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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA DEL CARMEN BLANDON PATERNINA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.-AFP OLD MUTUAL S.A.– AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***12-2018-00269-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Contestó con oposición señalando que la demandante fue quien realizó el traslado de manera libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe. (fol. 104 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda señalando que la demandante no manifestó cuál fue la información que dicha entidad no le brindó al momento de afiliarla. Que la demandante al afiliarse a dicha entidad venía de estar afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fol. 120 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda señalando que no existe prueba de la ineficacia pretendida, ni de ningún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo en la afiliación al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, prescripción, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica. (fol. 150 y s.s.)

6. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda señalando que el traslado de la demandante no se hizo en contra de ninguna prohibición legal, ni tampoco mediante engaño o coacción. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y la genérica. (fol. 189 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de febrero del 2020 en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 209 Min. 28:44)

Como sustento de su decisión indicó que la demandante saneo la falta de información al haberse trasladado 5 veces de administradoras dentro del RAIS.

8. Impugnación y límites del ad quem. La demandante impugnó la decisión argumentando que la carga probatoria era de la AFP privada. Que no probó la información que debía brindar a la demandante y que la CSJ ya dijo que el cambio de administradoras no sanea la falta de información al momento del traslado al RAIS.

9. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Manifiesta que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación del RAIS de la demandante, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, pues no se probó el error, la fuerza o el dolo, sino que por el contario la demandante confesó haberse afiliado a dicha entidad por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen.

10. Alegatos AFP SKANDIA. Indica que es imposible la devolución de los gastos de administración; que su actuar estuvo revestido de buena fe por lo que está obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio.

11. Alegatos demandante. Arguyó que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que la AFP le brindó a la demandante la información requerida y que para resolver el presente caso debe acogerse la línea jurisprudencial de la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente**.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María del Carmen Blandón Paternina cotizó al ISS entre el 1° de marzo de 1984 al 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 63). El 17 de mayo de 1994, firmó la solicitud de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 62) y posteriormente se trasladó el 1° de octubre de 1999 a la AFP PROTECCIÓN (fol. 164). El 31 de julio del 2007 se trasladó a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL (fol. 135) y finalmente, regresó a la AFP PROTECCIÓN el 29 de septiembre del 2008 (fol. 165), conforme aparece en los diferentes formularios de afiliación.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., la AFP PORVENIR S.A., y la AFP OLD MUTUAL S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora María del Carmen Blandón Paternina, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de

obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, que contrario a lo dicho por el Juez como razón para negar la pretensión solicitada, el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 25 de febrero del 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado al

RAIS realizado por la señora MARÍA DEL CARMEN BLANDÓN PATERNINA y, en consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A. y a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y los gastos de administración y comisiones provenientes de la AFP OLD MUTUAL S.A. y AFP PORVENIR S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR, AFP OLD MUTUAL y de COLPENSIONES.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CLEOTILDE VELANDIA ROJAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***16-2017-00751-01***
ASUNTO:	***APELACION SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda Contestación de COLPENSIONES. Contestó señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que las pretensiones de la demandante carecen de todo sustento fáctico y legal. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad,

inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica. (fol. 103 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado al RAIS se efectúo con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Que la demandante no probó la falta de información. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas. (fol. 143 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de julio del 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora entre otros, con sus frutos e intereses, sin que pueda descontarse de los mencionados valores suma alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación en el RPMPD y declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 172 Min. 1:37:04).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que no era necesario ser beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima o un derecho adquirido. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. impugnó la decisión argumentando que sólo se puede recuperar la transición cuando se cumple el requisito de 15 años y no el de la edad. Que no se puede aplicar las sentencias de la CSJ, pues la demandante no tiene régimen de transición, no tiene un derecho adquirido o una expectativa legitima. Que al trasladarse el saldo de la cuenta de ahorro individual no es posible hacer deducción de los gastos de administración. (Cd fol. 172 mit 2:26:15)

7. Impugnación de COLPENSIONES. COLPENSIONES interpuso recurso de apelación aduciendo que el único documento válido en estos casos es el formulario de afiliación. Que ella no era quien tenía la carga probatoria, ni podía demostrar cuál era la información que se había brindado. Solicita se le absuelva las costas del proceso. (Cd fol. 172 mit 2:42:12)

8. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Manifestó la apoderada que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación del RAIS de la demandante, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, pues no se probó el error, la fuerza o el dolo, sino que por el contario la demandante confesó haberse afiliado a dicha entidad por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen.

9. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020). Indicó que la parte demandada no cumplió con la carga probatoria de acreditar la calidad de la información y de la asesoría brindada a su poderdante al momento de efectuar el traslado, ni de la capacitación brindada a los asesores, por lo que se debe confirmar la ineficacia declarada en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿Se sanea la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (Vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (ix) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones?

Ineficacia del Traslado de Régimen – No nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Cleotilde Velandia Rojas laboró para el Concejo de Bogotá D.C. del 20 de noviembre de 1986 al 31 de enero de 1987, tiempo durante el cual realizó aportes a la Caja de Previsión Social Distrital (fol. 5); que cotizó al ISS entre el 1º de enero de 1996 al 30 de agosto de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 13) y que el 1º de septiembre de 1997, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 136).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en Colpensiones, como bien aduce la apoderada de la accionada Colpensiones, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la la AFP PORVENIR S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Cleotilde Velandia Rojas, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente, es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994

"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" el cual en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse a la AFP PORVENIR S.A. que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones

Para resolver el tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se le debe indicar al apoderado de la AFP PORVENIR S.A. que no es de recibo su apelación, como quiera que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así

mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del asuno que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, debe indicársele al apoderado de la AFP PORVENIR S.A. que no es de recibo su argumento en el que señala que no está en capacidad de activar la afiliación de la demandante, teniendo en cuenta que debido a su edad se encuentra inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues se le recuerda que **no estamos frente a una solicitud de traslado**, sino una declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, por lo que resulta procedente la activación conforme a lo ya expuesto.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas a cargo de Colpensiones

Finalmente, respecto a la solicitud de absolver en costas a Colpensiones, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una orden en su contra, acertó el a quo al imponerle costas en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 31 de julio del 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito conforme a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edictos,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARTHA AURORA LEURO VILLAMARIN***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A. – AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***39-2017-00747-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, , el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante tiene capacidad para realizar los actos jurídicos los cuales tiene plena validez. Que no se encuentran presentes vicios del consentimiento como lo son error, dolo o violencia. Que la afiliación de la demandante al RAIS esta revestida por la decisión libre y voluntaria de la demandante de trasladarse de régimen. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 102 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no existen presupuestos de hecho, ni de derecho para acceder a las pretensiones de la demanda. Señaló que la demandante al momento de trasladarse al RAIS tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación al RAIS dejando constancia con su firma de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 134 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que le brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas de cada uno, etc. Indica que tal y como se desprende de la solicitud de vinculación suscrita por la actora su afiliación al RAIS se hizo de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, falta de la prueba de los elementos de la responsabilidad y de los perjuicios que aduce han causado a la parte demandante y la genérica. (fol. 166 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de abril del 2019 en la que declaró la nulidad del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos. Ordenó a la AFP COLFONDOS que transfiera todos los dineros que recibió como cotizaciones por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha entidad. Ordenó a COLPENSIONES que reactive la afiliación de la demandante en el RPMPD, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 217 Min. 1:26:32).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible. Que la AFP COLFONDOS debe devolver los dineros recibidos por comisión que no se condena a la AFP PORVENIR a devolver las comisiones por tratarse de un tercero de buena fe. Se condena en costas a COLFONDOS.

7. Impugnación de la AFP COLFONDOS. Colfondos impugnó la decisión argumentando que el traslado se hizo conforme a los lineamientos legales. Que la

demandante no demostró que haya existido un vicio del consentimiento al momento del traslado. Que le dio la asesoría necesaria y adecuada a la demandante. Que sus asesores se encuentran debidamente capacitados. Que no puede después de más de 19 años y de haber recibido asesorías pedir la nulidad del traslado. Que la demandante al absolver el interrogatorio de parte confiesa que no se acercó a recibir información. Que se le absuelve de los gastos de administración, pues dicha entidad trasladó todos los dineros y rendimientos a la AFP PORVENIR S.A. Que las aseguradoras con las que ella contrató cuando tenía afiliada a la demandante debieron ser llamadas al presente proceso. (C.D. fol. 217 Min. 1:43:02).

8. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR apeló la decisión señalando que no se demostró vicio del consentimiento. Que en 2008 le brindó una asesoría a la demandante. Que la carga de la prueba era de la demandante. Que no se dijo cuál era la información que se había omitido. Que la demandante firmó el formulario de afiliación. Que se debe declarara probada la excepción de prescripción. (C.D. fol. 217 Min. 1:51:18).

9. Impugnación de Colpensiones. Colpensiones impugnó la decisión argumentando que no está en capacidad de activar la afiliación por la edad de la demandante, teniendo en cuenta la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Que se debe condenar a PORVENIR a devolver los gastos de administración y comisiones. (C.D. fol. 217 Min. 1:55:51).

10. Alegatos COLFONDOS S.A. (Decreto 806 del 2020) Manifestó que se le debe absolver de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de la asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión de aportes obligatorios son de consagración legal.

11. Alegatos PORVENIR S.A. (Decreto 806 del 2020). Indicó que las omisiones que se le atribuyen particularmente la de información sobre las características del RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras se encuentran señaladas en la Ley, por lo que el actor no puede alegar el desconocimiento de la Ley. Afirma que no se evidencia ningún vicio del consentimiento. Que en caso de confirmarse la decisión proferida en primera instancia debe tenerse en cuenta que los gastos de administración se descuentan en virtud de una normatividad vigente.

12. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020). Aduce que los demandados no lograron de acreditar de manera fehaciente el deber de información exigido para efectos del traslado de régimen pensional, deber probatorio que se encuentra a cargo de dichas entidades.

13. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Afirmó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional el 30 de mayo del 2000, sin que se haya ejercido ningún tipo de coacción o presión, por el contrario, su decisión de trasladarse fue libre y voluntaria. Que se encuentra dentro de la prohibición del art. 2° de la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas e estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿Se sanea la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (ix) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones?

Ineficacia del traslado de régimen – No nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró el a quo, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Martha Aurora Leuro Villamarín cotizó al ISS entre el 13 de noviembre de 1979 al 31 de mayo del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 26); que el 30 de mayo del 2000 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 39), traslado que se hizo efectivo a partir del 30 de junio del 2000, conforme apare en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS S.A. (fol. 145) y que posteriormente, se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. el 30 de octubre del 2006, conforme

aparece en el formulario de afiliación (fol. 144), traslado que se hizo efectivo el 1° de diciembre del 2006, conforme lo certifica la AFP PORVENIR (fol. 143)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por el apoderado de la AFP PORVENIR, la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás

aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Se debe resaltar que, aunque la demandante al absolver el interrogatorio de parte refiere que no se acercó a las oficinas de la AFP COLFONDOS a solicitar información, como lo indica COLFONDOS en su apelación, lo cierto es que ello no era obligación de la demandante sino de la AFP para el momento del traslado de régimen, solo de esta manera se le hubiera dado la posibilidad a la afiliada de tomar una decisión libre y voluntaria.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* el cual en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica.

Ahora, contrario a lo afirmado por las AFP COLFONDOS Y PORVENIR, cualquier **asesoría que le haya sido brindada con posterioridad** al momento en que se realizó el traslado o el simple paso del tiempo, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP PRIVADA al momento de su traslado de régimen, pues se reitera que la Corte fue clara al señalar que lo que se debe revisar en estos casos es sí a la afiliada se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición**, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al**

tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante dentro se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones

Para resolver el tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se le debe indicar al apoderado de la AFP COLFONDOS S.A. que no es de recibo su apelación, como quiera que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Es necesario señalarle al apoderado de la AFP COLFONDOS S.A. que no es procedente su solicitud de llamar en garantía a las aseguradoras con las cuales tenía contratado los seguros previsionales durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada a dicha entidad, como quiera que este no es el momento procesal oportuno para ello, se trata de un hecho nuevo que no fue presentado al contestar la demanda.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, debe indicársele al apoderado de Colpensiones que no es de recibo su argumento en el que señala que no está en capacidad de activar la afiliación de la demandante, teniendo en cuenta que debido a su edad se encuentra inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues se le recuerda que **no estamos frente a una solicitud de traslado**, sino una declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, por lo que resulta procedente la activación conforme a lo ya expuesto.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas a cargo de Colpensiones

Finalmente, respecto a absolver en costas a Colpensiones, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una orden en su contra, acertó el a quo al imponerle costas en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 2 de abril del 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - ADICIONAR el numeral segundo y tercero de la sentencia apelada para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.** Y **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS que devuelva a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración y comisiones.

TERCERO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GLORIA GARCÍA (HERMANA DISCAPACITADA)***
RADICACIÓN:	***1100131050-03-2018-00423-01***
ASUNTO:	***APELACIÒN DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GLORIA GARCÍA en calidad de hermana discapacitada instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se:

> *"1. DECLARESE que el causante señor HÉCTOR CUERVO GARCÍA cumplió con los requisitos para acceder a una pensión.*
> *2. Ordénese que se disponga por COLPENSIONES a favor de mi representada señora GLORIA GARCÍA, la pensión de jubilación a que tiene derecho en calidad de beneficiaria del causante HÉCTOR CUERVO GARCÍA (q.e.p.d.), quien en vida se identificada con cédula de ciudadanía N° 11´293.731 de Girardot, por acreditar todos los requisitos que establece el art. 12 de la Ley 797 del 2003, que modificó el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de ello, se le liquide y pague mensualmente en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual a partir de la fecha en que fallecimiento (sic) el causante.*
> *3. Ordénese el pago de las mesadas atrasadas en el porcentaje autorizado legalmente desde el mismo momento que se causan con el fallecimiento del causante señor HÉCTOR CUERVO GARCÍA, hasta que se satisfaga la obligación.*
> *4. Ordénese el pago de los intereses que se causen desde el mismo momento en que legalmente adquiere el derecho hacer (sic) pensionada que se causan con la primera mesada reconocida legalmente de acuerdo a la fecha del fallecimiento del causante señor HÉCTOR CUERVO GARCÍA, hasta que se satisfaga la obligación.*
> *5. Ordénese al momento de la liquidación la indexación u actualización de la mesada pensional de acuerdo a las fórmulas actuariales de la Superintendencia Financiera o del Banco de la República.*

6. Subsiguientemente ordénese el reconocimiento de las demás prestaciones sociales establecidas en la ley.
7. Solicito se ordene se expida primera copia de la decisión judicial.
8. Reconózcase personería jurídica al suscrito para actuar en todas las instancias en la presente causa."(fol. 5 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que:

*"**PIMERO:** (sic) El señor **HECTOR CUERVO GARCIA,** laboro en diferentes dependencias públicas y privadas, cotizando para alcanzarla pensión de jubilación y cumpliendo al momento de su fallecimiento con lo normado en el Art. 12 de la ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el art. 46 de la ley 100 de 1993, que le permite a mi mandante hermana discapacitada con dependencia económica del causante por parte de madre, solicitar por vía administrativa el derecho que le asiste a la pensión de sobreviviente, tal como lo hizo y se le negó.*

***SEGUNDO:** COLPENSIONES mediante resolución No. GNR-35434 del 30 de enero de 2017, negó el derecho justificando la decisión en la estructuración de la invalidez de mi representada, la cual se produjo hace más de 60 años, fue apelada y confirmada la decisión mediante resolución No. DIR-4600 del 2 de mayo de 2017, agotándose la Vía administrativa. El señor **HECTOR CUERVO GARCIA (q.e.p.d.),** falleció en día 10 de septiembre de 2.015 en la ciudad de Girardot por causa natural como lo pruebo con el Registro de defunción que anexo (prueba), mi representada GLORIA GARCIA, tiene una edad cronológica de 79 años, su díscapacidad se estructura desde la edad de los 12 años, se prueba con dictamen médico de discapacidad laboral que se adjunta.*

***TERCERO:** Mi poderdante prueba la estructuración de su discapacidad motriz con la Historia Clínica que aporto como prueba y con el dictamen No. 2016185924FF, con fecha del 7 de junio de 2016, emitido por COLPENSIONES.*

CUARTO:** La (sic) señor GLORIA GARCIA Dependía económicamente de su hermano como lo prueba con las declaraciones extrajudiciales que aporto de los señores; **DESIDERIO AMAYA RODRIGUEZ, MIRYAN HERNANDEZ GUZMAN y RICARDO CUERVO GARCIA.

***QUINTO:** Fue valorada por la **JUNTA MEDICA CALIFICADORA,** con un resultado de 58.95% de pérdida de capacidad laboral y ocupacional (discapacidad), el causante cumplió con el número de semanas aportadas al régimen, 5.168 días laborados correspondientes a 738 semanas cotizadas al momento de su fallecimiento tal cual lo exige el Art. 12 de la ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el art. 46 de la ley 100 de 1993, así lo certifica COLPENSIONES, en la resolución No. GNR 35434 del 30 de enero de 2017.*

***SEXTO:** La situación económica de la señora GLORIA GARCIA es apremiante y el sustento con base en el mínimo vital se ha visto alterado de manera preocupante debido al fallecimiento de su hermano. (Causante)*

***SEPTIMO:** Mi representada reúne los requisitos exigidos legalmente en el art, 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la ley 797 de 2003, para acceder a la SUSTITUCION pensional como hermana discapacitada con dependencia económica del causante, Los criterios jurisprudenciales de las Altas Cortes (sentencia C-556 de 2009, Sent. C-1094 de 2003 y acto legislativo 1° del 2005), así lo determinan."*

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 42); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se debate la densidad de semanas del causante, sino que la invalidez de la demandante fue estructurada con posterioridad al fallecimiento del señor Cuervo García, por lo que no tiene derecho a la pensión de sobreviviente. Propuso como excepciones de fondo las

de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (fol. 43 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 86 mit.)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003; que tienen derecho los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste; que la invalidez debe ser con anterioridad al fallecimiento; que revisados los dictámenes aportados y el que se ordenó por parte del Despacho se observa que la demandante es una persona inválida, pues tiene una PCL superior al 50%, sin embargo, su invalidez se estructuró con posterioridad al fallecimiento del señor Cuervo García, por lo que no puede tenerse como beneficiaria de la pensión de sobreviviente que dejó causada el señor Cuervo García.

5. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión la demandante interpuso recurso de apelación argumentando que *"La dependencia económica de mi poderdante señora Gloria García de su hermano Héctor Cuervo, teniendo en cuenta el registro civil de nacimiento y defunción que obra en el expediente, de la misma manera se puede establecer claramente que mi poderdante es inválida conforme al dictamen de calificación de la invalidez, sin embargo debo precisar* ***que para efectos de establecer la fecha de estructuración de la invalidez no se tuvo en cuenta la totalidad de los elementos*** *tanto así que en mismo dictamen dentro de la junta de calificación en el acápite de análisis y conclusiones cita paciente de 80 años de edad con antecedentes de diabetes mellitos desde hace más de 16 años, insulino requiriente desde el 2011, insulino glugina 336 y galartina 55; se registra una historia laboral por adherencia al tratamiento el control de neurología en el 2017 se registra degenerativa diabética con cálculo aproximado tfg 73 9 mm, el control de medicina general del 14 de marzo de 2009 se registra hemoglobina, licocina del 26 de febrero de 2019, sospecha hipo… de larga data en manejo de 100ml diarios, colopatía sensitiva motora diabética con sospecha síndrome pospolio, según registrado en agosto de 2016, antecedente de fractura del fémur izquierdo de la larga data con manejo y evoluciona con adecuada congelación de fractura desde hace más de 10 años, paciente ingresa en silla de ruedas, obesa aceptable estado general febril hidratada, termo dinámica estable, músculo esquelético, rodilla 90 grados a 120 grados, retracciones de flexitensores de rodilla izquierda severa, funciones mentales superiores no alteración para m1/5, hiportrofia pierna izquierda, se pasa a estudiar pérdida de capacidad laboral teniendo en cuenta los documentos y la historia clínica; del análisis y* ***de las conclusiones que elevó la junta de calificación se puede establecer que mi poderdante se encuentra inválida desde antes de la fecha de la estructuración es decir, desde la niñez motivo por el cual siempre ha dependido de su hermano no tiene otro tipo de ingreso adicional que le permita vivir en condiciones dignas y justas además debe precisarse la edad que actualmente tiene 80 años,*** *determinante para establecer una necesidad manifiesta y de la carencia absoluta de ingresos económicos, por consiguiente solicitó al despacho se sirva conceder el recurso de apelación ante el Superior jerárquico"*

6. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia teniendo en cuenta que la invalidez de la demandante se estructuró con posterioridad al deceso, por lo que resulta improcedente la pensión deprecada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es posible modificar la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante? Y en caso afirmativo, ¿Tiene derecho a la pensión de sobreviviente deprecada?

Fallecimiento

Para resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor señor HÉCTOR CUERVO GARCÍA (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con (registro defunción) que milita a folio 15, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 10 de septiembre del 2015, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

En consecuencia, la normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en diciembre de 2009. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Densidad de cotizaciones

El art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En el presente caso, el señor Héctor Cuervo García en los 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 10 de septiembre del 2012 y el 10 de septiembre del 2015, logró cotizar más de 50 semanas, exactamente 155.88 semanas conforme se desprende de la Resolución GNR 35434 del 30 de enero del 2017 visible a folio 9 y s.s., por lo que dejó causado el derecho para sus beneficiarios. Hecho que además es aceptado por Colpensiones desde la contestación de la demanda.

Otros Requisitos pensión de sobreviviente

El art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios **los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de él**, es decir, que para tener derecho a la pensión de sobreviviente deprecada se deberá acreditar: la calidad de hermanos, la invalidez y la dependencia económica.

1) Parentesco

La demandante logra probar que es hermana del causante con su registro civil de nacimiento (fol. 18) y el del causante (fol. 16) en los cuales se evidencia que ambos son hijos de la señora María García.

2) Condición de Inválido

El art. 38 de la Ley 100 de 1993, establece que se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su pérdida de capacidad laboral, lo cual logra acreditar la demandante como quiera que el dictamen de PCL N° 20608569-5102, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, visible a folio 82 y s.s., arrojó una PCL del 66.91%.

