían únicamente en revisar que esas requisiciones de bienes o servicios sean adecuadas, pertinentes, que el costo sea lógico y que todos esos bienes o servicios estuvieran plenamente justificados y determinados a la necesidad del equipo. v) que el Gerente de Mantenimiento y la gerencia de auditoria interna se percataron de las irregularidades en abril de 2016; vi) todos aceptaron que los procedimientos de auditorías anuales, mensuales y semanales se realizaban de forma global sin tener en cuenta en detalle y de forma específica cada uno de los equipos objeto de requisiciones, hecho que incluso se acompasa con lo relatado por el mismo demandante quien en el interrogatorio³⁰ aceptó que en las reuniones semanales con el supervisor del área de mantenimiento y el gerente de la misma área *“todas las semanas se analizaba cuantos camiones ingresaban al sistema y si cumplían o no con los presupuestos asignados por mantenimiento para ingresarlos al taller.”* Afirmación de la que se infiere que el actor presentaba un informe general de equipos móviles (camiones) sometidos a requisición semanalmente sin especificar en detalle cada una de las requisiciones, pues, se itera la supervisión de la especificidad estaba a su cargo.

Frente a las requisiciones del equipo móvil (camión) No. 2359, indicaron que presentó 4 órdenes de compra para una misma actividad en un lapso de tiempo de dos años y

²⁷ Gerente jurídico de DRUMMOND, audio No. 12.

²⁸ Gerente de auditoría interna, audio No. 12.

²⁹ Gerente de mantenimiento, audio No.12.

³⁰ Audio No. 10.

tres meses, que consideran muy corto para el tipo de trabajos que se realizaron; el señor DAVID BOYLE³¹, precisó que la encartada cuenta con una flota de 251 camiones de este tipo, razón por la que era extraño la expedición de requisiciones de una forma tan frecuente, máxime cuando al revisar el sistema no encontró el reporte de alguna novedad o evento que justificara la expedición habitual de dichas requisiciones, encontrando además que la creación y aprobación de esas órdenes fueron exclusivamente del señor ARIEL PRIETO para un mismo proveedor-Ingeniería Castro Cantillo-ICC.

De los insumos probatorios hasta aquí relatados, es válido inferir que el señor ARIEL ENRIQUE PRIETO se ocupó de actividades que eran incompatibles con el cargo que desempeñaba, aunado a ello puso en peligro el patrimonio de la empresa y pudo haber causado perjuicio a la empresa, tanto así que la encartada al parecer sufrió una pérdida patrimonial de casi 20 millones de dólares y por ende tuvo que poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación esta presunta defraudación³², en la que están involucrados el demandante junto con otros trabajadores como el señor JHONY ALBERTO NAVARRO GONZALEZ, testigo solicitado por el demandante, decretado en audiencia del 05 de noviembre de 2020, quien en su condición de ingeniero mecánico trabajó para la llamada a juicio desde el 2005 al 2016; quien aceptó que actualmente, por hechos similares a los aquí conocidos y por la denuncia que en su contra impetró la DRUMMOND le fueron imputados cargos y está a la espera de audiencia preparatoria.

Conviene precisar que de lo relatado por el señor JHONY ALBERTO NAVARRO y el señor DIXON RAFAEL GARCIA DIAZ³³, no se desvirtúa la existencia de la justa causa sobre la que se fundó el despido, ni justifica la omisión de control y supervisión en que incurrió el demandante, máxime cuando ambos manifestaron no conocer de forma detallada las razones, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el despido del actor.

Así las cosas, se concluye en el sub judice que la falta estaba calificada previamente como grave en el reglamento interno de trabajo³⁴ y, segundo, que en efecto el demandante desplegó las conductas y omisiones que sirvieron de soporte a la

³¹ Gerente del área de mantenimiento.

³² Folios 252-300, Noticia Criminal 110016000050201708059, conoce la Fiscalía Seccional de Chiriguana, como lo manifestó el Representante Legal de la DRUMMOND LTD en audiencia Audio No. 10.

³³ Testigo solicitado por el demandante, decretado en audiencia del 05 de noviembre de 2020; Fue empleado de DRUMMOND por 10 años hasta el 29 de mayo de 2016.

³⁴ Folios 39-55.

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 en la citación y en la celebración de la diligencia de descargos,³⁵ por lo que se considera que el contrato terminó con justa causa y por ende tampoco sería procedente proferir condena alguna por perjuicios en favor del demandante.

Finalmente, en cuanto a la **indemnización moratoria** recurrida en la alzada por la parte demandante, memórese, esta se encuentra establecida en el art. 65 del CST 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, ha de analizarse el elemento buena fe³⁶.