Nuestra Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar, entre otras en la sentencia SL13278 del 2017, que la condición de invalidez debe existir al momento del fallecimiento, lo cual no ocurre en el presente caso, pues los dos dictámenes de PCL que se le han realizado a la demandante, han arrojado una fecha de estructuración posterior al fallecimiento del señor Cuervo García (10 de septiembre del 2015), toda vez que el dictamen emitido por Colpensiones, visible a folio 24 y s.s., indica como fecha de estructuración el 7 de junio del 2016 y el dictamen ordenado por el Juez dentro del proceso, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, arroja como fecha de estructuración el 22 de septiembre del 2016. (fol. 82 y s.s.)

Frente a la data de estructuración de la invalidez, se manifiesta en el recurso de apelación que la contenida en los dictámenes no resulta acorde a la realidad, por lo que se solicita revisar la historia clínica de la demandante en la que se pueden obtener registros de su configuración desde que tenía 12 años.

Este argumento no pueden ser atendido por la Sala al tratarse de un hecho nuevo, no debatido en el proceso; actuar de manera contraria implicaría trasgredir el principio de congruencia establecido en el art. 281 del CGP, aplicable analógicamente por la remisión analógica prevista en el art. 145 del CPT y de la SS, el cual establece que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda, dentro de las cuales no se observa que solicitud tendiente a enervar la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, dictamen que además fue aportado por la activa a título de prueba documental dentro del proceso.

Al respecto, nuestra CSJ ha sido clara, entre otras, en la Sentencia SL 098 del 2020 al establecer que el ad quem no se puede pronunciar sobre aquello que no es objeto de pretensión en la demanda inicial, al no ser examinado por el a quo en virtud de la facultad extra y ultra petita.

Adicionalmente, frente a lo reparos efectuados por la parte demandante, observa la Sala que los mismos no fueron puestos de presente a través de la contradicción del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la cual debió surtirse, por tratarse de una prueba decretada de oficio por el Juzgado, conforme a lo dispuesto en el artículo 231 del CGP, norma que establece: *"Rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta al fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen. Para los efectos de la contradicción del dictamen, el* ***perito siempre deberá asistir a la audiencia****, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228"*

Como quiera que dicha contradicción no se agotó en el presente caso, la Sala se encuentra imposibilitada para determinar si las deficiencias que echa de menos la parte

demandante en el dictamen proferido por la Junta Regional de calificación de Invalidez, en efecto debieron ser incluidas en el mismo, y si tienen la incidencia que propone la parte actora.

Por tanto, al no poderse estudiar si es posible o no modificar la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia, como quiera que a la fecha en que falleció el señor Cuervo García (10 de septiembre del 2015) la demandante no era inválida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre del 2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CHARRY***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A***
RADICACIÓN:	***21-2018-00632-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que de acuerdo a las pruebas allegadas se evidencia que la demandante se encuentra válidamente

afiliada al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 84 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que su asesor le brindó la información suficiente, veraz, clara y oportuna, lo cual llevó a que pudiera tomar una decisión de manera autónoma, libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica. (fol. 149 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 16 de septiembre del 2019 en la que se declaró la ineficacia del traslado de régimen al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 224 Min. 51:34).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP pues la demandante presentó una negación indefinida. Que la AFP no probó haber brindado la información requerida a la demandante.

6. Impugnación de la AFP PORVENIR. Impugnó la decisión argumentando que 1) no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ, pues la demandante no tenía un derecho adquirido, ni una expectativa legítima, ni era beneficiario del régimen de transición; 2) que la demandante firmó de manera libre el formulario de afiliación; 3)que en el IP señaló que se le informó que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual, que podía realizar aportes voluntarios los cuales incidirían en el monto de su pensión y que iba a recibir rendimientos financieros; 4) que la información requerida se le podía dar en cualquier momento de la afiliación y 5) que no se debe ordenar que se devuelvan los gastos de administración, ni los rendimientos.

7. Impugnación de COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que no se probó ningún vicio del consentimiento y que no puede aceptarse su traslado pues está inmersa en la prohibición legal, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

8. Alegatos AFP PORVENIR S.A. Solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, pues la norma que exige la prueba documental donde conste la información no estaba vigente para cuando se trasladó la demandante. Solicita se revoque la condena que les ordena devolver los gastos de administración ya que éstos se encuentran consagrados en la Ley y no pueden pasarse por alto por un criterio jurisprudencial.

9. Alegatos demandante. Manifestó que no existe ninguna prueba en el expediente de la asesoría permanente, durante el tiempo de su afiliación al RAIS, por parte de ninguna de las administradoras. Ni tampoco se probó que se le haya suministrado una información suficiente, clara, oportuna, cierta, comprensible y autónoma. Dijo que la firma del formulario resulta insuficiente para acreditar el suministro de la información requerida. Cita jurisprudencia de la CSJ.

10. Alegatos Colpensiones. Indica que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 del 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993. Que no se acreditaron vicios del consentimiento al momento del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Diana María Rodríguez Charry cotizó al ISS entre el 1° de enero de 1996 al 31 de agosto de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 113) y que se trasladó a la AFP PORVENIR el 3 de noviembre de 1998, conforme aparece el formulario de vinculación. (fol 135).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por Colpensiones en su apelación, la misma sí recae en las AFP no en la accionante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A., como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

No se discute que la señora Diana María Rodríguez Charry señaló que para el momento del traslado le manifestaron que sus aportes iban dirigidos a una cuenta de ahorro individual, que podía hacer aportes voluntarios y que recibiría rendimientos, sin embargo, estas manifestaciones no constituyen confesión respecto a haber recibido información acerca de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, ni que le hubiesen explicado sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* el cual en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no hicieron. Siendo claro que cualquier asesoría que le haya sido brindada con posterioridad al momento en que se realizó el traslado, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP al momento de su traslado de régimen como lo pretende la AFP PORVENIR, pues se reitera que la Corte fue clara al señalar que lo que se debe revisar en estos casos es sí al afiliado se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón a la AFP PORVENIR al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni tienen una expectativa legitima, ni un derecho

adquirido, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la accionante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos

Para resolver el tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, debe indicársele al apoderado de la AFP PORVENIR S.A. que no es de recibo su argumento en el que señala que no se puede activar la afiliación de la demandante en el RPMPD, teniendo en cuenta que debido a su edad se encuentra inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues se le recuerda que **no estamos frente a una solicitud de traslado**, sino una declaratoria de ineficacia

del traslado al RAIS, por lo que resulta procedente la activación conforme a lo ya expuesto.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NUBIA JANETH SIERRA FUNEME***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***18-2017-00764-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. EDWIN GILBERTO CASTELLANOS VILLANUEVA, como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida ya que se realizó de manera libre, voluntaria y sin

constreñimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fol. 62 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda señalando que la demandante se afilió de manera libre después de haber recibido la información necesaria. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 114 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de junio del 2019 en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 131 Min. 27:55)**.**

Como sustento de su decisión indicó que la demandante no probó la falta de información. Que la afiliación cumple con los requisitos para ser válidas. Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no se le pueden aplicar las sentencias de la CSJ. Que no puede aceptarse el traslado, pues está incurso en la prohibición de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 la que no permite traslado cuando falten menos de 10 años para adquirir el derecho.

6. Impugnación del demandante. El demandante impugnó la decisión argumentando que la carga probatoria es de la AFP PRIVADA. Que la AFP no probó que le brindó la información necesaria a la demandante. Que la CSJ ya dijo que no era necesario ser beneficiario del régimen de transición para que sea viable la nulidad del traslado.

7. Alegatos Colpensiones. Señaló que de conformidad con el artículo 167 del CGP incumbe a la parte demandante probar los supuestos hechos de la demanda, carga que la parte demandante no cumplió, por lo que no se logró probar que la entidad demandada haya incumplido su deber de información. Que la parte demandante no puede beneficiarse de su propia negligencia.

8. Alegatos demandante. Indicó que el deber de información debe estar en todas las etapas del proceso desde la afiliación hasta la determinación del disfrute pensional de conformidad con el Decreto 654 de 1994. Cita jurisprudencia de la CSJ y señala que no sólo existe engaño por acción, sino también por omisión al no proporcionar una información completa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente**.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia

de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv)¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Nubia Janeth Sierra Funeme, cotizó al ISS entre el 9 de noviembre de 1989 al 31 de octubre de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 19) y que el 8 de octubre de 1997 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLMENA S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 15) y que posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 31 de diciembre del 2012, conforme aparece en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS (FOL.119)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar,

en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP–año 1996-1997-2001- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que a demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que el fallador de primera instancia se equivocó, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de

prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, debe indicársele al fallador de primera instancia que no es de recibo el argumento según el cual no es posible declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que debido a la edad de la accionante se encuentra inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues se le recuerda que **no estamos frente a una solicitud de traslado de traslado de régimen**, sino frente a una declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, por lo que resulta procedente la activación conforme a lo ya expuesto.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de junio del 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar:

DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora Nubia Janeth Sierra Funeme y, en consecuencia, ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción frente a la ineficacia del traslado.

CONDENAR a COLPENSIONES a reactivar a la demandante en el Régimen de prima media con prestación definida y a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES dentro del expediente 18-2017-00764-01.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ALEXA CECILIA ABUDINEN ABUCHAIBE***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***19-2018-00383-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES***
	CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA APELADO)
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* **,** se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. HENRY DARÍO MACHADO GUALDRÓN, como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de las AFP. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas y la genérica. (fol. 50 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que se opone a las pretensiones de la demanda, en la medida que sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acercad de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, etc. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, obligación a cargo exclusiva de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica. (fol. 75 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de octubre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses, las comisiones y sin descontar los gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a tener como vinculada válidamente al RPMPD. (C.D. fol. 120 Min.).

Como sustento de su decisión indicó que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que lo que se debe mirar es si se brindó la información necesaria al momento del traslado; que no basta con la firma del formulario; que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación de COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que la carga probatoria era de la demandante quien debió acercarse a las oficinas de la entidad a solicitar la información que requería. Que al permitir el traslado de la demandante cuando está próxima a pensionarse afecta la sostenibilidad financiera.

7. Alegatos demandante. Indicó que el deber de información debe estar en todas las etapas del proceso desde la afiliación hasta la determinación del disfrute pensional de conformidad con el Decreto 654 de 1994. Cita jurisprudencia de la CSJ y señala que no sólo existe engaño por acción, sino también por omisión al no proporcionar una información completa.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que la falladora de primera instancia pasó por alto que al momento en que se hizo el traslado la aceptación espontánea y libre de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario. Solicita que en caso de que se llega a mantener la ineficacia del traslado se mantenga la condena a COLFONDOS respecto de los gastos de administración.

9. Alegatos COLFONDOS S.A. Manifestó que se le debe absolver de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de la asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión de aportes obligatorios son de consagración legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Alexa Cecilia Abudinen Abuchaibe cotizó al ISS entre el 1° de marzo de 1989 al 30 de abril de 1998,

conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 59) y que el 20 de junio del 2002, firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 10).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por Colpensiones en su apelación, la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-2002- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo

que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* el cual en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al problema jurídico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre del 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ STELLA VALENZUELA BARRIOS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.– AFP OLD MUTUAL S.A.***
RADICACIÓN:	***36-2017-00858-01***
ASUNTO:	***APELACION SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentre actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP OLD MUTUAL S.A. Contestó la demanda señalando que no se opone ni se allana a que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación. Indicó que la afiliación a la ADP OLD MUTUAL S.A. no obedeció a un cambio de régimen pensional sino a un traslado de AFP dentro del RAIS. Señaló además que no existe la nulidad alegada en la vinculación de la demandante al RAIS, pues el traslado se efectúo de manera libre y voluntaria, lo cual se materializó con la suscripción del formulario. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 112 y s.s.)

4. Contestación de Colpensiones. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que se deben probar las causales de nulidad invocadas. Propuso como excepciones de inexistencia del derecho para

regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (fol. 158 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el formulario de afiliación que fue firmado por la demandante, constituye una prueba formal y que contiene el consentimiento informado respecto de la asesoría que recibió la demandante al momento de realizar el traslado. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 200 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 1º de octubre del 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. Condenó a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a Colpensiones los valores que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro concepto. (C.D. fol. 264 Min. 36:02).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que no era necesario ser beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima o un derecho adquirido. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible.

8. Impugnación AFP OLD MUTUAL S.A. La AFP OLD MUTUAL S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que no se deben devolver los gastos de administración, pues éstos ya se causaron y, por tanto, estaríamos frente a un enriquecimiento ilícito. (CD fol. 264 mit 1:28:09)

9. Recurso de apelación Colpensiones. Colpensiones impugnó la decisión proferida en primera instancia argumentando que la demandante firmó el formulario de afiliación. Que dentro del deber de información no estaba el buen consejo, ni la doble asesoría, ni la obligación de hacer proyecciones. Que no puede aplicarse las sentencias de la CSJ pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no tiene una expectativa legítima, ni un derecho adquirido. Que no puede imponerse la carga de la prueba a la AFP PRIVADA. Que ratificó su intención de pertenecer al RAIS al trasladarse entre AFPS del RAIS. (CD fol. 264 mit 1:30:57)

10. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que la AFP no le brindó la información necesaria al momento del traslado.

11. Alegatos Colpensiones. Señaló que de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003 y que no cumple con las requisitos de la sentencia de la Corte Constitucional SU 062 del 2010.

12. Alegatos AFP SKANDIA. Indica que es imposible la devolución de los gastos de administración; que su actuar estuvo revestido de buena fe por lo que está obligado a

restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿Se sanea la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (ix) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del plenario que la señora Luz Stella Valenzuela Barrios, cotizó al ISS entre el 24 de abril de 1983 al 31 de diciembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 33); que el 30 de diciembre de 1998 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 34), y que posteriormente, se

trasladó a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL S.A., el 26 de octubre del 2012 conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 126).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por Colpensiones la misma sí recae en las AFP, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado,

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás

aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse a COLPENSIONES, que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS,

debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se le debe indicar al apoderado de la AFP OLD MUTUAL S.A. que no es de recibo su apelación, como quiera que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas a cargo de Colpensiones

Finalmente, respecto a absolver en costas a Colpensiones, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una orden en su contra, acertó el a quo al imponerle costas en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 1° de octubre de 2019, proferida por el juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, respectivamente.

QUINTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÌA DEL CARMEN CASTILLO JAIMES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN:	***30-2019-00425-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PROTECCIÒN S.A.***
	CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE)
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentre actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que

la afiliación de la demandante tiene plena validez, por lo que se atiene a las consecuencias de dicho traslado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe. (fol. 68 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda argumentando que la demandante recibió la asesoría por parte de dicho fondo y que su afiliación es plenamente valida, pues en ella la demandante manifestó su voluntad de trasladarse. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica (fol. 85 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de febrero del 2020, en la que declaró la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones actualice la información de la demandante. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. (C.D. fol. 123 Min. 3:48).

Como sustento de su decisión indicó que no basta con la firma del formulario. Que acoge el criterio de la CSJ. Que la AFP PROTECCIÓN no demostró haber brindado la información requerida al momento del traslado, siendo su carga probatoria.

6. Impugnación de la AFP PROTECCIÓN S.A. impugnó la decisión argumentando que no se deben devolver los gastos de administración pues fueron descuentos que se efectuaron conforme a la Ley y que entonces si deben devolver dichos gastos no hay lugar a devolver los rendimientos, los cuales se generaron por la gestión realizada en el RAIS.

7. Alegatos COLPENSIONES (Decreto 806 del 2020). Señaló que la demandante se encuentra en la prohibición del art. 1° del Decreto Ley 3800 del 2003 que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión. Que el formulario de afiliación firmado se encuentra vigente y conserva toda la presunción de legalidad frente al ordenamiento jurídico. Que antes del 2014 no existía la obligación de hacer simulaciones. Que se está descapitalizando el Sistema General de Pensiones.

8. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia, pues se debe acoger el precedente jurisprudencial de la CSJ, pues no se acreditó haber brindado la información requerida por parte de la AFP al momento del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PRIVADA se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que le sea desfavorable por no haber apelado.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación

definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la accionante? Y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró el a quo, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María del Carmen Castillo Jaimes, cotizó al ISS entre el 18 de agosto de 1989 al 28 de febrero del 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 21) y que el 1° de octubre del 2013 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación. (Fol.96)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría. Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a

eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1994-2003- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La AFP PROTECCIÓN S.A. no aportó ninguna prueba que permitiera establecer que brindó la información necesaria al momento del traslado a la señora María del Carmen Castillo Jaimes, a pesar de recaer en su cabeza la carga probatoria. Ni siquiera se controvierte a través del recurso de apelación la decisión del a quo, pues la única inconformidad que presentan es frente a los gastos de administración y rendimientos.

La Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlas en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 el 19 de febrero del 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUCY ESPERANZA GONZÀLEZ MARENTES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***28-2018-00053-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP COLFONDOS contestó con oposición señalando que el traslado de la demandante se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones el 12 de febrero de 1998, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir

e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 95 y s.s.)

4. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el origen de la presente demanda no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto al valor de la mesada pensional. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social, buena fe y la genérica. (fol. 150 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de agosto del 2019 en la que declaró la nulidad del traslado de régimen pensional al RAIS. Tener como válidamente afiliada a la demandante al RPMPD. Ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al RPMPD y actualizar su historia laboral. Absolver a la AFP privada de las demás pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 183 Min. 39:21)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información necesaria. Que el derecho reclamado es imprescriptible.

6. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión argumentando que la demandante podía haber solicitado asesoría a dicho fondo en caso de considerarlo necesario. Que si brindó la información la cual se prueba con la firma del formulario. Que no tenía una expectativa legitima, ni era beneficiario del régimen de transición. Que se encuentra probado que se le brindó la información con el testimonio de la señora María. No se demostró un vicio del consentimiento. Que se generaría un detrimento económico. Que no debe devolver ni los gastos de administración, ni los rendimientos.

7. Impugnación de Colpensiones. Impugnó la decisión solicitando se proteja el RPMPD evitando que se descapitalice dicho régimen y generándole un detrimento a Colpensiones.

8. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia en razón a que la accionada no cumplió con la carga probatoria de acreditar la calidad de la información y de la asesoría brindada a su poderdante.

9. Alegatos AFP PORVENIR. Manifiesta que es importante resaltar que todos los funcionarios de dicha entidad son instruidos y capacitados para que siempre suministren la información completa y necesaria de forma tal que los potenciales afiliados puedan tomar la decisión que más le convenga. Que las asesorías verbales son totalmente válidas, pues para la época en que se trasladó la demandante la norma no decía de que forma se debían realizar la asesoría, es decir, que no existía la obligación de documentar las asesorías.

10. Alegatos COLPENSIONES (Decreto 806 del 2020). Señaló que la demandante se encuentra en la prohibición del art. 1° del Decreto Ley 3800 del 2003 que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión. Que el formulario de afiliación firmado se encuentra vigente y conserva toda la presunción de legalidad frente al ordenamiento jurídico. Que antes del 2014 no existía la obligación de hacer simulaciones. Que se está descapitalizando el Sistema General de Pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la demandante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante sea beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el planario que la señora Lucy Esperanza González cotizó al ISS entre el 26 de febrero de 1990 al 31 de diciembre del 2002, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 36) y que el 12 de febrero de 1998 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de afiliación (FOL.27) traslado que únicamente se vino hacer efectivo hasta el 16 de abril del 2004, conforme aparece en la impresión del historial de vinculaciones de Asofondos. (fol. 124)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a la demandante sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1996-2001- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

No resulta cierto el sustento de la apelación según el cual la AFP PORVENIR S.A cumplió con su carga probatoria, pues no es cierto que con el testimonio de la señora María del Pilar Rodríguez Ortíz se haya logrado demostrar que la señora Lucy González Marentes haya recibido la asesoría necesaria al momento de su traslado al RAIS, ya que la testigo fue clara al señalar que no sabía los detalles del traslado de la señora González porque la afiliación se hizo de manera individual y señaló que sólo se les había informado solo las ventajas del RAIS, que el ISS se iba acabar y que podían hacer aportes adicionales y pensionarse más joven, lo cual además concuerda con lo dicho por la otra testigo, señora María Alicia Acuña Buitrago, al declarar a minuto 8:12.

Así las cosas, la poca información suministrada no resulta suficiente, pues se le debió informar sobre las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención precedentemente, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Siendo claro que no era la demandante quien debía acercarse a solicitar asesoría a la AFP privada como lo pretende la AFP PORVENIR en su recurso de apelación, pues la obligación era de la AFP privada quien debió haberle brindado la información requerida al momento del traslado.

Ahora, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que no era la accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era la AFP PRIVADA la que debía brindar la información requerida al momento del traslado.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar que tenía una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón a la AFP PORVENIR dentro del al señalar que no es posible aplicar la jurisprudencia de la CSJ, al no serla

demandante beneficiaria del régimen de- transición, ni tener una expectativa legitima, ni un derecho adquirido, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración, rendimientos y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del problema jurídico que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto del 2019, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído**.**

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ MARIELA DELGADO MURILLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN :	***11001-31050-03-2018-00605-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. **Demanda**. Luz Mariela Delgado Murillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR S.A. solicitando se declare la nulidad del traslado al RAIS, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información veraz, completa y oportuna. Como consecuencia se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los recursos que se encuentren en la cuenta individual de la demandante. Condenar a Colpensiones a que admita a la demandante y condenar a las demandadas a las costas del proceso. (fol. 5 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: actualmente cuenta con 56 años de edad; que el 17 de septiembre de 1984 se afilió al RPMPD (ISS); que fue abordada por una promotora de la AFP PORVENIR S.A. en el mes de septiembre de 1999, quien le planteó la posibilidad de obtener una mesada pensional más favorable y en menor tiempo si se trasladaba al RAIS; que el asesor no cumplió con su deber de proporcionarle una información completa y comprensible ; que el 1º de octubre de 1999 se consolidó el traslado de régimen pensional; que tiene cotizadas 1230 semanas; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 42); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda señalando que es la AFP PRIVADA quien debe probar en qué circunstancias se realizó el traslado y probarlo, por lo que se atendrá a lo que se demuestre dentro del proceso. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios. (fol. 43 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda argumentando que la afiliación de la demandante a dicha entidad se produjo mediante solicitud de vinculación suscrita el 17/09/1999 la cual se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hizo constar la demandante al firmar el formulario de afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., ausencia de responsabilidad atribuible a la demanda y la genérica. (fol. 64 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de agosto del 2019 en la que declaró la ineficacia y/o nulidad del traslado de la demandante al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a que traslade todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses. Ordenar a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante y activar su afiliación como si nunca se hubiese trasladado. (C.D. fol. 100 Min. 41:54).

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no importa si tenía transición o no. Que el derecho a reclamar la nulidad del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no existe prueba de que el asesor haya forzado a la demandante para que firmara el formulario. No se puede hablar de ningún vicio del consentimiento. Que la demandante pudo haber solicitado información al fondo privado. Que la demandante era una profesional. Que le dio asesorías con posterioridad al traslado. Que no se deben devolver ni los rendimientos financieros, ni los gastos de administración. (C.D. fol. 100 Min. 1:09:33).

7. Alegatos AFP PORVENIR. Manifiesta que es importante resaltar que todos los funcionarios de dicha entidad son instruidos y capacitados para que siempre suministren la información completa y necesaria de forma tal que los potenciales afiliados puedan tomar la decisión que más le convenga. Que las asesorías verbales son totalmente válidas, pues para la época en que se trasladó la demandante la norma no decía de que forma se debían realizar la asesoría, es decir, que no existía la obligación de documentar las asesorías.

8. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia en su totalidad, toda vez que se ajusta completamente a derecho, pues la decisión tomada por el A quo correspondió a una interpretación probatoria adecuada y completa.

9. Alegatos Colpensiones. Indica que no se puede acceder a las pretensiones de la demandante, pues se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003. Que se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiara en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿La demandante es quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¡Debe declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS por omisión de la información al momento del traslado?; (iii) ¡La AFP PORVENIR S.A. está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y los rendimientos que se generaron?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen pensional- No nulidad

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS y que el Juez señaló que declaraba la nulidad y/o ineficacia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Luz Mariela Delgado Murillo cotizó al ISS entre el 17 de septiembre de 1984 al 30 de septiembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Exp. adtivo. fol. 57) y que el 17 de septiembre de 1999, firmó el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fol. 32)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria cuando se pretende declarar la ineficacia del traslado, debe decirse que contrario a lo señalado por la apoderada de COLPENSIONES, recae en la administradora de fondos de pensiones y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que el afiliado se encuentre en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponde al afiliado, sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en los silencios que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

De ninguna prueba obrante en el proceso se advierte que la AFP haya enterado de manera clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, lo cual era su carga probatoria. Ahora, frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo

cual no probó la AFP PORVENIR haberle informado a la demandante, no siendo suficiente con que el actor tuviera conocimiento de que podía hacer aportes voluntarios y pensionarse a cualquier edad.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP si estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, independientemente de si era profesional o no. Siendo claro que cualquier asesoría que le haya sido brindada con posterioridad al momento en que se realizó el traslado o el simple paso del tiempo, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP al momento de su traslado de régimen, pues se reitera que la Corte fue clara al señalar que lo que se debe revisar en estos casos es sí a la afiliada se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración y rendimientos financieros

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar contrario a lo afirmado en la alzada por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A. que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP PORVENIR los **aportes** efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante, pues es claro que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta **imprescriptible** y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 12 de agosto del 2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá,

en tanto declaró la nulidad del traslado, para en su lugar declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO de Régimen Pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

TERCERO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EUFRACINA QUIROZ CUERVO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA (ANTES TEXAS PETROLEUM COMPANY)***
RADICACIÓN:	***23-2018-00281-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DE MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA Y CHEVRON PETROLEUM COMPANY Y CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE HAYA SIDO DESFAVORABLE)***
TEMA:	***CALCULO ACTUARIAL + PENSIÓN DE JUBILACIÓN***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EUFRACINA QUIROZ CUERVO instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Mansarovar Energy Colombia Ltda con el fin de que se declare que entre la demandante y la empresa demandada (antes OMIMEX DE COLOMBIA LTDA que por sustitución patronal le efectúo TEXAS PETROLEUM COMPANY) existieron dos relaciones laborales (i) del 12 de abril de 1984 al 18 de noviembre de 1984 y el (ii) del 12 de abril de 1984 (sic) y el 27 de diciembre de 1994[1]. Que se condene a Mansarovar Energy Colombia Ltda a pagar los aportes pensionales por los anteriores períodos, por haber omitido afiliar a la demandante al Sistema General de Pensiones. Condenar a Colpensiones a que establezca cual es el valor del cálculo actuarial, el cual se debe condenar a Mansarovar Energy Colombia Ltda a pagar el valor de dicho cálculo. Se condene a Colpensiones a pagarle la pensión de vejez a la que tiene derecho y a pagar

[1] Así lo señalaron en la demanda

las mesadas adeudadas de manera indexada junto con las costas del proceso. (fol. 9 y s.s. y 54 y s.s. subsanación). -

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: fue contratada prestar sus servicios como auxiliar de enfermería, inicialmente mediante contratos a término fijo entre el 12 de abril de 1982 al 18 de noviembre de 1984 y que posteriormente se cambió la modalidad de su vinculación a término indefinido entre el 19 de noviembre de 1984 al 27 de diciembre de 1994; que su empleador no la afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones, lo cual equivale a 170.28 semanas dejadas de cotizar; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión de jubilación sin obtener una respuesta favorable, señalando que no contaba con 750 semanas a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 para conservar el régimen de transición, las cuales alcanza con las semanas dejadas de cotizar; que el empleador debe pagar el correspondiente cálculo actuaria a Colpensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 61); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que ni se opone, ni se allana a las pretensiones dirigidas contra el empleador. Que se opone a que se le reconozca una pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, pues no cuenta con las semanas exigidas. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fol. 64 y s.s.)

4. Contestación de Mansarovar Energy Colombia Ltda. Contestó la demanda aceptando únicamente la existencia del contrato de trabajo entre el 19 de noviembre de 1984 al 26 de diciembre de 1994. Indicó que inicialmente ese contrato fue celebrado por TEXAS PETROLEUM COMPANY habiendo operado una sustitución patronal con MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA antes OMIMEX DE COLOMBIA LTDA. Que frente a la declaratoria del contrato existe cosa juzgada como quiera que en el proceso bajo el radicado 06199531101, adelantado en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada se declaró que la demandante sostuvo dos contratos (i) entre el 12 de abril de 1982 al 11 de noviembre de 1994 en el que fungió como único y verdadero empleador TEXAS PETROLEUM COMPANY y el segundo del 19 de noviembre de 1984 al 26 de diciembre de 1994 en el que fungió como último empleador OMIMEX DE COLOMBIA LTDA hoy MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA por efectos de la sustitución patronal acaecida el 15 de diciembre de 1994. Que dicha entidad asumió los aportes para los riesgos de IVM correspondiente al período que tuvo vigencia el contrato como puede observarse de las Resoluciones de Colpensiones. Propuso como excepciones previas las de cosa juzgada y las de fondo de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y prescripción. (fol. 98 y s.s.)

5. Integración del litisconsorcio necesario. Mediante auto proferido en la audiencia del 12 de marzo del 2019 el fallador de primera instancia ordenó vincular como litisconsorcio necesario a la sociedad TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY.

6. Contestación de la demanda CHEVRON PETROLEUN COMPANY. Contestó la demanda señalando que la demandante laboró para dicha entidad mediante contrato de trabajo a término fijo del 12 de abril de 1982 al 11 de noviembre de 1984 y del 19 de noviembre de 1984 y se presentó sustitución patronal a partir del 15 de diciembre de 1994 con OMIMEX DE COLOMBIA LTDA. Señaló que no se afilió a la demandante pues para la fecha en que laboró en dicha entidad el ISS no había llamado a inscripción a las empresas petroleras. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, prescripción y las demás que se demuestren dentro del proceso y que puedan ser declaradas de oficio. (fol. 293 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de noviembre del 2019 en la que el fallador de primera instancia:
(i) Condenó a la demandada TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión por el período comprendido entre el 12 de abril de 1982 al 11 de noviembre de 1984 a satisfacción de Colpensiones.
(ii) Condenó a la compañía MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA antes OMIMEX DE COLOMBIA LTDA a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión por el período comprendido entre el 1° de abril al 26 de diciembre de 1994 a satisfacción de Colpensiones. (CD fol. 323 mit.)
(iii) Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al actor una pensión de jubilación por aportes causada a partir del 9 de febrero del 2011 pero que será exigible una vez se acredite el retiro del servicio o del sistema pensional cuya cuantía inicial será de $828.116 que corresponde al salario mínimo para la época, la cual se pagará en 14 mesadas.
(iv) declaró probada la excepción de cosa juzgada y declaró no probadas las demás excepciones.

Su decisión se basó en que existe cosa juzga en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y los extremos con cada una de las demandadas. Que teniendo en cuenta los períodos no cotizados se impone pagar por ellos el cálculo actuarial pues conforme a la sentencia de la CSJ así no existiera el llamado a inscribir el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones que no se efectuaron. Que la demandante es beneficiaria del régimen de transición el cual conservó hasta el 31 de diciembre del 2014. Que cumple con los requisitos de la ley 71 de 1988. Que la pensión la causó desde el 9 de diciembre del 2011 por lo que tiene derecho a 14 mesadas. Que su pensión debe ser liquidada conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando una tasa de reemplazo del 75%. Que puede disfrutar su pensión una vez deje de laborar y se desafilie del sistema. Que liquida la pensión lo cual le arroja una mesada de salario mínimo.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Mansarovar Energy Colombia** interpuso recurso de apelación argumentando

que la sustitución patronal se dio desde el 15 de diciembre de 1994, por lo que quien debe pagar los aportes a los que fue condenada es Chevron. Que en caso de no prosperar lo anterior se debe declarar solidariamente responsable a Chevron.

9. Recurso de Apelación. Inconforme con la anterior decisión, **Chevron Petroleum Company,** interpuso recurso de apelación insistiendo en que se revoque la condena en su contra, ante la imposibilidad legal de afiliar a la demandante en los períodos en que fue condenada y que se le condene a pagar únicamente el % que como empleador le corresponde de la cotización.

10. Alegatos CHEVRON PETROLEUM COMPANY. Manifestó que insistía en el recurso de apelación interpuesto ante el A quo. Dijo que, durante el período laborado por la demandante mediante contrato a término fijo entre el 12 de abril de 1982 al 11 de noviembre de 1984, la actora no fue afiliada a Sistema Integral de Seguridad Social por parte de Texas Petroleum Company no por omisión, sino por una imposibilidad legal insuperable, debido a que el ISS no llamó a inscripción a las empresas petroleras como la demandada sino hasta finales del año 1993.

11. Alegatos Colpensiones. Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia señalando que la demandante no conservó el régimen de transición con posterioridad al 31 de julio del 2010, pues no cuenta con las 750 semanas exigidas por el AL 01 del 2005 y que no cuenta con las semanas exigidas por la Ley 71 de 1988.

12. Alegatos MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. Indicó que tal y como lo explicó desde la contestación de la demanda y como quedó demostrado en el proceso, específicamente en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la sustitución patronal entre OMIMEX DE COLOMBIA LTDA y TEXAS PETROLEUM COMPANY se dio el 15 de diciembre de 1994, de forma que la demandante para los períodos que se reclaman prestó sus servicios a la entidad TEXAS PETROLEUM COMPANY debe cobrarle directamente a la empresa TEXAS PETROLEUM COMPANY.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las demandadas se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Igualmente se conocerá en consulta en favor de Colpensiones lo que le haya sido desfavorable de acuerdo al art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa Mansarovar Energy Colombia de pagar los aportes a seguridad social durante del 1° de abril de 1994

al 27 de diciembre de 1994 y en caso afirmativo, si se debe declarar solidariamente responsable a Chevron Petroleum Company?; (ii) ¿Se debe condenar a Chevron Petroleum Company a pagar el cálculo actuarial por el tiempo laborado entre el 12 de abril de 1982 y el 11 de noviembre de 1984, a pesar de la imposibilidad legal de afiliarlo pues el ISS no había llamado a inscripción para esa época a las petroleras y en caso afirmativo, sólo debe responder por el porcentaje que como empleador le corresponde de la cotización?; (iii) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?; (iv) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988?

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe señalar la Sala que acertó el fallador de primera instancia al declarar probada la excepción de cosa juzgada en relación con la existencia del contrato de trabajo que unió a la demandante con las empresas demandadas y los extremos del mismo, como quiera que dentro del proceso adelantado en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito, el cual fue conocido por esta Corporación como se observa a folio 114 y s.s. en el que mediante sentencia del 16 de marzo del 2001, se determinó que la demandante sostuvo los siguientes contratos los cuales fueron independientes el uno de otro, así:

(i) Con la empresa TEXAS PETROLEUM hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY un contrato de trabajo entre el 12 de abril de 1984 y el 11 de noviembre de 1984.

(ii) Con la empresa OMIMEX DE COLOMBIA del 19 de noviembre de 1984 al 26 de diciembre de 1994 y que en relación con esta empresa operó la sustitución patronal el 15 de diciembre de 1994, con la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

Cálculo actuarial por los aportes a pensión

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si a la empresa Mansarovar Energy Colombia Ltda le corresponde pagar el cálculo actuarial por los aportes a pensión entre el 1° de abril de 1994 y el 27 de diciembre de 1994, debe señalársele a su apoderada, que no es de recibo su inconformidad, como quiera que no puede pretender que sea la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY quien asuma dicha obligación, bajo el argumento de que la sustitución patronal se dio desde el 15 de diciembre de 1994, esto es, con posterioridad a la fecha en que se causaron los aportes a los que fue condenada, como quiera que desde el fallo del 16 de marzo del 2001, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado, se dejó sentado -como ya se dijo- que la demandante tuvo dos contratos independientes, uno con Texas Petroleum hoy Chevron Petroleum y el otro con OMIMEX DE COLOMBIA respecto del cual se declaró la sustitución patronal con la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

Ahora, en cuanto a que se declare una supuesta solidaridad, no se hará ningún pronunciamiento como quiera que este argumento no fue planteado como excepción al contestar la demanda, se trata de un hecho nuevo que no fue debatido dentro del proceso, no siendo de recibo además la justificación de la apoderada de la empresa Mansarovar Energy Colombia quien señala que no lo planteó al contestar la demanda, pues no se había vinculado a la empresa Chevron Petroleum Company, como quiera que precisamente ese era el momento procesal oportuno para solicitar la integración de la empresa Chevron y la supuesta solidaridad ahora alegada.

Aportes a Seguridad social a cargo de TEXAS PETROLEUM COMPANY HOY CHEVRON PETROLEUM COMPANY- No obligación de afiliación para las empresas de la industria petrolera

En el presente caso, no se discute que el actor prestó sus servicios para la empresa condenada entre el el 12 de abril de 1982 al 11 de noviembre de 1984; que dicha empresa hace parte de la industria petrolera y que el llamado a inscripción en este sector se produjo a partir del 1º de octubre de 1993, con la Resolución Nº 4250 del mismo año; razón por la cual la empresa no efectúo las cotizaciones pensionales correspondientes.

Para resolver el problema jurídico que centra la atención de la Sala basta con remitirnos a la nueva postura de la H. CSJ entre otras en la sentencia SL 2903-2018 y SL 543-2020 en la que se señaló que si bien es cierto no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente *"omisivo"*, habida cuenta de que la falta de cotización al ISS, fue por falta de llamado a inscripción lo cierto es que por el hecho de no existir una norma reguladora del pago de dichas cotizaciones, no se puede perjudicar al trabajador quien prestó sus servicios y por tanto tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligaciones de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado; y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Porcentaje para el cálculo actuarial

Debe indicarse al apoderado de la empresa ***TEXAS PETROLEUM COMPANY HOY CHEVRON PETROLEUM COMPANY*** que no es de recibo su solicitud en la que pide que se tenga en cuenta para realizar el cálculo actuarial únicamente el porcentaje que debía asumir el empleador de la cotización, pues este es un argumento nuevo que no fue planteado en sus excepciones al contestar la demanda, por lo que no fue discutido dentro del presente proceso y por tanto, esta Sala no puede realizar ningún pronunciamiento al respecto.

En consecuencia, se confirma la condena impartida en primera instancia por lo que la empresa ***TEXAS PETROLEUM COMPANY HOY CHEVRON***

PETROLEUM COMPANY deberá pagar la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore el ISS.

Entidad encargada de realizar el cálculo actuarial

Teniendo en cuenta que se ordenó a la empresa demandada pagar los aportes a pensión por el período en que no se encontraba afiliada la demandante, es claro que éste pago debe hacerse mediante cálculo actuarial previamente elaborado por Colpensiones entidad a la cual se le va hacer el pago. Por lo que se confirma dicha condena.

Pensión de jubilación Ley 71 de 1988

Para determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación a la que fue condenada en primera instancia, debe iniciar la Sala por señalar que acertó el a quo al establecer que la demandante era beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones el 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, pues nació el 9 de febrero de 1956, como da cuenta su registro civil de nacimiento visible a folio 26.

Adicionalmente, se debe señalar que la demandante conservó dicho régimen hasta el 31 de diciembre del 2014, pues a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005, contaba con 811.72 semanas (488.57 cotizadas a Colpensiones fol. 168 +25.98 semanas Hospital Regional Moniquirá fol. 28 +124.70 Hospital José Cayetano fol. 14 + 134.08 semanas de Texas Petroleum Company + 38.39 semanas de Mansarovar Energy Colombia)

Por tanto, la pensión de la demandante debe ser estudiada bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, cuyos requisitos cumple, pues alcanzó los 55 años de edad el 9 de febrero del 2011, al haber nacido el mismo día y mes del año 1956, como da cuenta su registro civil de nacimiento visible a folio 26. Fecha para la cual ya contaba con 20 años, 6 meses y 196 días, por lo que dejó causado su derecho. Sin embargo, sólo entrara a disfrutar de ella desde la desafiliación del sistema, la cual deberá liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, no siendo posible cuantificarla pues no se sabe en que fecha la demandante se va a desafiliar del sistema. Y tendrá derecho a 14 mesadas siempre y cuando cumpla con lo establecido en el AL 01 del 2005.

De otro lado, deberá adicionarse la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de ordenar a COLPENSIONES que efectúe el reconocimiento de la pensión una vez MANSAROVAER ENERGY COLOMBIA LTDA Y CHEVRON PETROLEUM COMPANY efectúen el pago de los aportes objeto de condena, pues es sobre éstos que se está ordenando la pensión y por ende, los que van a financiar la misma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 14 de noviembre del 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante una pensión de jubilación a partir de la fecha en que se produzca la desafiliación del sistema, cuyo IBL deberá liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, y 14 mesadas pensionales, siempre y cuando cumpla con lo establecido en el AL 01 del 2005, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de establecer que COLPENSIONES efectuará el reconocimiento de la pensión una vez MANSAROVAER ENERGY COLOMBIA LTDA Y CHEVRON PETROLEUM COMPANY, efectúen el pago de los aportes objeto de condena, pues es sobre éstos que se está ordenando la pensión y, por ende, los que van a financiar la misma.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas. Se fijan como agencias en derecho la suma de $550.000 las cuales serán liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSÈ DE JESÙS CASCANTE PINTO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***07-2018-00227-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE Y NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JÉREZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado de la demandante se realizó con su consentimiento y conforme a la norma. Propuso como

excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas y la genérica. (fol. 87 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. La AFP PROTECCIÓN contestó con oposición señalando que el contrato de afiliación celebrado entre el demandante y la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN es plenamente válido y produjo efectos jurídicos. Que no existió ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 113 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de octubre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 177 Min. 4:34)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada. Que no demostró que brindó la información necesaria. Que no bastaba con la firma del formulario. Que no importaba si era beneficiario del régimen de transición. Que el derecho a reclamar la ineficacia no prescribe.

6. Impugnación de COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que se dio pleno cumplimiento a la normatividad vigente. Que no era necesario documentar la información brindada. Si se dio la información requerida. No se probó un vicio del consentimiento. Se afecta la sostenibilidad financiera. No se puede trasladar le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. No se debe condenar en costas por no haber tenido injerencia en el traslado. No se acercó al RAIS a solicitar información.

7. Alegatos demandante. Indicó que la jurisprudencia ha reiterado que la carga de la prueba radica en la entidad demandada, la cual a lo largo del proceso fue insatisfactoria, insuficiente y por demás inocua. Señala que se debe aplicar el criterio jurisprudencial de la CSJ.

8. Alegatos Colpensiones. Manifestó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 del 2003 por lo que no pueden salir avantes sus pretensiones y que no probó la existencia de un vicio del consentimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar

el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vii) ¿Se debe condenar en costas a COLPENSIONES?

Ineficacia del traslado de régimen pensional – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que, el señor José de Jesús Cascante Pinto, cotizó al ISS entre el 24 de mayo de 1991 al 28 de febrero del 2003, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 35), que el 18 de marzo del 2003 firmó la solicitud de afiliación a la AFP SANTANDER S.A. hoy AFP PROTECCIÓN S.A. conforme aparece en el formulario de afiliación (FOL.123) y en la certificación expedida por la AFP (fol. 50)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la

decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que el demandante realizó el traslado al RAIS –año 1995-2003- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al demandante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Y si bien como lo señala el apoderado de Colpensiones, no existía la obligación de plasmar en documentos la información brindada a los afiliados, lo cierto es que si debían probar por cualquier medio que se había brindado dicha información, lo cual no se hizo.