Bajo la premisa anterior, descendiendo al caso de autos se tiene que el contrato se dio por terminado el 12 de agosto de 2016 (fls.28-36 y 145-163) y el pago de la liquidación se dio el 03 de octubre de 2016 como consta a folio 56 y 57 y como lo aceptó el Representante legal de la llamada a juicio³⁷, es decir después de transcurridos 52 días, mora frente a la cual el a quo no encontró justificación y por ende consideró la procedencia de imponer condena por la sanción establecida en el art. 65 del CST, argumento que no fue objeto de censura.

Ahora bien, frente a la liquidación de la sanción moratoria se tiene que el art. 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la

³⁵ Folios 166, 226, 168-186 y 204-222.

³⁶ Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica a sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, CSJ SL-983-2021).

³⁷ Audio No. 10.

Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

En atención a lo preceptuado, se tiene que en el caso sub judice la relación entre los contendientes finalizó el 12 de agosto de 2016³⁸, el último salario del demandante fue superior al mínimo legal mensual fijado para dicha anualidad, pues ascendía a \$13.599.000³⁹ y la presentación de la demanda fue realizada el 09 de agosto de 2019 (f.º 58), lo que quiere decir que el actor acudió a los estrados judiciales pasados los 24 meses mencionados en la norma arriba transcrita.

Es importante aclarar que el hecho de que el demandante haya presentado la demanda transcurridos 24 meses luego de la terminación del contrato de trabajo- la demanda se presentó el 09 de agosto de 2019 como consta a folio 58 con el acta de reparto - no implica que se exima de condena por este concepto, pues el precepto aludido taxativamente hace referencia a que procede este tipo de sanción:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes...”

En el caso en estudio la DRUMMOND no pago la liquidación a la terminación del contrato de trabajo (12 de agosto de 2016); si bien canceló el 03 de octubre de 2016⁴⁰ se constituyó en una mora injustificada de 52 días, fecha hasta la cual se verificó el pago y hasta la cual procede la condena.

Frente a la procedencia de la sanción moratoria cuando el demandante presenta la demanda transcurridos 24 meses la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL 6 may. 2010, rad. 36577, reiterada en la CSJ SL 16280-2014 y CSJ SL-11448-2017 explicó:

“En aplicación precepto arriba transcrito, teniendo en cuenta que la demandante dejó fenecer el término de 24 meses contados a partir de la finalización del contrato para presentar su proceso, y en vista de que esta carga le fue impuesta por ley como requisito para obtener la sanción moratoria de un día de salario por cada día de mora en la solución de sus salarios adeudados al fenecimiento de la relación laboral, ya que se encontraba en el supuesto de que devengaba más del salario mínimo mensual vigente, no procede el pago de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por los primeros 24 meses siguientes a la terminación del contrato, conforme lo definido en sentencia CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 36577, reiterada en la CSJ SL 16280-2014. En la última sentencia nombrada, la Corte estableció que el entendido de la sanción es que el empleador se encuentra en mora desde el

³⁸ Folios 28-36 y 145-163.

³⁹ Folio 56.

⁴⁰ Folio 56.

primer día del incumplimiento y debe pagar intereses desde esa data, conclusión que se expuso, así: Lo acabado de decir fue lo que llevó a esta Sala, en virtud del principio de favorabilidad, a considerar, en el precitado precedente, Sentencia No. 36577 del 6 mayo de 2010, que, ante la no presentación de la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, el empleador ya no pagaría un día de salario por cada día de mora, sino que, desde el primer día del incumplimiento, deberá reconocer los intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales adeudados, hasta cuando salde la respectiva deuda en su totalidad.”

Por lo anterior, se condena a la demandada a reconocer al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, de que trata el artículo 65 del CST modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002, sobre el capital correspondiente a las prestaciones sociales (salario y prima de servicios) adeudados a la terminación del contrato, esto es la suma de \$5.156.388, según consta a folio 56, desde el 13 de agosto de 2016 hasta el 03 de octubre de 2016.

Por consiguiente, se adicionará la sentencia de primer grado en este sentido.

Agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, se adicionara la sentencia objeto de recurso en lo que corresponde a la condena por sanción moratoria y en lo demás se confirmará la decisión del a quo.