Ahora, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que no era el accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era la AFP PRIVADA la que debía brindar la información requerida al momento del traslado.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que **no puede aceptarse el traslado** porque al demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración, rendimientos y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas

En cuanto a la solicitud de COLPENSIONES de que se le exonere del pago de costas debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP se condena en costas a la parte vencida en el proceso y además dicha entidad se opuso a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de octubre del 2019 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor José de Jesús Cascante Pinto de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ AMPARO DUQUE GONZÀLEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A. – NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO***
RADICACIÓN:	***11001-31050-23-2017-00465-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA DEMANDANTE – AFP COLFONDOS Y COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES LO QUE NO HAYA SIDO APELADO***
TEMA:	***INEFICACIA DEL TRASLADO + PENSIÒN DE VEJEZ***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA como apoderada de COLFONDOS S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido, allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ AMPARO DUQUE GONZÁLEZ instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS S.A., solicitando se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP COLFONDOS que traslade todos los aportes recibidos a Colpensiones. Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s. y 37 y s.s, subsanación).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 26 de enero de 1956, por lo que actualmente cuenta con 61 años de edad; que cotizó al ISS desde el 2 de febrero de 1983; que se trasladó a la AFP COLFONDOS en el año 2000; que al momento de trasladarse contaba con 813 semanas cotizadas al RPMPD; que la AFP COLFONDOS no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 38 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; que su pensión debe reconocerse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable; que COLFONDOS le notificó al lugar de su residencia la Resolución de Reconocimiento de Pensión de Vejez del 27 de octubre del 2016 en cuantía de

$1’256.717 la cual se le reconocería a partir de noviembre del 2016; que a la fecha no ha aceptado el reconocimiento de la pensión del RAIS.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 68); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que ni se allana ni se opone, pues no es posible realizar pronunciamiento alguno respecto a la solicitud de nulidad como quiera que va dirigida contra la AFP COLFONDOS S.A.. Se opone al reconocimiento de la pensión de vejez como quiera que actualmente la demandante se encuentra afiliada a la AFP COLFONDOS S.A. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fol. 70 y s.s.).

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra, indicando que la vinculación de la demandante no fue efectuada bajo ningún vicio del consentimiento y que la demandante suscribió de manera libre el formulario de vinculación al RAIS. Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, saneamiento de cualquier presunta nulidad en la afiliación, buena fe, compensación, pago, mala fe de la demandante y la genérica. (fols. 126 y s.s.).

5. Integración del litisconsorcio necesario. En audiencia del 8 de febrero del 2019 al resolver la excepción previa denominada falta de integración del litisconsorcio necesario la falladora de primera instancia ordenó la vinculación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – oficina de bonos pensionales (fol. 206)

6. Contestación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no cumple funciones de administradora de pensiones de ningún régimen pensional, y por tanto, no tiene competencia para determinar la afiliación y/o traslado de régimen. Indicó que ha cumplido en su totalidad con la obligación que le corresponde asumir en el caso de la demandante, al emitir y redimir el bono tipo A de la demandante. Que previo al hacer el traslado de régimen COLFONDOS debe reintegrar el valor del bono pensional. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, improcedencia del traslado de la demandante a Colpensiones, obligación legal de reintegrar los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, ante la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, buena fe y la genérica. (fol. 208 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de septiembre del 2019, en la que el Juzgado declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por ningún otro concepto. Ordenó a COLFONDOS restituir al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional de

manera íntegra. Declaró que la demandante se debe entender afiliada al RPMPD. Declaró que la demandante cumplió requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del A. 049/90, por lo que ordena a Colpensiones que le reconozca la pensión desde la desafiliación al sistema, la cual deberá liquidar con el IBL de los últimos 10 años y con una tasa de reemplazo del 90%, en 13 mesadas al año y junto con los reajustes de Ley. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (C.D. fol. 268 Min.4:43).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria en las ineficacias del traslado corresponde a la AFP PRIVADA. Que la AFP COLFONDOS no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado al RAIS. Que la demandante cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Que se debe pagar en 13 mesadas atendiendo el AL 01 del 2005. Que se debe ordenar al pago de la pensión a partir de la desafiliación del sistema. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

8. Recurso de apelación parte demandante. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación argumentando que la pensión se debe reconocer desde el 26 de enero del 2011 fecha para la cual ya tenía causado el derecho y no desde la desafiliación del sistema, pues debió seguir cotizando fue por el error de la AFP PRIVADA.

9. Impugnación AFP Colfondos. Argumentó que no se probó ningún vicio del consentimiento. Que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria y prueba de ello es que firmó el formulario de afiliación. Que la nulidad pretendida se saneó al haber permanecido más de 20 años en el RAIS. Que no se puede devolver la totalidad del bono pensiona, pues la demandante alcanzó a recibir mesadas pensionales. Que al solicitar el bono y la pensión la demandante ratificó su intención de permanecer en el RAIS. Que no se debe ordenar devolver las sumas descontadas por gastos de administración los cuales se cobran conforme a la ley, ni tampoco se debe ordenar devolver los rendimientos. Que no se debe condenar en costas, pues su actuar estuvo revestido de buena fe.

10. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que la nulidad se saneó al haber permanecido en el RAIS durante 20 años. Que la demandante debía haberse acercado a las oficinas de la AFP PRIVADA a solicitar información. Que se afecta la sostenibilidad financiera pues durante 20 años cotizó al RAIS. Que perdió la transición, pues la Corte señaló que sólo la recuperaban los que a la entrada en vigencia de la Ley 100 tuvieran 15 años de servicio, los cuales no tiene la demandante.

11. Alegatos Colpensiones. Indicó que el fallador de primera instancia invirtió la carga de la prueba pues colocó en cabeza de la AFP COLFONDOS la obligación de probar que había brindado la información suficiente al momento del traslado. Que se debe verificar la sostenibilidad financiera.

8. Alegatos AFP COLFONDOS (Decreto 806 del 2020). La apoderada de la AFP COLFONDOS manifestó que teniendo en cuenta que no habían interpuesto ningún recurso contra la sentencia proferida en primera instancia, no presentarían alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por el demandante, Colpensiones y la AFP COLFONDOS S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Igualmente, se conocerá en consulta en favor de Colpensiones lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen y si el hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) ¿Es necesario ser beneficiario del régimen de transición, tener una expectativa legitima o un derecho adquirido para que proceda la ineficacia de traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Se debe devolver la totalidad del bono pensional?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vii) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición?; (viii) ¿La accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión con Acuerdo 049 de 1990? y (ix) ¿Se debe condenar en costas a la AFP COLFONDOS?

Ineficacia del traslado de régimen Pensional – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que *el* estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Luz Amparo Duque González cotizó al ISS entre el 1° de febrero de 1983 al 31 de agosto de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 91) y que el 14 de agosto del 2010 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS, según se constata en el formulario de afiliación (fol. 147), traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de octubre del 2000, según la certificación expedida por dicha AFP (fol. 146).

Igualmente aparece probado que la AFP COLFONDOS le informó a la demandante mediante comunicación del 27 de octubre del 2016 que una vez verificada el saldo de su cuenta de ahorro individual, se encontró que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, por lo que se aprobó su solicitud de pensión de vejez. Se le señaló además que si decide acogerse al pago de la mesada bajo la modalidad de retiro programado la mensualidad que le corresponde será de $1’256.717 pagaderos a partir del mes de noviembre del 2016 y que la mensualidad de su pensión sería recalculada todos los años en el mes de enero. No se anexo ninguna prueba de que efectivamente la pensión que le fue aprobada a la demandante, a partir de qué fecha se le comenzó a pagar y que mesadas ha recibido hasta el momento.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría. Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 2000- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A., , pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladaron al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente les perjudica. No siendo de recibo el argumento de COLPENSIONES en el que señala que la demandante debió haberse acercado a las oficinas de la AFP a solicitar que se le brindara la información requerida, como quiera que no era la demandante quien debía buscar dicha información sino por el contrario era obligación de la AFP haber brindado la información al momento del traslado.

Siendo claro que el simple paso del tiempo, ni el hecho de haber solicitado el bono pensional o el estudio de la pensión de vejez en el RAIS como lo pretenden las demandadas, no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración, rendimientos y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a

Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Devolución de la totalidad del bono pensional

Con el fin de establecer si la AFP COLFONDOS debe devolver la totalidad del bono pensional debe señalarse (i) que a pesar de que se indica en la alzada que el monto del bono pensional se vio disminuido, pues la demandante alcanzó a recibir mesadas pensionales de dicha entidad, lo cierto es que no prueba dicha afirmación y (ii) conforme al criterio de nuestra CSJ, vertido entre otras, en la sentencia SL 4933-2019, en virtud de lo previsto en el art. 963 del C.C., al advertirse el actuar indebido de la AFP, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea lo correspondiente a lo pagado por mesadas pensionales o al valor del bono pensional. Sin embargo, el error del fallador de primera consistió en ordenar que el valor del bono pensional se devolviera a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando la CSJ ha indicado que debe trasladarse a Colpensiones para ayudar a financiar la pensión.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del problema jurídico que gira en torno a determinar si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume, de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Beneficiario del régimen de transición

La demandante es beneficiaria del régimen de transición, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad siendo mujer. Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, como quiera que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005, había cotizado 1042.89 semanas (815.86 semanas cotizadas a Colpensiones + 227.03 semanas cotizadas al RAIS).

Es necesario precisar, que no es de recibo el argumento del Colpensiones cuando señala en su apelación que al haberse devuelto la demandante al RPMPD después de haberse trasladado al RAIS, perdió el régimen de transición, pues no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una ineficacia del traslado, en el que las cosas vuelven al estado anterior en que se encontraban, como si nunca se hubiese existido traslado del RPMPD.

Pensión con Acuerdo 049 de 1990

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que cumplió los 55 años de edad el 26 de enero del 2011, por haber nacido el mismo día y mes del año 1956, como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 14.

Adicionalmente, logró cotizar al 31 de diciembre del 2014 un total de 1059.49 semanas (815.86 semanas a Colpensiones + 243.63 semanas al RAIS), por lo que cumplió con las semanas requeridas por dicha normatividad.

Es necesario señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida se necesita la desafiliación del sistema conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, no siendo posible reconocer la pensión a partir del 26 de enero del 2011, fecha en que causó el derecho, como quiera que con posterioridad a esa fecha siguió cotizando al sistema. Adicionalmente, no es de recibo el argumento de la demandante en el que señala que la AFP la indujo a error, por lo que siguió cotizando, por tratarse de un hecho nuevo que no fue debatido dentro del presente proceso.

Finalmente, debe señalarse que acertó el a quo cuando estableció que la pensión de la actora debía liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 a la señora Duque González le hacían falta más de 10 años para pensionarse (criterio expuesto por la CSJ sentencia SL 456-2020) y se le debía aplicar una tasa de reemplazo del 90%, conforme lo dispone el art. 20 del Acuerdo 049 de 1990.}

Costas

En cuanto al problema jurídico tendiente a determinar si es viable absolver de la condena en costas impuesta a COLFONDOS, debe señalarse que no es de recibo la

solicitud del apelante, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso corresponde a COLFONDOS.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***AURA STELLA FERNÀNDEZ GALVIS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***22-2018-00287-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.*** ***CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE Y NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARÍA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR contestó con oposición señalando que el traslado de régimen se efectúo con el lleno de los requisitos legales. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para

pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 91 y s.s.)

4. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que efectivamente se presentó algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica. (fol. 115 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 1° de octubre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones y rendimientos financieros. Ordenó a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 164 Min. 4:34)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada. Que no demostró que brindó la información necesaria. Que no bastaba con la firma del formulario. Que no importaba si era beneficiario del régimen de transición o si tenía un derecho adquirido. Que el derecho a reclamar la ineficacia no prescribe.

6. Impugnación de COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que la demandante si fue asesorada correctamente y prueba de ello es que firmó el formulario de afiliación.

7. Recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A. Argumentó que la información que se exigía al momento del traslado no era la misma que se exige ahora. Que no puede aplicarse la jurisprudencia de la CSJ pues en ellas se estudiaban casos de personas beneficiarias del régimen de transición. Que no se debe ordenar devolver los gastos de administración, ni los rendimientos.

8. Alegatos Colpensiones. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, pues no se probó ningún vicio del consentimiento. Que la demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993. Que en caso de declararse la ineficacia al momento de impartir una condena se supedite a la devolución de las sumas de dinero correspondiente.

9. Alegatos demandante. Afirmó que en el desarrollo del proceso se pudo establecer claramente que la AFP PORVENIR para el momento del traslado no ofreció a la actora la información necesaria para que ella contara con elementos de juicio clara y objetivo. Que el traslado de régimen no cumplió con los requisitos establecidos por la CSJ.

10. Alegatos AFP PORVENIR. Indica que se debe reiterar que la información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladaron de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Aura Stella Fernández Galvis cotizó a la Caja de Previsión Social del Municipio de Sasaima del 1° de abril de 1984 al 30 de diciembre de 1986 y del 18 de junio de 1988 al 1° de diciembre de 1989, conforme al certificado para bonos pensionales (fol. 44); que cotizó al ISS entre el 1° de octubre de 1997 al 31 de enero de 1998, de acuerdo a la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 39) y que el 19 de octubre de 1998 firmó la solicitud de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 27).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en

torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-2002- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la accionante acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y si bien es cierto, como lo dice la AFP PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, la información que se exigía brindar para la fecha del traslado no era la misma que se exige hoy en día, lo cierto es que la señora Aura Stella Fernández Galvis no confesó ni la AFP privada demostró que le había informado lo requerido para el año 1998.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994

"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" el cual en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón a la AFP PORVENIR al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones y los correspondientes rendimientos

al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad

del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 1° de octubre del 2019 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Aura Stella Fernández Galvis de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GLORIA ISABEL CARO SUÁREZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP OLD MUTUAL S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***26-2019-00716-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP OLD MUTUAL CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PROTECCIÓN y no probó error

fuerza o dolo en la afiliación al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, falta de reclamación administrativa y buena fe. (fol. 68 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. La AFP OLD MUTUAL S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no participó en el traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN. Que dicho traslado se realizó previa asesoría y cumpliendo los requisitos de ley. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (fol. 87 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el contrato de afiliación que suscribió con la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en la misma confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, especialmente la manifestación de su voluntad. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 147 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 14 de febrero del 2020, en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP OLD MUTUAL que transfiera a COLPENSIONES la totalidad de los aportes hechos por la demandante junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma por concepto de administración. Condenó a Colpensiones para que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas. (C.D. fol. 192 Min. 32:32).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA quien no demostró haber brindado la información requerida al momento del traslado. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

7. Impugnación de la AFP OLD MUTUAL impugnó la decisión argumentando que no se debe ordenar devolver los gastos de administración pues este descuento está permitido por la Ley 100 de 1993 y ya se utilizó. Que tampoco se deben devolver los rendimientos los cuales son propios del RAIS.

8. Alegatos COLPENSIONES (Decreto 806 del 2020). Señaló que la demandante se encuentra en la prohibición del art. 1° del Decreto Ley 3800 del 2003 que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión. Que el formulario de afiliación firmado se encuentra vigente y conserva toda la presunción de legalidad frente al ordenamiento jurídico. Que antes del 2014 no existía la obligación de hacer simulaciones. Que se está descapitalizando el Sistema General de Pensiones.

9. Alegatos SKANDIA (Decreto 806 del 2020). Indicó que la afiliación de la demandante fue precedida del conocimiento del régimen del ahorro individual con solidaridad. Dijo que las asesorías que se brindan por parte de Skandia se realicen por personal capacitado, idóneo y capacitado u por ende gozan de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las AFP PRIVADAS se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios** ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la accionante?, y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Gloria Isabel Caro Suárez cotizó al ISS entre el 15 de marzo de 1978 al 31 de julio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 17) y que se trasladó a la AFP PPROTECCIÓN S.A. el 18 de julio de 1994 conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 164) y posteriormente, el 26 de enero del 2017 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fol. 95)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que las demandantes realizaron el traslado al RAIS –año 1994-2003- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Elementos que no probó la AFP COLFONDOS S.A. ni la AFP OLD MUTUAL siendo claro que al escuchar el **interrogatorio** de parte rendido por la señora Luz Marina Pineda Camacho en ningún momento confesó que al momento del traslado se le haya brindado la información exigida, pues lo único que manifestó tal y como lo refirió el apoderado de Colpensiones es que sabía que el RAIS funcionaba bajo rendimientos financieros y que el asesor le dijo que iba a obtener una mesada superior, pero en ningún momento acepto ni manifestó que había sido informada sobre una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ni características, ventajas y desventajas que es lo que exige la jurisprudencia de la CSJ.

Igual situación sucede con la AFP OLD MUTUAL y la AFP PROTECCIÓN, quienes tampoco aportaron ninguna prueba que permita demostrar que la señora Gloria Isabel Caro Suarez contaba con la información requerida al momento del traslado, aspecto que tampoco fue objeto de recurso de apelación, pues su única inconformidad se refiere a los gastos de administración y rendimientos.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlas en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

See debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida el 14 de febrero del 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en consecuencia, se **ORDENA** a la AFP PROTECCIÓN S.A. reintegrar a COLPENSIONES, las sumas que descontó de la cuenta individual de la demandante por el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad **por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ROSA MARÍA DÍAZ DAZA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-38-2018-00088-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***PENSIÓN DE VEJEZ DECRETO 758 DE 1990***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. GINA LILIANA GARCÍA BUITRAGO, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rosa María Díaz Daza instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare los derechos que adquirió mediante el convenio suscrito entre Colombia y España. Como consecuencia se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión de vejez a la que tiene derecho, junto con la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 1 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 27 de agosto de 1944; que viene solicitando desde el año 2009, el reconocimiento y pago de la proporción de la pensión de vejez que le corresponde conforme al Convenio de Seguridad Social entre la república de Colombia y el Reino de España; que laboró para varias empresas en Colombia desde el 18 de marzo de 1969 al 3 de febrero de 1998, que en la Resolución DIR 22852 del 13 de diciembre del 2017 aparece que tiene acreditados 5338 días que corresponden a 762 semanas y se plantea como fecha de terminación del contrato de trabajo el 6 de agosto de 1997, contradiciendo la historia laboral en la que se evidencia que finalizó el 3 de febrero de 1998; que el Gobierno de España señala que cotizó en España un total de 2576 días que equivalen a 368 semanas; que en el año 2010 el Gobierno de España le otorgó la proporción de la pensión que le correspondía, teniendo en cuenta las semanas reportadas y

cotizadas en ambos países; que Colpensiones en la Resolución GNR 259773 del 1° de septiembre del 2016 descuenta de forma arbitrara 105.18 de las semanas cotizadas en España; que posteriormente, se contradice pues manifiesta que no evidencian los formularios ES/CO-02 los cuales habían sido tenidos en cuenta en el formulario anterior; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 50 años de edad; que cuando entró a regir el AL 01 del 2005 contaba con 944.7 semanas; que cotizó en total 1162.3 semanas; que Colpensiones no le efectúo el cobro coactivo a la empleadora CECILIA TOVAR.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 97), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que la demandante no tiene ningún derecho a que se le reconozca prestación alguna con fundamento en el Convenio suscrito entre la República de Colombia y el Reino de España como quiera que de conformidad con la Ley 1112 del 2006 la pensión debe reconocerse bajo los parámetros de la Ley 797 del 2003, no siendo posible aplicarle el régimen de transición. Indica que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros de la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de indexación, buena fe y la genérica. (fols. 98 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez a prorrata en el marco de las previsiones de la Ley 1112 del 2006, en un porcentaje equivalente al 67.46% de la pensión mínima legal mensual vigente, a partir del mes de febrero del 2015. Se ordenó la indexación de las mesadas adeudadas. Declara probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad a febrero del 2015. (C.D. fol. 139 Min.).

Su decisión se basó en que, en aplicación de la Ley 1112 del 2006, se encuentra que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años y que conservó dicho régimen hasta el 31 de diciembre del 2014, pues contaba con más de 750 semanas cuando entró a regir el AL 01 del 2005. Que en estos casos si es aplicable el régimen de transición, pues éste hace parte de la Ley 100 de 1993. Que su pensión debe estudiarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Que cumplió los 55 años de edad en el año 1999. Que contabilizados los tiempos del Reino de España la demandante alcanzó a cotizar 1130.57 semanas, por lo que la demandante cuenta con los requisitos para acceder a una pensión de vejez. Que se debe liquidar la pensión con una tasa de reemplazo del 81% sobre el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, lo cual nos arroja una suma inferior al SMMLV por lo que se concede la pensión en cuantía de salario mínimo. Que teniendo en cuenta que el Reino de España asumió el 32.54% de la pensión de la demandante le corresponde a Colpensiones asumir el 67.40% de la pensión mínima. Que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad a febrero del 2014. Que las mesadas adeudadas deben pagarse de manera indexada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando

que en el año 2010 le notificaron el desconocimiento de su derecho pensional. Que quien le indicó que tenía derecho a una pensión fue el Reino de España. Que en el año 2013 hace nuevamente el requerimiento y sólo se le dio respuesta a su solicitud en el año 2017. Que las actuaciones negligentes deben imputarse a Colpensiones, pues fue por su negligencia que no se colocó la demanda antes.

6. Alegatos Colpensiones. Indica que como quiera que el precepto legal -Ley 1112 del 2006- establece que se aplicará las reglas del Sistema General de Pensiones se entiende que el cómputo de semanas cotizadas en ESPAÑA únicamente servirá para la aplicación de la Ley 797 de 2003, es decir, no aplica para estudio de Transición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los problemas jurídicos que centra la atención de la Sala consisten en establecer (i) Sí los períodos que la demandante cotizó en España pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento y pago de una pensión por vía del régimen de transición?; (ii) Sí la demandante es beneficiaria del régimen de transición y en caso afirmativo, sí cumple con los requisitos para acceder a una pensión al amparo del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990?; en caso positivo, (iii) ¿Sí se debe declarar probada la excepción de prescripción? y (iv) ¿Sí es procedente pagar las mesadas adeudadas de manera indexada?

¿Los períodos que la demandante cotizó en España pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento y pago de una pensión por vía del régimen de transición?

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer sí es posible tener en cuenta las cotizaciones en España para el reconocimiento y pago de una pensión por vía del régimen de transición, debemos remitirnos a la Ley 1112 del 27 de diciembre del 2006 *"Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España"*, en la cual se estableció en el literal b) de su artículo 2° que:

> *"El presente Convenio se aplicará:*
> *(…)*
> *b) En Colombia:*
> *A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común"*

Por su parte, el numeral 3º establece que dicho Convenio *"… será de aplicación a los trabajadores nacionales que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes."*

El art. 9° ibídem establece que:

> *"Con excepción de lo dispuesto en el artículo 18, el trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte Contratante tendrá derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las condiciones siguientes:*

1. La Institución Competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación, teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro o cotización acreditados en esa Parte.
2. Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a prestaciones totalizando con los propios los períodos de seguro o cotización cumplidos bajo la legislación de la otra Parte…"

El anterior Convenio fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional, en sentencia C-858 del 2007, en la que señaló que *"Los artículos 8, 9 y 10 del Convenio al regular que los periodos de cotización cumplidos bajo una de las legislaciones sean tomados en cuenta al momento de realizar la totalización de éstos períodos en uno y otro Estado, hacen efectiva la protección del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Carta y de las garantías y principios del artículo 53 constitucional que protegen el derecho al trabajo. Dentro de tales principios se destaca el respeto del principio de favorabilidad, en la medida que el numeral 3 del artículo 9 del Convenio establece que para efecto del reconocimiento de las pensiones "la institución competente de cada Parte, reconocerá u abonará la prestación que sea más favorable al interesado."*

De lo anterior, se desprende, que Colpensiones es la encargada en un primer momento de verificar si la demandante tiene derecho o no a **que se le reconozca una pensión basándose en la legislación nacional vigente.**

Ahora, tal y como lo dijo el A quo y se indicó nuestra Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2541 del 22 de julio del 2020, en ningún momento en la Ley precitada se establece que la pensión deba reconocerse únicamente bajo los parámetros de la Ley 797 del 2003, por el contrario, lo estipulado es que la institución competente de cada parte determinará el derecho a las prestaciones totalizando tanto los períodos cotizados en Colombia como los de España. Se señala las cotizaciones efectuadas en España se deben entender incorporadas al Sistema General de Pensiones, dentro de las cuales se encuentra el régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, los períodos cotizados en España sí pueden tenerse en cuenta para el reconocimiento de una pensión por vía del régimen de transición.

¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición?

Respecto al segundo problema jurídico relacionado con establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, debemos señalar que en efecto lo es, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- contaba con 49 años de edad, pues nació el 27 de agosto de 1944, como da cuenta la copia de su cédula visible a folio 16, es decir tenía más de 35 años siendo mujer, conforme lo exige el art. 36 de dicha normatividad.

Adicionalmente, al revisar la historia laboral visible a folio 64, encuentra la Sala que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005 -29 de julio del 2005- contaba con **762.57 semanas**, por lo que la demandante mantuvo su régimen de transición hasta el 31 de diciembre del 2014, como acertadamente lo encontró el A quo.

¿Se cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año?

En el presente caso, la demandante cuenta con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta que cumplió los 55 años de edad el 27 de agosto de 1999, pues como ya se dijo, nació el mismo día y mes del año 1944 (fol. 6), y además alcanzó a cotizar **1119.21 semanas,** contabilizando el tiempo cotizado a Colpensiones (762.57 semanas) y el servido en España (356.64 semanas) como lo acepta la demandada en la resolución N° 039070 del 17 de diciembre del 2010, en la que además se señaló que para probar el tiempo cotizado en España, se allegó el formulario E-CO 01.

Pensión que de conformidad con el art. 13 ibídem se pagará a partir del día siguiente a la desafiliación, esto es, el **15 de mayo del 2009**, día siguiente a la última cotización (fol. 36)

Cuantía de la pensión

El artículo 15 de la Ley 1112 del 2006, establece que:

> *"Para determinar el ingreso base de liquidación para el cálculo de las prestaciones que se reconozcan en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9o, apartado 2 del presente Convenio, la Institución Competente tomará el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales haya cotizado el afiliado en Colombia durante los diez años anteriores al reconocimiento o el promedio de todo el tiempo estimado si éste fuere inferior.*
> *Cuando el período requerido para la determinación de la Base Reguladora de la pensión corresponda a períodos de seguro cubiertos en España, la Institución Competente Colombiana fijará el período de los diez años para la base de cálculo respectiva en relación con la fecha de la última cotización efectuada en Colombia.*
> *La cuantía resultante de este cálculo se ajustará hasta la fecha en que debe devengarse la prestación, de conformidad con su legislación."*

Una vez efectuadas las operaciones matemáticas de rigor, aplicando una tasa de reemplazo del 81%, se observa que arroja una suma inferior a un salario mínimo legal mensual, por lo que deberá reconocerse la pensión de vejez a la demandante en cuantía de un salario mínimo.

A cargo de Colpensiones estaría el 68.13%, sin embargo, como el fallador de primera instancia dispuso que el porcentaje que debía asumir dicha accionada es de 67.46%, punto que no fue objeto de recurso de apelación por la parte demandante, se debe mantener incólume la decisión para no hacer más gravosa la situación del único apelante.

¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

Teniendo en cuenta que la pensión debe reconocerse a partir del 15 de mayo del 2009 y que la demandante radicó ante Colpensiones a través del Ministerio de Protección Social de Colombia el día 28 de julio del 2009, solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez con base en el convenio de Seguridad Social entre España y Colombia; petición que fue resuelta negativamente por Colpensiones mediante la Resolución N° 039070 del 17 de diciembre del 2010; la cual se entiende notificada desde la fecha de la Resolución, pues no se allegó constancia de una fecha diferente; es claro que desde allí la demandante tenía 3 años para interponer la demanda,

pues no se observa que haya presentado ninguna recurso contra dicha decisión y como no la presentó, es claro que operó el fenómeno prescriptivo como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia.

No siendo posible aceptar el argumento expuesto en el recurso de apelación, según el cual la anterior Resolución no le fue notificada en debida forma, como quiera que se trata de un hecho nuevo que no fue alegado en los hechos de la demanda.

Ahora, teniendo en cuenta que la demanda se radicó sólo hasta el 16 de febrero del 2018, como da cuenta el acta individual de reparto visible a folio 89, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **16 de febrero del 2015**. (Art. 151 del CPT y de la SS)

Cuantificación del retroactivo

Teniendo en cuenta el art. 284 del CGP se procede a concretar el valor del retroactivo adeudado, el cual arroja la suma de **$41'994.525,15** por las mesadas causadas entre el 16 de febrero del 2015 y el 31 de agosto del 2020. Estando en obligación la pasiva de continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo pensional entre el 16 de febrero del 2015 y el 31 de agosto del 2020			
Año	Valor mesada	Nº mesada	Total
2015	$644.350,00	12,46	$5.416.094,23
2016	$689.455,00	14	$6.511.488,80
2017	$737.717,00	14	$6.967.294,43
2018	$781.242,00	14	$7.378.361,94
2019	$828.116,00	14	$7.821.058,75
2020	$877.803,00	9	$7.900.227
Total retroactivo			**$41.994.525,15**

Indexación de las mesadas adeudadas

Ante la evidente devaluación monetaria, acertó el A quo cuando condenó a la demandada a pagar las mesadas adeudas de manera indexada, actualización que deberá liquidarse desde que cada una de las mesadas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de septiembre del 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante la suma de **$41'994.525,15** por las mesadas causadas entre el 16 de febrero del 2015 y el 31 de agosto del 2020. Deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando, conforme a la parte motiva de este proveído

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

La presente providencia se notifica a las partes mediante edictos,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***HERMANN EDUARDO DONADO TAPIAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-16-2017-00595-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA -DEMANDANTE***
TEMA:	***INTERESES MORATORIOS ART. 141 DE LA LEY 100 DE 1993***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. HERMANN EDUARDO DONADO TAPIAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozcan los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 25 de febrero del 2010 hasta la fecha en que se efectúe el pago, sumas que deberán pagarse de manera indexada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 14 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez a Colpensiones la cual le fue negada varias veces mediante diferentes Resoluciones, hasta que finalmente mediante la Resolución GNR237652 del 12 de agosto del 2016, Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a partir del 25 de febrero del 2010, en cuantía inicial de $1’863.790; que su pensión fue reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; que se le pagó un retroactivo por la suma de $154’837.822; que solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 44); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones argumentando que los intereses moratorios proceden sobre mesadas pensionales dejadas de pagar durante la vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorio y buena fe. (fols. 52 y s.s. y 70 y s.s. subsanación).

4. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de octubre del 2019 en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 89 Min. 26:16).

Su decisión se basó en que las entidades de seguridad social tienen el término de 4 meses para reconocer y pagar la correspondiente pensión. Que los intereses moratorios proceden en pensiones reconocidas con A. 049/90. Que no se le puede imputar culpa a Colpensiones, pues la pensión del actor no se pudo reconocer por omisión de la afiliación de un empleador quien sólo pago las cotizaciones en febrero del 2016. Que desde la solicitud que presentó luego de que el empleador omiso pagara no alcanzó a transcurrir 4 meses, por lo que no proceden los intereses moratorios.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que acertó el A quo al señalar que los intereses moratorios proceden para pensiones con A. 049/90. Que al recurrir a los fines de los intereses moratorios, lo cierto es que la sentencia C 601 del 2000 los declaró exequible señalando que el objetivo es proteger a las personas de la tercera edad, los cuales por su edad se encuentran realmente incapacitados para tener recursos para su propia subsistencia. Que al no existir reconocimiento, el legislador previo los intereses moratorios para que las mesadas no resulten irrisorias. Que se debe tener en cuenta la desidia de Colpensiones al emitir 6 resoluciones omitiendo la mora y la falta de afiliación. Que en el 2013 ya tenía cumplidos los requisitos. Que si bien el empleador no lo afilió, no se le puede endilgar la culpa al trabajador. Que Colpensiones debía exigir la afiliación. (C.D. fol. 89 Min. 1:07:33).

6. Alegatos demandante. Señala que el actor tiene derecho a que se le reconozcan los intereses moratorios a partir del 25 de febrero de 2010 hasta la fecha en que se verifique su pago, los cuales se generaron por la demora injustificada en el reconocimiento de la Pensión de Vejez, esto es, sobre las *mesadas pensionales completas dejadas de cancelar* entre el 25 de febrero de 2010 y el mes de octubre de 2016 suma pagada en el mes de noviembre de 2016, toda vez que para sancionar o reconocer la mora en el pago de dichas mesadas, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en múltiples ocasiones ha tenido oportunidad de precisar que el derecho a percibir los

intereses en caso de mora en el pago de mesadas pensiónales, consagrado en el citado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no está sujeto a condiciones o requisitos distintos del incumplimiento de la respectiva obligación pensional, la cual surge cuando se consolida el derecho prestacional por reunirse los requisitos establecidos en la ley.

7. Alegatos Colpensiones. Señala que no se debe condenar al pago de intereses moratorios, pues éstos proceden cuando existe mora en el pago de mesadas ya reconocidas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Y conoce en consulta en favor de Colpensiones.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿El actor tiene derecho a que se le paguen los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, en caso positivo, a partir de que data? Y (ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

Respecto de los intereses moratorios, de conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer y pagar la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

En el presente caso, no se discute en esta instancia, lo siguiente:

(i) El actor solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el 25 de febrero del 2013, conforme se evidencia en la Resolución GNR 040966 del 17 de marzo del 2013. (fol. 28)

(ii) Colpensiones mediante las Resoluciones GNR 40966 del 17 de marzo del 2013, GNR 279610 del 29 de octubre del 2013, GNR 151490 del 24 de mayo del 2015 y VPB 15882 del 8 de abril del 2016 negó el reconocimiento de la pensión de vejez del actor, por no contar con las semanas requeridas. (fol. 32 y s.s.)

(iii) El empleador "RAMIRO GÓMEZ APONTE" pagó el 13 de abril del 2016 el cálculo actuarial correspondiente a los aportes a pensión por la omisión en la afiliación de su trabajador. (Exp. Adtivo. Fol. 86)

(iv) El actor solicita nuevamente su pensión el 30 de junio del 2016 (fol. 25)

(v) Colpensiones mediante la Resolución GNR 254208 del 29 de agosto del 2016, reconoce una pensión de vejez al actor **a partir del 25 de febrero del 2010,** en cuantía inicial de $1'863.790 y mediante la Resolución GNR 276130 del 15 de septiembre del 2016, lo incluyó en la nómina de octubre del 2016, la cual sería pagada en el período de noviembre del 2016. (fol. 32 y s.s.)

Ahora, para resolver el problema jurídico, debe indicársele a la parte demandante, que en ningún momento se ha discutido la finalidad de los intereses moratorios, simplemente el Juez está en la obligación de revisar cada caso en particular, para poder tomar una decisión en derecho.

En el presente caso, si bien no fue culpa del demandante, lo cierto es que en el momento en que Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez al actor mediante las Resoluciones GNR 40966 del 17 de marzo del 2013, GNR 279610 del 29 de octubre del 2013, GNR 151490 del 24 de mayo del 2015 y VPB 15882 del 8 de abril del 2016, efectivamente el actor no contaba con las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.

Y es que contrario a lo dicho por la parte demandante, no se le puede endilgar la culpa a Colpensiones, pues en el presente caso no nos encontramos sólo frente a una omisión de cotización, sino también de afiliación por parte del empleador; en consecuencia, la entidad de seguridad social no tenía conocimiento de que el actor había prestado sus servicios a "RAMIRO GÓMEZ APONTE", y por tanto, era imposible que pudiera ejercer alguna acción contra él. Este punto fue estudiado por nuestra CSJ donde dejó sentado en la sentencia SL5213 del 26 de noviembre del 2019, que en los casos en que Colpensiones no otorgue la pensión deprecada, porque el actor no tenía la densidad de semanas requeridas en la ley para el momento de su solicitud, las cuales cumple posteriormente en virtud del título pensional ordenado, no proceden los intereses moratorios.

Por tanto, es claro que no se le pueden imputar intereses moratorios a Colpensiones ante la Solicitud elevada por el actor el 25 de febrero del 2013, pues para dicha data, no se había pagado el correspondiente calculo actuarial; razón por la cual, el término de 4 meses con el que contaba la entidad de Seguridad Social, sólo puede contabilizarse desde la solicitud del **30 de junio del 2016,** fecha para la cual el empleador "RAMIRO GÓMEZ APONTE" ya había pagado el cálculo actuarial, y por ende, el actor ahora sí contaba con las semanas

requeridas para acceder a una pensión de vejez, es decir, que la entidad de seguridad social tenía hasta el **30 de octubre del 2016** para reconocer y pagar la pensión al demandante, **lo cual hizo Colpensiones,** pues en la Resolución GNR276130 del 15 de septiembre del 2016 se señaló que **fue incluida en la nómina de octubre del 2016**.

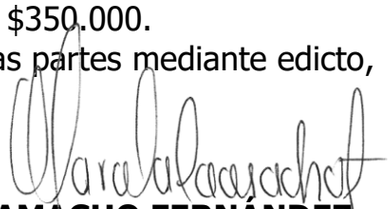
Y si bien en dicha Resolución se señala que el retroactivo incluido en la nómina de octubre del 2016, será pagado en noviembre del 2016, lo cierto es que el demandante, siendo quien tenía la carga probatoria de demostrar exactamente qué día le habían pagado el retroactivo, no lo probó, se tomará pagado el 1º día del mes de noviembre del 2016. En consecuencia, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia no se alcanzaron a generar intereses moratorios, por lo que se debe confirmar la absolución impartida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre del 2019 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
SALVA VOTO PARCIAL

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LUÍS ENRIQUE LÓPEZ***
DEMANDADO: ***UGPP***
RADICACIÓN: ***1100131050-28-2018-00424-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN DEMANDANTE Y UGPP***
TEMA: ***PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN – CAJA AGRARIA-***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* **,** se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma VITERI ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por el Dr. OMAR ANDRÉS VITERI DUARTE como apoderado principal de la UGPP y a la Dra. LAURA NATALI FEO PELAEZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUÍS ENRIQUE LÓPEZ instauró demanda ordinaria contra la UGPP con el fin de que se **DECLARE** que laboró para la CAJA AGRARIA, INDUSTRIAL Y MINERA EN LIQUIDACIÓN del 11 de enero de 1973 al 15 de noviembre de 1991, como consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer y pagarle una pensión legal proporcional a partir del 17 de agosto del 2014, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre; se actualice el último salario promedio mensual, se paguen las mesadas adeudadas de manera indexada, lo que resulte probado extra y ultra petita, y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato escrito del 11 de enero de 1973 al 15 de noviembre de 1991; que el contrato se dio por terminado por mutuo consentimiento; que prestó sus servicios por 18 años y 304 días; que el último cargo desempeñado fue el de cajero principal grado 06; que el último salario promedio mensual devengado fue de $226.491; que durante su vínculo devengó prima de antigüedad; que nació el 17 de agosto de 1954, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014 y que realizó la reclamación ante la UGPP sin obtener respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 37); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Mediante auto del 23 de mayo del 2019, la falladora de primera instancia tuvo por no contestada la demanda, por no haberse allegado dentro de la oportunidad legal. (fol. 86 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de febrero del 2020, en la que la falladora de primera instancia **condenó** a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la pensión restringida de jubilación desde el 17 de agosto del 2014, en cuantía inicial de $1'223.085, la cual deberá reajustarse y pagarse en 14 mesadas al año. Ordenó pagar las mesadas adeudadas de manera indexada y autorizó descontar el porcentaje que le corresponde asumir al demandante por aportes en salud del retroactivo.

Su decisión se basó en que el demandante es un trabajador oficial; que en la pensión restringida de jubilación la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad; que se probó que el actor laboró entre el 11 de enero de 1973 y el 15 de noviembre de 1991; que el contrato finalizó por retiro voluntario; que se le debe aplicar la Ley 171 de 1961; que tiene derecho a la pensión desde el 17 de agosto del 2014 fecha en que cumplió los 60 años de edad; que los factores que deben tenerse en cuenta son los de la Ley 62 de 1985: que se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 71.64%; que una vez indexado el salario tiene derecho a una mesada inicial de $1'223.085; que se debe indexar el retroactivo adeudado y se deben pagar 14 mesadas al año.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que su pensión debe ser liquidada con todos los factores devengados en el último año de servicios.

Por su parte la **UGPP** impugna la decisión señalando que, la edad es un requisito de causación, el cual no fue acreditado en vigencia de la Ley 171.

6. Alegatos UGPP. Solicita se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se revoque el fallo de primera instancia. Señaló que no se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961 pues no existió omisión del empleador en su afiliación y la demandante no lo probó y que no se configuró el despido sin justa causa.

7. Alegatos demandante. Solicita que su pensión sea liquidada con todos los factores salariales en el último año de servicios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la UGPP se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Igualmente, se estudiará en consulta en favor de la UGPP en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión restringida de

jubilación, establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961?, en caso positivo, (ii) ¿Las mesadas adeudadas deben pagarse de manera indexada?

De la pensión restringida de jubilación

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, creó para los trabajadores oficiales la **pensión restringida de jubilación**, la cual no se encontraba derogada al momento en que se consolidó el derecho del actor, como arguye la pasiva en su apelación, pues ésta pensión se causa al momento del retiro del trabajador, siendo la edad tan sólo un requisito de exigibilidad.

Por consiguiente, al haberse finiquitado el contrato de trabajo el día 15 de noviembre de 1991 (fol. 19), fecha para la cual no había entrado en vigencia la Ley 100/93, ni el Acto Legislativo 01 del 2005, resulta procedente el estudio de la prestación bajo la enunciada normatividad (Criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 4578-2014)

En el presente caso, el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación deprecada, pues alcanzó a laborar más de 15 años de servicio entre el 11 de enero de 1973 y el 15 de noviembre de 1991, exactamente 18 años, 10 meses y 3 días (teniendo en cuenta la interrupción certificada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural fol. 19), y además su contrato se dio por terminado por mutuo consentimiento como aparece en la conciliación suscrita el 12 de noviembre de 1991(fl. 21 y s.s.), el cual debe entenderse como retiro voluntario del trabajador, como lo indicó nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de casación Laboral, en la sentencia bajo el radicado Nº 41.998 del 24 de agosto del 2010.

Por tanto, se debe reconocer y pagar a la demandante la pensión restringida de jubilación a partir del **10 de agosto del 2014,** fecha en que alcanzó los 60 años de edad, como se desprende la fotocopia de la Cédula de Ciudadanía (fl. 24) y no a partir del 17 de agosto del 2014, como señaló la falladora de primera instancia, debiéndose modificar la sentencia en este tópico.

Cuantía de la pensión

Contrario a lo señalado por la parte demandante en su apelación, para efectos de establecer el IBL se deben tener en cuenta los factores salariales contemplados en la Ley 62 de 1985, como son *asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizada en jornada nocturna o en día de descanso obligatori*o y se debe calcular con relación a la que le hubiera correspondido en el evento de tener derecho a la pensión plena de jubilación de la Ley 33 de 1985, conforme lo tiene adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL 13192-2015.

Realizados los cálculos matemáticos de rigor, considerando un salario básico de **$120.567,** una prima de antigüedad de **$36.171** y las horas extras de **$7.438**, se obtiene como salario promedio del último año del actor, la suma de $**164.176 ,** como lo acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia y no de $226.491, como lo pretende la parte demandante.

El salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que la demandante dejó de trabajar y hasta el cumplimiento de los 60 años de edad, conforme lo disponen nuestras máximas corporaciones de justicia ordinaria y constitucional, entre otras, en sentencias del 20 de abr. de 2007, rad.29470, C-862/06 y la C-891A-06, para lo cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad (se utiliza IPC base 2008), aplicando la siguiente formula:

VA = VH * IPC Final / IPC Inicial
VA= $164.176* 113.98254 (IPC dic 13) /10.96102 (IPC dic 90)
VA= $1'707.250.

De esta manera, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios debidamente indexado, corresponde a la suma de $1'707.250, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 70.61%, por tener 18 años, 10 meses y 3 días, arroja una mesada inicial de **$1'205.489,** suma inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia y que debe modificarse en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la UGPP.

Es necesario precisar que la mesada pensional del actor deberá reajustarse anualmente y pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005.