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

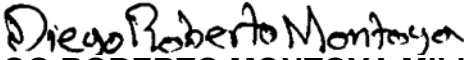
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **CONDENAR** a la demandada DRUMMOND LTD a reconocer al demandante señor ARIEL ENRIQUE PRIETO MARRIAGA los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, de que trata el artículo 65 del CST modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002, sobre el capital correspondiente a las prestaciones sociales (salario y prima de servicios) adeudados a la terminación del contrato, esto es la suma

de \$5.156.388, según consta a folio 56, desde el 13 de agosto de 2016 hasta el 03 de octubre de 2016.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho 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.**

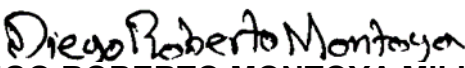
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA CECILIA
VASQUEZ DE CAICEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 38 2019 00677 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 13 de octubre de los corrientes (fl. 4).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (fls. 12 a 14) y COLPENSIONES (fls. 4 -11), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 07 de septiembre de 2021 (Expediente digital, archivo No. 11; acta archivo No. 12), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante en los términos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003, fijando como mesada pensional inicial la suma de \$6.255.144 pesos, a partir del 01 de enero del año 2019, valor sobre el cual deberá aplicar los reajustes legales anuales y pagar las diferencias de mesadas pensionales generadas entre lo efectivamente sufragado y lo que ha debido sufragar por estos conceptos.

Teniendo en cuenta que procede la condena por diferencias de mesadas pensionales causadas en favor de la demandante, las sumas respectivas deberán ser indexadas tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}} * \text{valor histórico} = \text{Valor indexado}$$

(cada una de las mesadas)

Así como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de causación de la diferencia de mesada pensional correspondiente y como índice final el de la fecha en que se verifique o el del mes que se verifique el pago por parte de la accionada.(sic)

SEGUNDO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, para que del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho la demandante descuente en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, específicamente de la alusiva a intereses moratorios, esto por lo señalado específicamente en la parte motiva de presente sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio el Despacho, declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas y frente a la absolución producida el Despacho se considera relevado del estudio de las planteadas.

QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandante, perdón, de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 pesos, en favor de la demandante.

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior.”

Ante lo resuelto la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la condena por costas que le fue impuesta, consideró

que su representada para la fecha del reconocimiento pensional actuó de buena fe y en cumplimiento de la normatividad que regula el caso de la demandante¹.

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 GLORIA CECILIA VASQUEZ DE CAICEDO, las pretensiones elevadas a folio 1 del archivo No. 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 2 y 3, solicitando se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez a partir del 01 de enero de 2019, calculando en debida forma el IBL y aplicando la tasa de reemplazo que corresponden, conforme lo dispuesto en los arts. 21,33, 34 y 35 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003; al pago de intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, retroactivo, indexación, costas y lo ultra y extra petita. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a la demandada al pago de reliquidación de la pensión de la que es titular la demandante, en los términos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003, fijando como mesada pensional inicial la suma de \$6.255.144 ordenó la aplicación de los reajustes legales anuales; el pago de las diferencias de mesadas pensionales generadas entre lo efectivamente sufragado y lo que ha debido sufragar por estos conceptos; condenó a la indexación; autorizó a COLPENSIONES descontar del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales el porcentaje que corresponda por aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud; absolvió de las demás pretensiones; declaró no

¹ **Expediente digital, archivo 11, apoderada COLPENSIONES (26:59):** Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial, respecto del numeral quinto de la sentencia en cuanto a la condena en costas, frente al cual pues le solicito comedidamente a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se sirvan revocar este numeral y en su lugar se absuelva a COLPENSIONES de la condena en costas impuesta mediante la presente providencia, teniendo en cuenta que mi representada acató las normas correspondientes al reconocimiento pensional de la demandante, efectuando pues el reconocimiento conforme a los requisitos que acreditó la demandante, y en ese sentido pues se expidió la resolución 3296 del 20 de diciembre del 2018, mediante la cual se efectuó el reconocimiento prestacional correspondiente, en ese sentido y pues habiendo actuado COLPENSIONES de buena fe, y al haber cumplido con el reconocimiento pensional y con todas las cargas pues que estaban en su cabeza, tanto el pago de la mesada pensional y el retroactivo pues al que hubo lugar, pues es que le solicito a los honorables Magistrados que frente a la condena en costas se sirvan de absolver en costas a COLPENSIONES, teniendo en cuenta su actuación de buena fe y conforme a las disposiciones legales correspondientes.

En ese sentido su señoría dejo sustento mi recurso de apelación muchas gracias.

probadas las excepciones propuestas y profirió condena en costas.