Retroactivo

De conformidad con el art. 283 del CGP se cuantifica el retroactivo, encontrando que la UGPP adeuda al actor la suma de **$118'681.280** por las mesadas causadas entre el 10 de agosto del 2014 y el 31 de agosto del 2020. Y deberá continuar pagando las demás mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 10 de agosto del 2014 y el 31 de agosto del 2020				
Año	% aumento	valor mesada	N° mesada	Subtotal
2014	*1,94%*	$1.205.489,00	5,66	$ 6.823.067,74
2015	*3,66%*	$1.249.609,90	14	$ 17.494.538,56
2016	*6,77%*	$1.334.208,49	14	$ 18.678.918,82
2017	*5,75%*	$1.410.925,48	14	$ 19.752.956,66
2018	*4,09%*	$1.468.632,33	14	$ 20.560.852,58
2019	*3,18%*	$1.515.334,84	14	$ 21.214.687,70
2020	*3,80%*	$1.572.917,56	9	$ 17.302.093,16
Total adeudado				**$ 118.681.280**

Indexación de las sumas adeudadas

Ante la evidente devaluación monetaria, encuentra la Sala que resulta procedente ordenar el pago de las mesadas adeudadas de manera indexada, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe el pago.

No se liquida en concreto por cuanto el índice a aplicar en la fecha final, corresponde al vigente para la fecha en que se efectúe el pago.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 el 6 de febrero del 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP a pagar al señor Luís Enrique López la pensión restringida de jubilación a partir del **10 de agosto del 2014,** en cuantía inicial de $1'205.489, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido CONDENAR a la UGPP a pagar al actor la suma de **$118'681.280** por las mesadas causadas entre el 10 de agosto del 2014 y el 31 de agosto del 2020. Y deberá continuar pagando las demás mesadas que se sigan causando.

TERCERO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

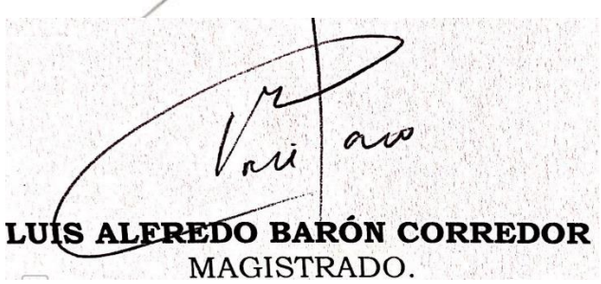
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ CARMELA PÉREZ CASTILLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN :	***11001-31050-28-2018-00443-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. **Demanda**. Luz Carmela Pérez Castillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR S.A. solicitando se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar al RPMPD la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; se ordene a Colpensiones que acepten el traslado de la demandante, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 25 de marzo de 1965; que se afilió al ISS hoy Colpensiones hasta el 28 de enero de 1998 y cotizó 360.14 semanas: que el 29 de enero de 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.; que nunca suscribió el formulario de afiliación; que su decisión no estuvo precedida de consentimiento; que formuló denuncia penal en contra de PORVENIR S.A. por presunta falsedad materia e ideológica en documento público; que la AFP PORVENIR no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que solicitó el traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 41); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda argumentando que la demandante se afilió válidamente en el año 1998 a la AFP PORVENIR S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos. (fol. 48 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.. La AFP PORVENIR S.A. dio respuesta al líbelo introductor con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley. Que no se encuentra probado la falta de información al momento del traslado. Que el traslado no se hizo en contra de una prohibición legal. Que la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria, espontánea y sin que mediara coacción, ni mucho menos un vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 71 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de septiembre del 2019 en la que declaró la nulidad del traslado al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus frutos e intereses, bonos pensionales, sin deducción alguna por costos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR. Condenó en costas a las demandadas. (C.D. fol. 128 Min. 2:17).

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el derecho a reclamar la nulidad del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no es cierto que haya existido falta de información. Que existe un pleito pendiente con la Fiscalía porque el demandante dijo que nunca había firmado el formulario de afiliación a dicha AFP. Que el asesor cumplió con todos los requisitos. Que no se puede hablar de nulidad cuando está en discusión la validez del formulario. (C.D. fol. 128 Min. 15:09).

7. Recurso de apelación. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que "en el proceso se debió iniciar la tacha de falsedad en concordancia con el marco original del proceso, se uso la especialidad penal con el fin de inferir o tener naturaleza totalmente desacertada en este proceso, le solicitó revocar la sentencia en su totalidad" (C.D. fol. 128 Min. 15:31).

8. Alegatos COLPENSIONES (Decreto 806 del 2020). Señaló que la demandante se encuentra en la prohibición del art. 1° del Decreto Ley 3800 del 2003 que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión. Que el formulario de afiliación firmado se encuentra vigente y

conserva toda la presunción de legalidad frente al ordenamiento jurídico. Que antes del 2014 no existía la obligación de hacer simulaciones. Que se está descapitalizando el Sistema General de Pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiara en consulta en favor de Colpensiones en lo que no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Este es el momento procesal oportuno para solicitar que se declare un pleito pendiente?; (ii) ¿Debe declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS por omisión de la información al momento del traslado?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (iv) ¿El derecho a reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen pensional - Nulidad

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró la Juez de primera instancia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Luz Carmela Pérez Castillo cotizó a Colpensiones entre el 23 de noviembre de 1987 al 31 de enero de 1998 conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 10) y que el 29 de enero de 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR conforme aparece en la certificación proferida por Colpensiones (fol. 13) y en el formulario de afiliación (fol. 17), traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de marzo de 1998 conforme aparece en la certificación expedida por PORVEIR S.A. (fol. 79)

Solicitud de pleito pendiente

Es necesario precisarle a los apoderados de las demandadas que no es posible estudiar la existencia de un pleito pendiente como quiera que no lo propusieron como excepción previa, ni hicieron mención a ello en su contestación de la demanda, por lo que se trata de una solicitud nueva que no fue debatida dentro del proceso.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver este problema jurídico, lo primero que debe señalarse es que no es tema de apelación, que la carga probatoria en este tipo de procesos, recae en la AFP PORVENIR S.A. conforme lo tiene sentado nuestra CSJ en la sentencia SL 1897-2019, en donde consideró que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponde al afiliado, sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e, incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Al revisar las pruebas obrantes en el proceso no se advierte que la AFP haya enterado de manera clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, lo cual era su carga probatoria.

Adicionalmente es necesario indicar que, si bien es cierto la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* el cual en su artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de

información; éste último –información- debe estar presente en todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, siendo claro que cualquier asesoría que le haya sido brindada con posterioridad al momento en que se realizó el traslado, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP al momento de su traslado de régimen, pues se reitera que la Corte fue clara al señalar que lo que se debe revisar en estos casos es sí a la afiliada se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico. Siendo claro que el hecho que la demandante al momento en que se trasladó fuera jefe de recursos humanos y que posteriormente se haya graduado como abogada, no la exoneraba a la AFP de brindar la información necesaria al momento del traslado.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS y en consecuencia, todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad, es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, conforme lo considerado por la CSJ en sentencia SL4360 de 2019, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR S.A. de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta **imprescriptible** y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre del 2019, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edictos,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***FELIPE RAMOS MORENO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***24-2018-00592-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE Y NO LE HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* **,** se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliado a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que al demandante se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modos de pensión del RAIS. Dijo además que el acto de vinculación es válido pues no se celebró en contra de ninguna prohibición legal. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 47 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda argumentando que se opone a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no existen vicios del consentimiento que fundamenten las pretensiones. Propuso como excepciones de

fondo las de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la genérica. (fol. 74 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de febrero del 2020 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, esto es, las cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, así como los gastos de administración. Ordenó a Colpensiones aceptar el demandante y actualizar su historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción. No condenó en costas (C.D. fol. 97 Min. 22:48).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información necesaria. Que no bastaba con el formulario de afiliación. Que el derecho reclamado es imprescriptible.

6. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión argumentando que lo único que se exigía para el momento del traslado del demandante era la firma del formulario. Que no se requería dejar por escrito la asesoría brindada. Que no debería ser ella quien tiene la carga probatoria. Que el demandante no tiene una expectativa legitima por lo que no es procedente su traslado. Que no se debe ordenar devolver los gastos de administración y rendimientos.

7. Impugnación de COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que no es procedente el traslado porque el demandante no es beneficiario del régimen de transición. Que si fue culpa de la AFP dicha entidad debía responder por la pensión que le correspondería en el RPMPD. Que se le exonere de costas

8. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia, para lo cual se reafirma en los hechos, pretensiones y fundamentos jurídicos contenidos en el escrito de demanda.

9. Alegatos COLPENSIONES. Indica que se ratifica en los alegatos realizados en primera instancia. que el traslado efectuado al RAIS es totalmente válido. Que no se puede acceder al traslado a Colpensiones como quiera que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar l el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la

ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones? y (vi) Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

No se controvierte que el señor Felipe Ramos Moreno cotizó al ISS entre el 22 de septiembre de 1988 al 31 de agosto de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 83) y que el 16 de agosto de 1995 firmó la solicitud de afiliación a la AFP HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 25) traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de 1995, conforme lo certificó dicha entidad (fol. 54).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría. Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones,

acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La AFP PORVENIR S.A. no demostró haber brindado la información requerida al señor Felipe Ramos Moreno. No se discute que para la época del traslado no se requería dejar constancia escrita de la asesoría brindada, pero sí debía probar que se había dado la información en los términos expuestos, esto es, sobre las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención precedentemente, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* , en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potenciales afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que

proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Finalmente, en cuanto al argumento de Colpensiones en el que señala que se debería condenar a la AFP PORVENIR a que fuera ella quien asumiera la mesada que le correspondería al señor Felipe Ramos Moreno dentro del RPMPD, no se hará ningún pronunciamiento, como quiera que esto es un hecho nuevo que no fue planteado dentro de las excepciones al contestar la demanda.

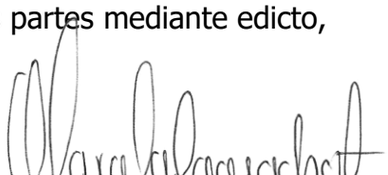
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero del 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***HÉCTOR LEONIDAS GUTIÉRREZ VEGA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***11-2019-00132-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARÍA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentre actualmente afiliado a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese

hecho incurrir en error o de que se haya estado en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica. (fol. 108 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, valido y exento de vicios. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del sistema general de pensiones y la genérica. (fol. 149 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que selección de régimen era libre y voluntaria y que el demandante manifestó por escrito su intención de afiliarse al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, mala fe de la demandante, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema de pensiones, prescripción y ausencia de responsabilidad de dicha entidad. (fol. 191 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de diciembre del 2019 en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 277 Min. 8:42)**.**

Como sustento de su decisión indicó que el traslado de la demandante al RAIS se realizó de manera libre, pues no existe ninguna prueba de que su consentimiento este viciado de nulidad. Que el demandante manifestó que le habían brindado una asesoría. Que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, por lo que no se le puede aplicar las sentencias de la CSJ.

7. Impugnación del demandante Impugnó la decisión argumentando que al 1° de abril de 1994 tenía 15 años de servicio, luego si era beneficiario del régimen de transición. Que si bien recibió asesoría sobre pensiones voluntarias, nada se le dijo sobre los alcances, las ventajas y desventajas, ni sobre el derecho de retracto.

8. Alegatos demandante. Indicó que el dio por probado sin estarlo que las demandadas le brindaron la información necesaria a su poderdante al momento del traslado. Que no existe ninguna prueba aparte del formulario de afiliación al RAIS. Que no se puede desconocer el precedente jurisprudencial de la CSJ.

9. Alegatos Colpensiones. Argumentó que no se evidencia ningún vicio del consentimiento y que al encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse no puede retornar al RPMPD. Que ha realizado traslado entre diferentes AFP del RAIS. Solicita no se le condene en costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente**.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladaron de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiarios del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen pensional– no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Héctor Leonidas Gutiérrez Vega cotizó al ISS entre el 26 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 39); que se trasladó inicialmente a la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN el 24 de abril de 1998 conforme aparece en el carnet de afiliación y es aceptado por dicha entidad al contestar la demanda (fol. 37) y que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. desde el 23 de septiembre de 1999, como da cuenta el formulario de vinculación a dicha entidad. (fol 38).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por el Juez, la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**,

teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-2002- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no hizo la AFP PROTECCIÓN, pues contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, el señor Héctor Leonidas Gutiérrez Vega en ningún momento confesó haber recibido la información requerida al momento del traslado, pues al escuchar su interrogatorio de parte a minuto 25 lo que dijo el demandante fue únicamente que les hicieron una reunión en una sola oficina; que les dijeron que el ISS se iba acabar, que es Ingeniero de Sistemas, que leyó el formulario y lo firmó, que nunca ha realizado aportes voluntarios y que **en la actualidad** sabe para qué sirven los aportes voluntarios; que nadie lo obligó a trasladarse y que al momento del traslado le dijeron que podía hacer aportes voluntarios.

Sin embargo, no resulta suficiente con que al momento del traslado le hayan informado que podía hacer aportes voluntarios como lo señaló el a quo, pues la AFP PRIVADA no demostró que le haya informado las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ni ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; que era lo que se exigía para el momento del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* el cual en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la

leyenda preimpresa en ese sentido; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliados, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlos de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al problema jurídico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón al Juez al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ pues el demandant no son beneficiarios del régimen de transición, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos

han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por el señor HÉCTOR LEONIDAS GUTIÉRREZ VEGA, en consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIRL S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y los gastos de administración y comisiones provenientes de la AFP PROTECCIÒN S.A. y a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO.- SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR y de COLPENSIONES.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***OLIVIA HUERTAS ORTEGA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP COLFONDOS S.A.-AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN:	***22-2018-00449-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES***
	CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO)
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARÍA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentre actualmente afiliado a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que su afiliación al RAIS es completamente válida ya que se realizó de manera libre y

voluntaria y sin constreñimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones públicas y la genérica. (fol. 67 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. La AFP COLFONDOS contestó con oposición señalando que sí brindó la asesoría integral y completa a la demandante respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alegada, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (fol. 102 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición señalando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la genérica. (fol. 125 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de agosto del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a COLFONDOS trasladar a Colpensiones todos los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros pertenecientes a la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las AFP privadas. (C.D. fol. 196 Min. 48:04)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información necesaria. Que el derecho reclamado es imprescriptible.

7. Impugnación de Colpensiones. Impugnó la decisión argumentando que se le está ocasionando una lesión al RPMPD porque tendría que financiar la pensión de la demandante. Que no puede aceptarse el traslado, pues la

8. Alegatos AFP PROTECCIÓN S.A. Señaló que se debe tener en cuenta que la demandante manifestó al absolver el interrogatorio de parte que el asesor le había informado que su pensión podría pasar a sus padres en caso de fallecimiento, que su pensión dependía de un ahorro individual y que podía pensionarse a los 50 años sí así lo quería, lo cual corresponde a características del RAIS. Que la demandante lleva 21 años afiliada al RAIS, por lo que no es posible que afirme que no conoce las características del régimen.

9. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia teniendo en cuenta que al momento del traslado el asesor no le brindó la información requerida.

10. Alegatos COLPENSIONES. Indicó que no se probó ningún vicio del consentimiento y que no se debe acceder al traslado, pues la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Olivia Huertas Ortega cotizó a al ISS entre el 26 de marzo de 1985 al 31 de agosto de 1999, conforme aparece en la historia laboral (fol. 21) y que el 1° de septiembre de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 153) y que posteriormente, se traslado a la AFP COLFONDOS al firmar el formulario de vinculación el 22 de mayo del 2002 (fol. 122)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por el Juez dentro de los expedientes 35-2019-00133-01 y 31-2019-00170-01, la misma sí recae en las AFP no en las demandantes, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.-

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que

deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Olivia Huertas Ortega, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a los demandantes una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales

afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no hicieron.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, debe indicársele al apoderado de Colpensiones que no es de recibo su argumento en el que señala que no se puede activar la afiliación de la demandante en el RPMPD, teniendo en cuenta que debido a su edad se encuentra inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues se le recuerda que **no estamos frente a una solicitud de traslado**, sino una declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, por lo que resulta procedente la activación conforme a lo ya expuesto.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de agosto del 2019 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora OLIVIA HUERTAS ORTEGA de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO.- CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que devuelva a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante dentro del tiempo que estuvo vinculada en dicha entidad.

TERCERO.- CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NANCY JANETH URREGO RUBIO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.-AFP OLD MUTUAL S.A.***
RADICACIÓN:	***07-2018-00373-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES S.A. CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JÉREZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es viable el traslado de régimen cuando le falten menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez. Que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica. (fol. 76 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. La AFP OLD MUTUAL S.A. contestó la demanda argumentando que no se opone ni se allana por cuanto la pretensión de nulidad está dirigida a una persona jurídica diferente. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 111 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (fol. 170 y s.s.)

6. Fallo De Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de septiembre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos que se hayan generado. Ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad a la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 280 Min. 3:48).

Como sustento de su decisión indicó que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que lo que se debe mirar es si se brindó la información necesaria al momento del traslado; que no basta con la firma del formulario; que el derecho a reclamar la nulidad es imprescriptible.

7. Impugnación de COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que para el momento del traslado no existía la obligación de guardar la información dada a los asesores, lo cual no significa que no se le haya brindado la información.

8. Alegatos demandante. Indicó que en reiterada jurisprudencia de la CSJ la sala de Casación Laboral ha fijado su posición respecto a la carga de la prueba manifestando que es obligación de los fondos de pensiones suministrar a los jueces todos los medios probatorios que permitan tener certeza que al momento de producirse el traslado el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente, no siendo suficiente con el formulario de afiliación.

9. Alegatos Colpensiones. Indica que se aparta del criterio de la CSJ. Que al momento en que la demandante solicitó el traslado se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003, por lo que no es procedente aceptar su traslado. Que no se acreditó ningún vicio del consentimiento.

10. Alegatos COLFONDOS. Manifestó que se le debe absolver de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de la asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión de aportes obligatorios son de consagración legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Nancy Jeaneth Urrego Rubio, cotizó al ISS entre el 17 de julio de 1984 al 31 de diciembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 41) y que el 9 de diciembre de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación. (Fol.44) Y que posteriormente, se trasladó a la AFP SKANDIA

hoy AFP OLD MUTUAL el 1° de noviembre del 2005 conforme se evidencia del formulario de afiliación. (fol. 45)

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. y la AFP OLD MUTUAL S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Nancy Janeth Urrego Rubio, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia

bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, que contrario a lo dicho por el Juez como razón para negar la pretensión solicitada, el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia

de información, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de septiembre del 2019 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora **Nancy Janeth Urrego Rubio** de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que devuelva a la1 demandante los gastos de administración y comisiones descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante durante el tiempo que estuvo afiliado a dicha AFP.

TERCERO.-CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CLAUDIA CONSTANZA MEDIANA ROMERO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***02-2018-00547-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y OTROS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentren actualmente afiliada a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que

la afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida, pues se suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y al genérica. (fol. 59 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado no se hizo contrariando ninguna prohibición legal, por el contrario, el mismo se realizó cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección del acto jurídico. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 81 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de noviembre del 2019 en la que declaró la nulidad de la afiliación al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a Colpensiones los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la asegurada, sin que se haga ninguna deducción por los gastos de administración. Ordena a Colpensiones que reciba los aportes y la active en el RPMPD. Declararan no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a Porvenir. (C.D. fol. 117 Min. 3:48).

Como sustento de su decisión indicó que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que lo que se debe mirar es si se brindó la información necesaria al momento del traslado; que no basta con la firma del formulario; que el derecho a reclamar la nulidad es imprescriptible.

6. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A.. Impugnó la decisión argumentando que la demandante era asesora comercial; que en el IP ella dijo que no era la encargada de brindar la información a los futuros afiliados, sino simplemente diligenciaba los formularios, lo cual no es creíble. Que se debe tener en cuenta el formulario de afiliación. Que a todos los asesores las AFP les hacen unas capacitaciones previas y se les dan cursos. Que no se debe ordenar devolver los gastos de administración, ni los rendimientos, ni se le debe condenar en costas.

7. Recurso de Apelación de COLPENSIONES. Argumentó que la demandante era una asesora de la AFP por lo que tenía pleno conocimiento; que no tiene derecho a que se declare la nulidad del traslado pues no era beneficiaria del régimen de transición. Que no era necesario para el momento del traslado que se hicieran proyecciones.

8. Alegatos demandante. Señala que su poderdante tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado, pues no se le ofreció al momento del traslado una información clara, veraz y oportuna de lo que implicaría la afiliación al RAIS. Que no solo existe engaño por acción sino también por omisión. Que se debe aplicar el criterio jurisprudencial de la CSJ.

9. Alegatos AFP PORVENIR. Señaló que las omisiones que se le atribuyen particularmente la de información sobre las características del RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras se

encuentran consagradas en la Ley y sus decretos reglamentarios, por lo que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la Ley. Que no se evidencia ningún vicio del consentimiento al momento del traslado. Que al momento del traslado no existía la obligación de realizar proyecciones o estudios previos. Manifiesta que en caso de ser confirmada la sentencia debe tenerse en cuenta que los gastos de administración se descuentan en virtud de una norma vigente y se generan en ambos regímenes.

10. Alegatos Colpensiones. Indica que se aparta del criterio de la CSJ. Que al momento en que la demandante solicitó el traslado se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003, por lo que no es procedente aceptar su traslado. Que no se acreditó ningún vicio del consentimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del Traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre

del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Claudia Constanza Medina Romero cotizó al ISS entre el 2 de octubre de 1986 al 31 de julio de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 31) y que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. entidad a la cual fue asignada por el Comité de Multivinculación conforme al Decreto 3995 del 2008 desde el 22 de enero de 1996.

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Constanza Medina Romero, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los

casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a las demandantes una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas

En cuanto a la solicitud de la AFP PORVENIR de que se le exonere del pago de costas debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP se condena en costas a la parte vencida en el proceso, máxime cuando se opuso a las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 el 12 de noviembre del 2019, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen de la señora **Claudia Constanza Medina Romero**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.-CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ ARIZA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR***
RADICACIÓN:	***1100131050-17-2018-00112-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María del Pilar Rodríguez Ariza instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS o de manera subsidiaria la ineficacia al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de trasladarse al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar la totalidad de los dineros obtenidos en virtud de la vinculación tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales y a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad y a corregir y actualizar su historia laboral. Finalmente solicita se les condene a las demandadas a las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que, estuvo afiliada a COLPENSIONES desde el 3 de marzo de 1987; que el 1° de marzo del 2001 se trasladó a la AFP COLFONDOS; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que actualmente se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP POVENIR. Contestó la demanda señalando que no le constan los hechos de la demanda, pues se refieren a una situación fáctica de la demandante ante terceros ajenos a dicha AFP. Señaló que no procede la nulidad del traslado solicitada, toda vez que no se evidencia que contenga algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 94 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no existió ningún vicio del consentimiento que afecte la validez del traslado. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fol. 123 y s.s.)

5. Contestación de COLFONDOS. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que no existió omisión por parte de dicha entidad al momento de entregar a la demandante la información que requería para poder tomar la decisión de trasladarse de régimen. (fol. 161 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y que, como consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar todos los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación de la demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, con todos sus frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones a aceptar las sumas trasladadas y a convalidarlos en la historia laboral. (CD fol. 185)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante tuvo plazo para trasladarse hasta el año 2011. Que la demandante se abstuvo de solicitar información respecto de las condiciones específicas del RAIS. Que con el traslado de la demandante se vería afectado el erario público y la sostenibilidad financiera. Solicita se revoque la condena que se le impuso en costas. Finalmente, manifiesta que debe tenerse en cuenta que la demandante se trasladó de régimen de manera voluntaria.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A** impugnó la decisión señalando que no fue quien efectúo el traslado de régimen sino la AFP COLFONDOS. Que la demandante se trasladó a varias AFP dentro del RAIS lo que convalida su afiliación al RAIS. Que la demandante no tenía una expectativa legítima, ni era beneficiaria del régimen de transición. Indica que dentro del expediente se encuentra el formulario de afiliación al RAIS el cual no fue tachado de falso. Solicita se le exonere de las costas del proceso.

8. Alegatos AFP PORVENIR. Indicó que solicita se confirme el fallo proferido por el A quo por encontrarse ajustado a derecho.

9. Alegatos demandante. Señaló que conforme lo determinó el falladora de primera instancia la carga probatoria esta en cabeza de la AFP, la cual no demostró haber brindado la información requerida, no siendo suficiente con la firma del formulario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María del Pilar Rodríguez Ariza, cotizó al ISS entre el 3 de marzo de 1987 al 30 de junio del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP PORVENIR (fol. 61 y s.s.) y que en marzo del 2001 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fol. 61). Posteriormente, se trasladó a HORIZONTE el 27 de noviembre del 2002, conforme se observa en el formulario de afiliación al RAIS (fol. 102); el 19 de julio del 2006 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, el 18 de junio del 2008 a HORIZONTE y el 28 de diciembre del 2013 a la AFP PORVENIR (fol.102)

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR y de la AFP COLFONDOS, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y

suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 2001- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora María del Pilar Rodríguez Ariza, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP COLFONDOS sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica

y al no hacerlo se debe declarar la ineficacia del traslado como acertadamente lo realizó la falladora de primera instancia.

Debe indicarse que no es de recibo el argumento del apoderado de Colpensiones, como quiera que la demandante no estaba forzada a solicitar información con posterioridad al traslado, pues quien tenía la obligación de brindar la información era la AFP al momento de efectuarse el traslado.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, que contrario a lo dicho por el Juez como razón para negar la pretensión solicitada, el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad

del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR y la AFP COLFONDOS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia)

Finalmente, debe indicársele a la apoderada de COLPENSIONES que no es cierto que la demandante tuviera únicamente hasta el 2011 para trasladarse de nuevo al RPMPD, pues lo que aquí se pretende es la ineficacia del traslado ante la falta de información por parte de la AFP PRIVADA al momento en que se vinculó al RAIS y no un traslado de régimen.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas

El art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Colpensiones y la AFP PORVENIR se opusieron a las pretensiones de la demanda y se les impartió una condena en su contra, acertó el a quo al imponerles costas en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 21 de mayo del 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora María del Pilar Rodríguez Ariza de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade a Colpensiones los valores deducidos a la señora María del Pilar Rodríguez Ariza, por concepto de gastos de administración y comisiones, mientras estuvo afiliado a dicha sociedad.

TERCERO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSÉ MIGUEL ESGUERRA RESTREPO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-19-2017-00353-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP COLFONDOS***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica",* se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. HENRY DARIO MACHADO como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.
.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Miguel Esguerra Restrepo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PROTECCIÓN S.A., la AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare la nulidad de las demás afiliaciones dentro del RAIS; que se traslade a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual; que Colpensiones active la afiliación en el RPMPD y actualice la historia laboral del demandante, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 5 de julio de 1955; que comenzó a cotizar al ISS desde el 9 de julio de 1979; que cotizó al ISS a través de diferentes empleadores hasta el 31 de enero de 1998; que en noviembre de 1997 se afilió a la AFP COLFONDOS a efectos de vincularse al RAIS; que para la fecha del traslado contaba con 42 años de edad; que no se le informó al momento del traslado las implicaciones de trasladarse de régimen; que no le informaron las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; que en febrero de 1998 se trasladó a la

AFP COLFONDOS y en mayo del 2000 a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que en el 2009 se vinculó nuevamente a la AFP PORVENIR y que solicitó la nulidad de la afiliación al RAIS sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 121), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente el traslado pues el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 de no poder trasladarse cuando le falten menos de 10 años para adquirir la pensión requerida para acceder a la pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 122 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición. Que el traslado del demandante se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica. (fol. 163 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que el acto jurídico de afiliación se realizó conforme a las normas vigentes y que se brindó al demandante la debida asesoría. Que el demandante no probó la existencia de ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 213 y s.s.)

6. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, pues el demandante no allega ni siquiera prueba sumaria que sustente la ineficacia pretendida. Que no se probó la existencia de un vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fol. 246 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de noviembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia declaró como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos, incluidos intereses y comisiones y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración. (CD fol. 400)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no importa si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP COLFONDOS S.A..** interpuso recurso de apelación argumentando que no es posible

acceder al traslado pues nos encontramos frente a una prohibición legal, pues le hacen falta menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse. Que el demandante no probó la existencia de un vicio del consentimiento. Que no era necesario hacer una proyección pensional. Que al momento del traslado el demandante no era beneficiario del régimen de transición.

9. Apelación AFP PORVENIR S.A.. Impugnó la decisión señalando que cuando el demandante se trasladó a dicha entidad ya se encontraba dentro de la prohibición legal de no poder regresar al RPMPD. Que no se debe ordenar que se devuelvan los gastos de administración y que en caso de ordenarlo no se debe ordenar que se devuelvan los rendimientos. Que se debe tener en cuenta el interrogatorio de parte.

10. Apelación AFP COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que las sentencias de la CSJ no son de obligatorio cumplimiento simplemente son un referente. Que con el traslado del demandante se está afectando la seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera. Que se debe ordenar que todas las AFP PRIVADAS devuelvan las sumas descontadas por gastos de administración.

11. Alegatos COLPENSIONES. Señaló que el fallador de primera instancia pasó por alto que la realidad del momento en que se realizó el traslado de régimen era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación. Que se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera.

12. Alegatos COLFONDOS S.A. Indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni cumple los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010 y SU 130 del 2013, por lo que no es procedente el traslado solicitado. Dijo además que se encuentra en la prohibición establecida para las personas que les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez. que no existe ninguna prueba de que se haya presentado un vicio del consentimiento.

13. Alegatos demandante. Solicita se de aplicación a la línea jurisprudencial de la CSJ para no afectar el derecho a la seguridad social de la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a

Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado, como lo pretende la AFP COLFONDOS S.A., la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor José Miguel Esguerra Restrepo cotizó a al ISS entre el 9 de septiembre de 1979 al 30 de noviembre de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 133); que el 29 de septiembre de 1997, firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 198); que el 12 de abril del 2007, firmó el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fol. 266) y finalmente, el 10 de julio del 2009 se afilió a la AFP PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliado. (fol. 221).

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1997- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor José Miguel Esguerra Restrepo, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PORVENIR sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Al no hacerlo se debe declarar la ineficacia del traslado como acertadamente lo realizó la falladora de primera instancia.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida el 7 de noviembre del 2019 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP COLFONDOS que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones en el tiempo que el señor José Miguel Esguerra Restrepo estuvo afiliado a ellas, lo cual deberán asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***OSCAR ANTONIO BARACALDO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-28-2018-00401-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Oscar Antonio Baracaldo Morales instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS, por haber sido asesorado de manera errónea. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas como si nunca se hubiese trasladado al RAIS. Condenar a Colpensiones aceptar el traslado, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 18 de octubre de 1961; que actualmente cuenta con 56 años de edad; que se vinculó al ISS el 12 de enero de 1981: que el 25 de septiembre de 1996 por una mala asesoría se trasladó al RAIS a la AFP PORVENIR S.A.; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado y que solicitó a las accionadas el traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 77), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que el demandante se afilió válidamente en el año 1996 y que no probó el error, fuerza o dolo en la afiliación, para que proceda la nulidad deprecada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (fol. 79 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que sí le brindó la asesoría al demandante acerca del funcionamiento, características y modos de pensión del RAIS. Indicó que el acto de vinculación de traslado de régimen es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas. (fol. 97 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS y declaró como afiliación válida la del RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR a trasladar a Colpensiones todos los aportes, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante. Condenó a Colpensiones activar su afiliación y a proceder actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las demandadas. (CD fol. 207)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no interesa si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que cumplió con la normativa vigente, pues la obligación de guardar la asesoría brindada en documentos surgió en el año 2014. Que si brindó la información requerida. Que la demandante dijo que había realizado aportes voluntarios en su interrogatorio de parte y que en el formulario aparece que sí recibió la información requerida.

7. Apelación AFP COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que solicita se garantice la sostenibilidad fiscal, pues los jueces deben proteger el sistema.

8. Alegatos PORVENIR S.A. Señaló que las omisiones que se le atribuyen particularmente la de información sobre las características del RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras se

encuentran consagradas en la Ley y sus decretos reglamentarios, por lo que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la Ley.

9. Alegatos demandante. Indicó que la carga de la prueba recae en la AFP quien no probó haber brindado la información necesaria al demandante al momento del traslado.

10. Alegatos Colpensiones. Aduce que existen pruebas dentro del expediente que demuestran que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria y que el asesor del fondo le brindó toda la información necesaria. Que no se evidencia ningún vicio del consentimiento. Que no es posible aceptar el traslado como quiera que el demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró la falladora de primera instancia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado, la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto

nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Oscar Antonio Baracaldo Morales cotizó a al ISS entre el 12 de enero de 1981 al 31 de mayo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 84), que el 25 de septiembre de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 111), traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de noviembre de 1996 conforme lo certifica dicha AFP. (fol. 104).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1996- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor Oscar Antonio Baracaldo, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo

que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PORVENIR sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica y al no hacerlo, se debe declarar la ineficacia del traslado, razón por la cual se modificará el fallo apelado en el cual se declaró la nulidad del traslado.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna

frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2019 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EDGAR AUGUSTO RAMÍREZ RODRÍGUEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-21-2018-00288-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES -AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN S.A.***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. SHASHA RENATA SALEH MORA como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Edgar Augusto Ramírez Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PROTECCIÓN S.A., la AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna la cual era necesaria para tomar la decisión de trasladarse. Como consecuencia, se declare la nulidad de las demás afiliaciones dentro del RAIS; que se retrotraiga todo al estado anterior y que Colpensiones acepte el traslado, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se trasladó a la AFP DAVIVIR el 8 de julio de 1996; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPMPD, como en el RAIS; que no se le hizo un estudio de su situación particular; que posteriormente se trasladó a la AFP POVENIR, AFP SANTANDER, AFP COLFONDOS; que solicitó el traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 89), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante se trasladó al RAIS por decisión propia. Que en este momento no es procedente el traslado pues se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 de no poder trasladarse cuando le hagan falta menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 95 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación con la demandante es plenamente válida y produjo todos los efectos jurídicos, teniendo en cuenta que no existió ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Davivir y Santander hoy AFP PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicios del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 131 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A.. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que no se puede dejar sin efecto un acto válido. Que el demandante dentro del plazo legal no regresó al RPMPD. Que en ningún momento se le ha vulnerado su derecho pensional y que no existió omisión en la información al momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad y ausencia de vicios del consentimiento. (fol. 155 y s.s.)

6. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, pues el demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación a dicho fondo, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la genérica. (fol. 176 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de junio del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia declaró como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante; condenó a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de gastos de administración; condenó a Colpensiones a activar al demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada. (CD fol. 263)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera

que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que se le debe absolver de descontar los gastos de administración, pues el demandante ya no está afiliado a dicha entidad y cuando se trasladó a la otra AFP se devolvió todo el dinero que se encontraba en la cuenta de ahorro individual del demandante. Indicó que para los riesgos de Invalidez y Muerte se contrata con una aseguradora por lo que es válido que se hayan cobrado los gastos de administración. Que, si se deben devolver los gastos de administración, no habría lugar a devolver los rendimientos, pues sería un enriquecimiento ilícito en favor del demandante.

9. Apelación COLPENSIONES. Impugnó la decisión señalando que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria. Que al firmar el formulario el demandante aceptó las condiciones del RAIS. Que no se le puede exigir a la AFP una prueba diferente al formulario de afiliación, pues al momento del traslado no existía ninguna norma que exigiera guardar la asesoría brindada. Que el demandante estuvo en varias AFP del RAIS por lo que no puede predicar la falta de información. Que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que no se le vulneró ninguna expectativa legítima.

10. Apelación AFP PORVENIR S.A. Interpuso recurso de apelación manifestando que no se le debe condenar a devolver los gastos de administración, pues dicha entidad trasladó todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante a la AFP SANTANDER. Que en caso de acceder a la devolución de los gastos de administración no se puede ordenar la devolución de los rendimientos.

11. Alegatos Colpensiones. Indica que no es procedente el traslado de régimen del demandante pues al momento en que solicitó su retorno al RPMPD el 30 de enero del 2018 se encontraba dentro de la prohibición establecida por el art. 2° de la Ley 797 del 2003 el cual manifiesta que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Señala además que no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento. Que con el traslado del demandante se descapitaliza el sistema. Que solicita se condiciones su traslado a la devolución de las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta de ahorro individual.

12. Alegatos AFP PORVENIR. Manifestó que a la fecha del traslado del demandante los Fondos no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos que solicita la actora. Que la vinculación a dicha entidad es un acto valido, el cual se realizó de manera libre y sin presiones, luego de haber recibido asesoría por parte de PORVENIR S.A. Que la demandante no ejerció su derecho de retracto. Que la teoría de "la inversión de la prueba" que se pretende imponer en estos procesos no resiste un análisis ponderado y serio, toda vez que ésta en principio incumbe al demandante. Que los valores descontados a las cotizaciones son de obligatorio cumplimiento y tienen una destinación especifica.

13. Alegatos demandante. Afirma que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. Que se debe aplicar la línea jurisprudencial de la CSJ. Que se debe declarar la nulidad y/o ineficacia por haber existido un error de hecho ante la escasa información y la realidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Edgar Augusto Ramírez Rodríguez cotizó a al ISS entre el 30 de diciembre de 1977 al 30 de enero de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 108); que el 1° de febrero del 2001, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PPORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 187); que el 15 de mayo del 2003, firmó el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN (Fol. 140) y finalmente, el 18 de julio del 2011 se afilió a la AFP COLFONDOS (fol. 170).

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1996- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., la AFP PORVENIR S.A., y la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Edgar Augusto Ramírez Rodríguez, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos

14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PORVENIR sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica y al no hacerlo se debe declarar la ineficacia del traslado como acertadamente lo realizó la falladora de primera instancia.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, que contrario a lo dicho por el Juez como razón para negar la pretensión solicitada, el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia

de información, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR y la AFP COLFONDOS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio del 2019 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DIANA STELLA DIAB ACOSTA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES - AFP PORVENIR S.A. – AFP OLD MUTUAL***
RADICACIÓN:	***1100131050-33-2018-00201-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. IVAN DARIO BLANCO ROJAS como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diana Stella Diab Acosta instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PORVENIR S.A. y la AFP OLD MUTUAL S.A., con el fin de que se DECLARE la ineficacia y/o nulidad del traslado al RAIS teniendo en cuenta que la demandante no recibió la información necesaria al momento del traslado. Como consecuencia, se ordene a la AFPs PRIVADAS trasladar la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad y a corregir y actualizar su historia laboral. Finalmente solicita se condene a las demandadas a las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 15 de enero de 1961; que se afilió al ISS en el año 1979; que firmó formulario de afiliación al RAIS a la AFP PORVENIR el 24 de abril del 2001; que al momento del traslado no se le informó acerca de los regímenes pensionales, los beneficios y desventajas de afiliarse a cada uno de ellos, ni se le realizó una proyección del monto de su pensión;

que no se le informó sobre la imposibilidad de traslado cuando le faltaren menos de 10 años; que la AFP PRIVADA no capacitó de manera adecuada a sus asesores; que durante su vinculación a la AFP PORVENIR nunca se le brindó ninguna asesoría; que el 16 de septiembre del 2008 se trasladó la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL; que dicha AFP tampoco le brindó asesoría al momento del traslado.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 155), sin embargo, no se hizo presente ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante venía de estar afiliada al RAIS por lo que ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS. Que la afiliación de la demandante al RAIS goza de plena validez y genera efectos jurídicos, pues se le brindo la información acorde con la normatividad vigente. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 103 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado al RAIS se efectúo con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 156 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado se efectúo con el lleno de los requisitos legales establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Que no se demostró que efectivamente se omitió el deber de información. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y la genérica. (fol. 188 y s.s.)

6. Fijación del litigio. Señaló que fijaba el litigio del presente proceso en determinar si existió un vicio en el consentimiento al momento de suscribir el contrato de afiliación con la AFP PORVENIR y si este genera la nulidad y/o ineficacia de la afiliación. (fol. 224 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Declaró a la demandante válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL a realizar los traslados de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con los respectivos intereses y rendimientos. Ordenó a **la AFP PORVENIR a pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio**, teniendo en cuenta que fue esta entidad la que dio origen al acto de afiliación primigenio declarado ineficaz. Conminar a Colpensiones a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiere lugar, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones. Ordenó a

Colpensiones a recibir las sumas trasladadas. Declaró no probada la excepción de prescripción. (CD fol. 282)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el derecho a reclamar la nulidad del traslado es imprescriptible.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que solicita se proteja la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Que la afiliación al RAIS se dio en debida forma. Que no existió ningún vicio del consentimiento, y que no puede trasladarse, pues esta dentro de la prohibición legal de la Ley 100 de 1993.

La **AFP PORVENIR S.A** interpuso recurso de apelación de manera parcial, únicamente frente a la decisión cuarta proferida por el Despacho primigenio en la que ordenó pagar **las diferencias entre las mesadas pensionales**, bajo el argumento que dicha decisión vulnera flagrantemente el régimen de pensiones y la Ley competente toda vez que esto no se discutió, ni se tuvo en cuenta en la fijación del litigio, por lo que no puede tenerse en cuenta dentro de la decisión del Despacho. Aduce que en la parte motiva no se explica el motivo por el cual ordena ese pago, ni las líneas jurisprudenciales, ni legales por la cual se ordena a su representada a pagar las diferencias pensionales, haciendo una confusión de regímenes. Indica además que quien pretenda una indemnización de conformidad con el CGP deberá estimarlo bajo juramento, sin que ello hubiera ocurrido en el presente proceso.

9. Alegatos Colpensiones. Indica que conforme a la línea jurisprudencial de la CSJ la carga probatoria se invierte y queda en cabeza del fondo privado. Que en las líneas de la CSJ fueron para situaciones muy particulares como por ejemplo que los afiliados eran beneficiarios del régimen de transición o tenían una expectativa legítima o haber cumplido los requisitos para el reconocimiento pensional o estar próximo a cumplirlo y que con ese traslado se le hubiese causado un daño. Que no se probó ningún vicio del consentimiento. Que con el traslado se descapitaliza el sistema pensional.

10. Alegatos AFP PORVENIR S.A. Señaló que no es procedente el traslado de régimen solicitado, pues no se probó ningún vicio del consentimiento. Que dicha entidad le garantizó el derecho de retracto. Que con el formulario se probó que si le brindó la información requerida a la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiara en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación

definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del Traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Diana Stella Diab Acosta, cotizó al ISS entre el 1° de septiembre de 1982 al 30 de abril del 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 169 y s.s.); que el 28 de abril del 2001, suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fol. 39) y que el 16 de septiembre del 2008, firmó el formulario para trasladarse a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL. (fol. 40)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP Privadas, aspecto que no fue apelado por ninguna de las partes.

Lo que debe precisarse, es que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría, pues así lo ha dejado sentado nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 2001- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Diana Stella Diab Acosta, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PORVENIR sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, aspectos que en el plenario brillan por su ausencia, por tanto, no puede concluirse que el traslado se efectuó en debida forma, como señala la apoderada de Colpensiones.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la

obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP OLD MUTUAL de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-) Así mismo, la AFP PORVENIR debe devolver todas las sumas que haya descontado a la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad a título de gastos de administración y comisiones de su propio patrimonio.

De acuerdo a lo expuesto y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4360-2019, se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante, siendo claro que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando sin efectos la vinculación que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Diferencias por mesadas pensionales

Frente al reparo de la AFP POVENIR S.A. en relación con la condena de devolución de diferencias por concepto de mesadas pensionales, debe señalarse que el fallador primigenio no abordó este tema, máxime cuando la demandante no se encuentra devengando una pensión.