Para fundamentar su decisión empezó por resumir las tesis expuestas por las partes en el escrito generatriz de la demanda y la contestación; señaló que no es objeto de controversia entre las partes: i) la calidad de pensionada de la actora; ii) el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003; iii) que la primera mesada pensional reconocida ascendió a la suma de \$5.830.856 calculada sobre un IBL equivalente a \$7.716.855 monto al que se le aplicó como tasa de reemplazo del 75,69%; iv) mesada que luego fue reajustada a la suma de \$6.016.277 efectiva a partir del 01 de enero de 2019 como se confirmó en resoluciones SUB 49120 del 2019 y DPE 1593 del 2019.

Para definir la reliquidación pretendida se remitió a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 arts. 21 y 34 luego de una relación de los medios de prueba aportados al plenario concluyó que la actora reportó un total de 1905,41 semanas con corte al 31 de diciembre de 2018 fecha inmediatamente anterior, al reconocimiento y pago de la pensión por parte de la convocada a juicio que lo fue el 01 de enero de 2019.

Indicó que teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas (1905,41), la demandante tiene derecho a que su IBL se calcule con el promedio de los salarios reportados durante toda la vida o con el promedio de los salarios o rentas de los últimos diez años anteriores al reconocimiento pensional, actualizados anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE, tomando el que resulte más favorable.

Consideró que de la lectura de la Resolución SUB-327296 del 20 de diciembre de 2018, no se advierte alguna inconsistencia respecto al IBL más favorable a la situación de la pensionada, puesto que en dicho acto administrativo se hizo el cálculo ajustado a lo preceptuado en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, tomando como IBL el calculado bajo el criterio de los últimos diez años que correspondió a la suma de \$7.716.855 por resultar más favorable toda vez que el de toda la vida arrojaba la suma de \$5.188.311.

En lo referido a la tasa de reemplazo consideró que en aplicación de lo dispuesto en el art. 34 del CPT y de la SS y teniendo en cuenta la densidad de semanas la tasa de reemplazo aplicable al caso es de 78,56% lo que daría lugar a una primera mesada

pensional de \$6.062.361 que reajustada al año 2019 ascendió a la suma de \$6.255.144, valor que encontró superior al otorgado por COLPENSIONES.

Condenó a la indexación de la suma que resulte por diferencias pensionales, en aras de garantizar que los valores objeto de condena no sufran los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

No accedió a la condena por intereses moratorios toda vez que con la condena por indexación se subsumen los perjuicios ocasionados por la mora en el reconocimiento de las mesadas pensionales completas.

Del recuento de los antecedentes procesales, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la señora GLORIA CECILIA VASQUEZ se encuentra pensionada desde el 01 de enero de 2019 conforme lo señala la Resolución SUB 327296 del 20 de diciembre de 2018 (folios 13-22), por encontrar satisfechos los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$5.830.856, la cual resultó de aplicar una tasa de reemplazo del 75,56% a un IBL de \$7.716.855, decisión que fue confirmada con la resolución SUB 49120 del 25 de febrero de 2019 (archivo 2 expediente administrativo) y SUB 224844 del 20 de agosto de 2019 (fls.23-35).

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

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

“ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será

equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

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

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

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

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

Adicional a lo anterior, acorde a la interpretación de tal norma el monto de la pensión no puede superar el 80% del IBL y ese orden solo podrán ser validas hasta máximo **1800 semanas en total**, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la ley, en aras de obtener la tasa de reemplazo teniendo en cuenta la formula decreciente señalada en la citada norma.

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

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

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

(...)

En ese orden, teniendo en cuenta que de acuerdo a lo registrado por COLPENSIONES en la Resolución SUB 327296 (folios 13-22) la demandante cotizó un total de 1901 semanas al 30 de noviembre de 2018 (fl.19), efectuados los cálculos de rigor se obtiene lo siguiente:

IBL: \$7.716.855²

SALARIO MÍNIMO 2019: \$828.116³

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

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

S= \$7.716.855 (IBL) / \$828.116 (SMLMV 2019) = 9,31856768

R= 65,5% - 0,50 x (9,31856768) = 61,031%

PORCENTAJE ADICIONAL:

TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 1800

SEMANAS REQUERIDAS PARA PENSIÓN: 1300

DIFERENCIA: 500

² Promedio de los últimos 10 años, tenida en cuenta por COLPENSIONES al momento de liquidar la prestación en la resolución No. SUB327296 del 20 de diciembre de 2018 (folios 13-22) la cual no es objeto de la discusión.

³ Fijado mediante Decreto 2451 del 27 de diciembre de 2018.

$$\rightarrow 500/50 = 10$$

$$\rightarrow 10^4 \times 1,5\%^5 = 15\%$$

$$\text{TASA DE REEMPLAZO: } 61,031\%^6 + 18\%^7 = \boxed{76,03\%}$$

Como se ve, la tasa de reemplazo que corresponde en el caso de la actora es del 76,03% la que aplicada al IBL de \$7.716.855 arroja una mesada pensional de **\$5.867.124**, suma que resulta superior a la otorgada por Colpensiones en la Resolución SUB 327296 del 20 de diciembre de 2018 (páginas 13-22, archivo 01, expediente digital) que lo fue equivalente a **\$5.830.856**, por lo que en efecto le asiste derecho a la demandante de obtener la reliquidación de su pensión.

Es preciso advertir que el valor de la mesada calculada en esta instancia es inferior a la calculada por el a quo en \$388.019, por cuanto en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES se modificará el numeral primero en lo que atañe a la cuantía de la primera mesada, por ser más beneficiosa a los intereses de COLPENSIONES.

En ese sentido, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado con el fin de concretar el valor de la mesada reajustada y el retroactivo respectivo, no sin antes analizar lo atinente al fenómeno prescriptivo.

Así, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (página 71, archivo 01, expediente digital)⁸, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional como ya se dijo se realizó a través de Resolución No. 327296 del 20 de diciembre de 2018 (página 13-22, archivo 01, expediente digital), presentando solicitud de reliquidación, el 27 de diciembre de 2018 (archivo No. 2 expediente administrativo), siendo incoada la demanda el 27 de septiembre de 2019 (acta de reparto, página 54, archivo 01, expediente digital) es decir, que no operó el fenómeno prescriptivo.

⁴ (Número de veces en que completó 50 semanas adicionales a las 1300 -mínimas requeridas para pensión-)

⁵ (porcentaje a incrementar por cada 50 semanas adicionales)

⁶ Resultado (R)

⁷ Porcentaje a adicionar.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 02 de marzo de 2020, página 81, archivo 001, expediente digital.

Precisado ello, hechas las operaciones de rigor, se obtiene como retroactivo causado a favor de la demandante entre el 01 de enero de 2019 y el 30 de septiembre de 2021 mes anterior a esta providencia- la suma de **\$1.305.194,49** ⁹, sin perjuicio de las diferencias que se causen hasta que se produzca el pago total de la obligación, cifra que deberá cancelarse debidamente indexada, en tanto la indexación no implica el incremento del valor de los créditos, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, imposición que procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, en la cual asentó:

“Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

9

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.867.125,00	\$ 5.830.856,00	\$ 36.269,00	13,00	\$ 471.497,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.090.076,00	\$ 6.052.428,53	\$ 37.647,47	13,00	\$ 489.417,1
01/01/21	30/09/21	1,61%	\$ 6.188.126,00	\$ 6.149.872,63	\$ 38.253,37	9,00	\$ 344.280,4
Total retroactivo diferencia pensional							\$ 1.305.194,49

Es menester precisar que COLPENSIONES está autorizada para que del retroactivo objeto de condena - \$1.305.194,49 - descuenta lo correspondiente a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, como acertadamente lo detalló el a quo en el numeral segundo del proveído objeto de consulta.

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

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, procediendo a la modificación y adición del numeral PRIMERO de la sentencia de primer grado para concretar el valor de la mesada reajustada y el retroactivo; en lo demás se convalidará lo decidido.

COSTAS a cargo de COLPENSIONES en lo que respecta a la apelación.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

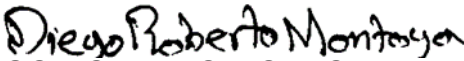
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante en los términos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003, fijando como mesada pensional inicial la suma de **\$5.867.125** pesos, a partir del 01 de enero del año 2019, la cual deberá ser reajustada anualmente. Asimismo se fija como retroactivo de diferencias de mesadas pensionales causadas desde el 01 de enero de 2019 al 30 de septiembre de 2021 la suma de **\$1.305.194,49**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada y deberá ser cancelado debidamente indexado al momento en que se produzca el pago de la obligación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.


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 \$100.000, 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

LIQUIDACIÓN 38 2019 00677 01

Ingreso Base Liquidación	\$ 7.716.855,00
Porcentaje aplicado	76,03%
Primera mesada	\$ 5.867.124,86
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2019	\$ 828.116,00

Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
3,18%	\$ 5.867.125,00	\$ 5.830.856,00	\$ 36.269,00	13,00	\$ 471.497,0
3,80%	\$ 6.090.076,00	\$ 6.052.428,53	\$ 37.647,47	13,00	\$ 489.417,1
1,61%	\$ 6.188.126,00	\$ 6.149.872,63	\$ 38.253,37	9,00	\$ 344.280,4
\$ 1.305.194,49					

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 1.305.194,49
Total	\$ 1.305.194,49