Traslado de régimen pensional

Tampoco es de recibo el argumento de Colpensiones, según el cual no se puede aceptar el traslado de la demandante al estar inmersa en la prohibición legal por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 11 de febrero del 2020, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL que devuelva a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo afiliada la señora Diana Stella Diab Acosta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, para **ORDENAR** a la AFP PORVENIR que devuelva a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo afiliada la señora Diana Stella Diab Acosta.
TERCERO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ANDREA DEL PILAR CHONA CHONA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP OLD MUTUAL***
RADICACIÓN:	***1100131050-07-2018-00665-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JÉREZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Andrea del Pilar Chona Chona instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP OLD MUTUAL y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP OLD MUTUAL S.A. trasladar a Colpensiones los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los gastos de administración; condenar a Colpensiones a recibir las sumas que le sean trasladadas, a recibir a la demandante en el RPMPD, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios como empleada del Hospital Simón Bolívar ESE; que estuvo vinculada al RPMPD hasta el 12 de abril de 1999 fecha en que se trasladó al RAIS; que los asesores de la AFP no tenían el conocimiento suficiente en seguridad social; que dichos asesores

lo indujeron de manera equivocada a trasladarse al RAIS; que el asesor le indicó que no perdería sus beneficios pensionales; que posteriormente se trasladó a la AFP OLD MUTUAL; que los asesores nunca le brindaron la información necesaria al momento del traslado; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.
2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria conforme lo dispone la Ley 100 de 1993. No existe prueba dentro del expediente de la existencia de algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la genérica. (fol. 70 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación a dicha entidad no obedeció a un cambio de régimen pensional sino a un traslado entre AFP dentro del RAIS. Que debía probar los vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 116 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que la afiliación de la demandante tiene plena validez toda vez que no se configuró ningún vicio del consentimiento. Que la demandante se trasladó de forma autónoma y mediando su consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 153 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y declaró como afiliación válida la del RPMPD. Condenó a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales incluye los rendimientos. Ordenar a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 283)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no importa si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.**. Impugnó la decisión señalando que del interrogatorio de parte de la demandante se puede establecer que recibió la asesoría al momento del traslado al RAIS. Que la demandante tomó la decisión de trasladarse de manera libre

y voluntaria. Que su traslado horizontal de fe de su intención de permanecer en el RAIS. Que al momento del traslado tenía 35 años de edad por lo que no había forma de prever su futuro pensional. Que no se debe ordenar la devolución de rendimientos financieros.

8. Apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de no poder trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir la pensión. Que la demandante no hizo uso del retracto. Que la demandante tenía una mera expectativa. Que con el traslado de la demandante se desfinancia el sistema.

9. Alegatos Colpensiones. Manifiesta que no se debe acceder al traslado pretendido por la demandante como quiera que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el art. 2° de la Ley 797 del 2003. Que la demandante no probó la existencia de un vicio del consentimiento. Afirma que con el traslado de la demandante se descapitaliza el sistema.

10. Alegatos AFP PORVENIR S.A. Indica que no existen razones ni fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al RPMPD, pues la decisión de la parte actora se realizó de manera espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos de ley. Que dicha entidad cumplió con su deber legal de brindar la información necesaria. Que la demandante contaba con plena capacidad legal para decidir acerca del traslado de régimen.

11. Alegatos demandante. Señala que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP quien debe demostrar brindar que brindó la información suficiente y clara al momento del traslado. Que en el formulario no se evidencia que se haya brindado la información suficiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar

la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Andrea del Pilar Chona Chona cotizó a al ISS entre el 1° de enero de 1996 al 30 de abril de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 98), que el 12 de abril de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 175); y posteriormente, se vinculó a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL desde el 30 de noviembre del 2009. (fol. 124).

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como

lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1996- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A., y la AFP OLD MUTUAL S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Andrea del Pilar Chona Chona, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto es necesario precisar que, no existe confesión por parte de la accionante en el interrogatorio de parte, pues si bien afirmó que para el momento del traslado se le informó que el ISS se iba a acabar y que se iba a pensionar con una mesada superior, ello no demuestra que recibió la asesoría requerida.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PORVENIR sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, y como no procedió de conformidad se debe declarar la ineficacia del traslado, razón por la cual se confirma el fallo apelado.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, que contrario a lo dicho por el Juez como razón para negar la pretensión solicitada, el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la

sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.
Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR, y la AFP OLD MUTUAL de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Finalmente, es necesario señalarle a Colpensiones que no es de recibo su argumento en el que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por considerar que la demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 en la cual se establece que no podrán trasladarse de régimen a quienes les falte menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse, como quiera que nos encontramos frente a una solicitud de ineficacia del traslado y no un traslado de régimen.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 12 de febrero del 2020, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Andrea del Pilar Chona Chona de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR que devuelva a COLPENSIONES los **gastos de administración y comisiones** que descontó de la cuenta de ahorro individual de la señora Andrea del Pilar Chona Chona durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad.

TERCERO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ADRIANA MARÍA CADAVID GUTIÉRREZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN***
RADICACIÓN:	***1100131050-13-2019-00567-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adriana María Cadavid Gutiérrez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN S.A. nunca le entregó la simulación pensional y/o proyecto de pensión con anterioridad a su afiliación; que no la asesoró correctamente. Como consecuencia, solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS y se ordene que Colpensiones la reciba. Solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, sin deducción alguna y a Colpensiones que acepte la devolución y reactive su afiliación. Finalmente, pide se condene en costas a las demandadas. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 3 de febrero de 1966; que actualmente cuenta con 53 años de edad y se encuentra afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A; que inició su vida laboral el 12 de diciembre de 1994 cotizando al ISS, entidad en la que alcanzó a cotizar 37.14 semanas; que cotizó a Cajanal como funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores entre el 7 de enero de 1991 y el 31 de marzo de 1994; que el 5 de octubre de 1998 ante promesas y mentiras de una asesora de la AFP

PROTECCIÓN efectúo el traslado a dicha entidad; que al percatarse que su situación pensional se vería afectada por el traslado de régimen solicitó el traslado de régimen, la cual le fue negada por le hacía falta menos de 10 años para pensionarse; que realizadas las operaciones aritméticas en COLPENSIONES tendría una mesada pensional superior a la que le otorgarían en el RAIS; que a junio del 2019 contaba con 1065.29 semanas; que no es beneficiaria del régimen de transición y que le es más favorable pensionarse en el RPMPD.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 96), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda señalando que no es cierto que haya persuadido y/o constreñido a la demandante para afiliarse a esa entidad; que la demandante al momento de su vinculación recibió la asesoría necesaria para efectuar el traslado. Que el traslado está exento de los vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica. (fol. 54 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., por lo cual no procede ni la nulidad, ni la ineficacia. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad. Inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la genérica. (fol. 98 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y que, como consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar todos los aportes, bonos pensionales, rendimientos sin efectuar descuentos con ocasión del traslado o gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a aceptar las sumas trasladadas. Se condena en costas a la AFP PROTECCIÓN. (CD fol. 121)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que la demandante al absolver su interrogatorio de parte no confesó haber recibido la información necesaria al momento del traslado al RAIS. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra la apoderada de **COLPENSIONES** manifestó que "En atención a que contra la presente providencia no se interpuso recurso alguno y es criterio del Juez no conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de mi representada, atendiendo a diversos pronunciamientos expuestos por el H. Tribunal Sala Laboral y es mi obligación atender la defensa de Colpensiones respetuosamente me permito interponer recurso de apelación para que sea resuelto por el H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, lo anterior a que si bien la entidad comparte y respeta el criterio de la H. CSJ en relación con el deber de información a cargo de las AFP y la inversión de la carga de la prueba, no es menos cierto

que la demanda y el interrogatorio de parte decreto al demandante se basó y tiene como objeto circunstancias subjetivas de la cual es desconocedora, pues no estuvo presente al momento de la vinculación, ni tuvo injerencia en la misma, por tanto respetuosamente solicitó al Tribunal de Bogotá que en sede de instancia se sirva verificar si en el presente caso efectivamente se cumplen los presupuestos establecidos por la CSJ para de esta manera declarar o no la nulidad o ineficacia pretendida.

7. Alegatos Colpensiones. Indicó que la afiliación de la demandante goza de plena validez y que es ella quien deberá acreditar que no se le brindó la información requerida.

8. Alegatos demandante. Señaló que a la demandante no se le asesoró en debida forma, por parte de una persona conocedora y profesional en el tema, para que firmara una hoja de afiliación a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.,** viciando así su consentimiento, y logrando esta entidad trasladarla del entonces **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS** al régimen de ahorro individual. Que nunca la entidad demandada presentó un proyecto o simulación de pensión, por lo que es evidente que fue engañada y asaltada en su buena fe por parte de la funcionaria de **PROTECCION S.A.,** al momento de la afiliación, teniendo en cuenta que no le advirtieron las consecuencias desfavorables que le traería el afiliarse a esta entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿El recurso de apelación formulado por Colpensiones logra enervar los argumentos que sustentan la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (ii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Recurso de Colpensiones

Con la finalidad de resolver el problema jurídico formulado por la Sala, es oportuno indicar que la sustentación del recurso de apelación como requisito formal para su concesión no surge de un capricho legislativo, sino de una marcada necesidad que impone al inconforme con las decisiones judiciales, argumentar de forma precisa y detallada los motivos de su insatisfacción respecto de lo decidido por el *a quo*, pues sólo así es dable delimitar el campo de acción de la función jurisdiccional sobre aquellas decisiones recurridas, argumentación que sin requerir metodologías de proposición rigurosas, ni de formulismos preestablecidos, simplemente porque no existen, sí requiere de una argumentación jurídica y lógica sobre los medios de prueba, los preceptos normativos y las circunstancias fácticas controvertidas.

Lo anterior, ha sido ampliamente expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 4981-2017 en la que señaló que el ad quem debe limitar su estudio a los temas propuestos

y sustentados en el recurso, excepto cuando se trata de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Estas consideraciones son el fundamento para afirmar, que si bien las motivaciones de inconformidad expuestas por el apoderado de la parte actora en su recurso de apelación bastaron para que el *a quo* lo concediera desde el punto de vista formalista, en su argumentación realmente no atacó en ningún momento las razones del Juzgado que lo llevaron a declarar la ineficacia del traslado al RAIS, circunstancia que a todas luces carece de una seria confrontación entre los supuestos fácticos y los elementos de probanza, con el propósito de derrumbar las argumentaciones del *a quo* en la providencia ahora recurrida.

Lo anterior, para señalar que ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente, en representación de Colpensiones son de recibo, pues simplemente se limitó a señalar que solicitaba a esta Corporación que revisara si se cumplían o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad del traslado, lo cual claramente no controvierte la decisión del Juzgado, ni permite establecer los puntos o los apartes del fallo que no comparte ni encuentra ajustados a derecho, por lo que no queda otro camino que declarar desierto el recurso de apelación.

Ahora, teniendo en cuenta que Colpensiones es una entidad descentralizada de la cual la Nación es garante se estudiara en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la SS.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Adriana María Cadavid Gutiérrez, cotizó al ISS entre el 12 de diciembre de 1994 y el 30 de noviembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 31) y que el 22 de octubre de 1998, firmó el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 24)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Ahora, en lo que concierne a Colpensiones, es claro que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, su vinculación con dicha entidad quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP los **aportes** efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

Esta devolución no genera ningún detrimento para COLPENSIONES pues PROTECCIÓN debe trasladar los **dineros** que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir la AFP en mención de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido

al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones **aceptar el traslado y activar** en el régimen de prima media a la demandante. Se recalca que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la accionante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de Prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero del 2020, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de $570.000, las cuales se liquidarán en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ MARINA RODRÍGUEZ CASTILLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP PORVENIR***
RADICACIÓN:	***1100131050-28-2017-00819-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Marina Rodríguez Castillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS ante la indebida y nula información brindada por PORVENIR. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad y a corregir y actualizar su historia laboral. Finalmente solicita se les condene a las demandadas a las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 2 de enero de 1962; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 18 de julio de 1989; que el 28 de abril del 2004 se trasladó al RAIS a la AFP PORVENIR S.A.; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que alcanzó a cotizar a Colpensiones 707 semanas y 658 semanas en el RAIS, para un total de 1365 semanas; que solicitó la nulidad del traslado ante las demandadas, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 109), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP POVENIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado que efectúo la demandante al RAIS no se hizo en contra de ninguna de prohibición legal, por el contrario, se dio cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico. Que la demandante debe probar que efectivamente son se le brindó la información necesaria al momento del traslado. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 80 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el origen de la presente acción no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto del valor de la mesada pensional que recibirá en cada uno de los regímenes. Propuso como excepción de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad de orden público y la genérica. (fol. 111 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de febrero del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la nulidad de la afiliación al RAIS y declaró que la demandante estaba válidamente al RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR a trasladar todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta individual de la demandante. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demadadas. (CD fol. 148)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el derecho a reclamar la nulidad del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que solicita se proteja la sostenibilidad financiera de Colpensiones y en consecuencia, se le absuelva de todas las pretensiones de la demanda.

Inconforme con la anterior decisión, **AFP PORVENIR S.A** interpuso recurso de apelación argumentando que no existen razones fácticas, ni jurídicas para aceptar la nulidad del traslado. Que el traslado se hizo de manera consciente y sin ningún vicio del consentimiento y bajo las normas vigentes. Que la demandante recibió la información requerida. Que las ventajas y desventajas del RAIS estaban en la Ley 100 de 1993. Que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, ni de los seguros de invalidez y sobrevivencia.

7. Alegatos AFP PORVENIR S.A. Indicó que le brindó a la demandante la información necesaria al momento de su traslado. Que para el momento del traslado no era necesario documentar la información que se brindaba. Que la obligación del buen consejo y la doble asesoría se creó a partir del 2010 y 2014. Que la demandante

contaba con plena capacidad legal para decidir al momento del traslado. Que no resulta viable que se ordene a la administradora a devolver los gastos de administración y las sumas que ha pagado por concepto de primas de seguros previsionales, como quiera que dichas sumas se descuentan por mandato legal y tienen una destinación específica.

8. Alegatos demandante. Solicita se confirme en su integridad el fallo apelado, pues no se demostró que el momento del traslado estuviese precedido de la suficiente ilustración e información, para lo cual cita jurisprudencia de la CSJ.

9. Alegatos Colpensiones. Pide se revoque la decisión proferida en primera instancia, pues no se probó ningún vicio del consentimiento. Que a la demandante se le brindó la información necesaria al momento del traslado. Que con el traslado se afecta la sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

De la ineficacia del traslado de régimen

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS y que el Juez así lo declaró, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte

Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Luz Marina Rodríguez Castillo, cotizó al ISS entre el 18 de julio de 1989 al 30 de abril del 2004, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 53 y s.s.) y que el 28 de abril del 2004 firmó el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fol. 88); traslado que se hizo efectivo a partir del 1º de junio del 2004, como aparece en la certificación expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fol. 87)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 2004- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Luz Marina Rodríguez Castillo, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el

porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PORVENIR sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PORVENIR de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4360-2019, se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante, siendo claro que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

De la excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de febrero del 2020, por el Juzgado 28 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 AFP PORVENIR y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $750.000 a cada una, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JORGE ELIECER RAMOS DÍAZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***32-2019-00213-01***
ASUNTO:	***CONSULTA***
TEMA:	***INCREMENTO DEL 14%***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Eliecer Ramos Díaz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento establecido en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, por su cónyuge a cargo a partir del 1° de abril del 2012, junto con los intereses moratorios, la indexación de los incrementos adeudados, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que mediante la Resolución GNR 64404 del 5 de marzo del 2015, se le reconoció la pensión de vejez al demandante, dando cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá; que la pensión le fue reconocida bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición; que la pensión de vejez le fue reconocida a partir del 1° de abril del 2012, en cuantía inicial de $566.700; que contrajo matrimonio con la señora María Gladys Martínez Ramos el 7 de julio de 1968; que han convivido por más de 50 años compartiendo techo, lecho y mesa; que su cónyuge depende económicamente de él y no percibe ninguna pensión; que solicitó ante Colpensiones el incremento deprecado, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 38), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los incrementos deprecados fueron derogados al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conforme lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia SU140 del 2019. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de los intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica. (fol. 39 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de marzo del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 65)

Su decisión se basó en que los incrementos deprecados fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

5. Alegatos demandante. Señala que no es comprensible que no se le reconozcan los incrementos del 14% por cónyuge a cargo y que el fallador de primera instancia no reviso las pruebas para determinar si se había probado o no la dependencia económica.

6. Alegatos Colpensiones. Solicita se mantenga la decisión proferida en primera instancia, pues no se cumplen con los requisitos para acceder a los incrementos por cónyuge a cargo, como quiera que estos fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario?

Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y**

vejez se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículo 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho

momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por**

inconstitucionales pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido.

En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina Constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Jorge Eliecer Ramos Díaz	Resolución GNR N° 64404 del 5 de marzo del 2015	1° de abril del 2012	$566.700 (fl. 24)

A quien se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, aunque por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo del 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva Voto



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GUILLERMO SUESCA SAMUDIO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-16-2019-00034-01***
ASUNTO:	***CONSULTA***
TEMA:	***INCREMENTO DEL 14%***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Guillermo Suesca Samudio instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento establecido en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 por su cónyuge a cargo a partir del 7 de marzo del 2013, junto con los intereses moratorios, la indexación de los incrementos adeudados, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 19 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que Colpensiones mediante la Resolución SUB 321807 del 2018 le reconoció una pensión de vejez a partir del 7 de marzo del 2013 por cumplir con los requisitos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990; que contrajo matrimonio con la señora Melida Ramírez Virviesca el día 28 de noviembre de 1998; que conviven de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho; que su cónyuge depende económicamente de él, pues no trabaja, ni disfruta de una pensión; que solicitó el incremento deprecado a Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 33), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.
3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los incrementos deprecados no son procedentes de acuerdo a la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fol. 39 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de febrero del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 48)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la Corte Constitucional que afirma que los incrementos deprecados fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

5. Alegatos Colpensiones. Indicó que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que " Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...", (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden. Señaló además que la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Carta Política, a través de sentencia SU 140 de 2019 concluyó que salvo se trate de derechos adquiridos con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

6. Alegatos demandante. Manifestó que con las pruebas allegadas se logró demostrar que el demandante tiene derecho al incremento establecido en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990. Solicita que no se aplique la prescripción total del derecho, pues al ser un derecho de naturaleza periódica tiene el carácter de imprescriptible, pudiéndose afectar únicamente las mesadas no pagadas a tiempo. Que la sentencia de unificación 140 del 2019 debe aplicarse hacía futuro, por lo que no se debe aplicar al presente caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Si los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de

1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser sus beneficiarios?

VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 21 DEL ACUERDO 049 DE 1990

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra

Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

RESPETO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

CASO CONCRETO

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Guillermo Suesca Samundio, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución SUB 321807 del 11 de diciembre del 2018 a partir del 7 de marzo del 2013, en cuantía inicial de $781.242, por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de febrero del 2020, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva Voto

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ANGELA MARÍA CAICEDO (CÒNYUGE SUPERSTITE)***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-31-2019-00006-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN COLPENSIONES Y CONSULTA EN SU FAVOR***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Angela María Caicedo calidad de cónyuge supérstite, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su cónyuge Luis Emilio Quimbayo Góngora, la cual deberá ser pagada junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que al señor Luís Emilio Quimbayo Góngora (q.e.p.d.) le fue reconocida por parte de Colpensiones una pensión de vejez mediante la Resolución N° 40083 del 1° de enero del 2007; que contrajo matrimonio con el señor Quimbayo desde el 5 de diciembre de 1982; que de dicha unión se procrearon dos hijos; que convivieron durante más de 35 años, hasta el día del fallecimiento del señor Quimbayo; que siempre se prestaron ayuda mutua e hicieron una comunidad de vida permanente; que por

su delicado estado de salud el señor Quimbayo debió trasladarse a vivir a Girardot; que siempre continúo con la ayuda económica y afectiva; que el señor Quimbayo falleció el 5 de octubre del 2017; que la demandante padece de varias enfermedades, la más relevante son las crisis de ansiedad, la cual le impide trasladarse de una ciudad a otra, motivo por el cual decide quedarse viviendo en Bogotá; que solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional ante Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 69); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no probó la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 70 y s.s.)

4 Vinculación hijos causante
Mediante auto del 8 de marzo del 2019 la falladora de primera instancia vinculo a los dos hijos del causante Lina Angela y Luís Darío Quimbayo Caicedo, quienes acudieron a la presente acción señalando que coadyuvaban las pretensiones de la demanda.
(fol. 86 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia condenó a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobreviviente con carácter vitalicia generada por el fallecimiento del señor Luís Emilio Quimbaya Góngora a partir del 5 de octubre del 2017 en cuantía inicial de $2’807.758. condenó a pagar la suma de $60’818.946,56 por las mesadas causadas entre el 5 de octubre del 2017 y el 30 de abril del 2019. Condenó a Colpensiones a pagar los intereses moratorios a partir del 7 de agosto del 2018. Condenó en costas. (CD fol. 101)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003. Que la demandante reclama en calidad de cónyuge supérstite, quien debe acredita haber convivido con el causante 5 años en cualquier tiempo, lo cual logró probar con la prueba testimonial recaudada por lo que no tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente pretendida. Declaró no probada la excepción de prescripción, pues no alcanzó a transcurrir el término trienal exigido en la norma. Condenó a pagar los intereses moratorios a partir de los dos meses de haberse elevado la solicitud.

6. **Impugnación y límites del ad quem**. Inconforme con la anterior decisión la demandada interpuso recurso de apelación argumentando que no se debe

condenar al pago de intereses moratorios, ni costas procesales, pues su actuar estuvo revestido de buena fe, pues la demandante no logró probar en el trámite administrativo la convivencia exigida.

7. Alegatos demandante. Indicó que no es viable que la demandante sea declarada como beneficiaria de la pensión de sobreviviente a causa del fallecimiento del señor LUIS EMILIO QUIMBAYO GONGORA, toda vez que no cumple con el requisito de ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Y se conocerá en consulta en su favor en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable. (Sentencia CSJ STL 7382-2015)

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Si la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión de sobreviviente?; (ii) ¿Si se debe declarar no probada la excepción de prescripción?; (iii) ¿si son procedentes los intereses moratorios deprecados y a partir de cuándo?; (iv) cuantificación del retroactivo y (v) ¿si es procedente impartir condena en costas?

Fallecimiento
Para resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor señor LUÍS EMILIO QUIMBAYO GÓNGORA (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 17, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 5 de octubre del 2017, como se indicó en el libelo incoatorio.

Calidad de Pensionado
Se encuentra demostrado que el señor LUÍS EMILIO QUIMBAYO GÓNGORA (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de pensionado, según da cuenta la Res. 40083 del 1° de enero del 2007, que se allegó en el expediente administrativo visible a folio 83, hecho que fue aceptado en la contestación de la demanda (fol. 71).

Normatividad aplicable
La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en diciembre de 2009. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos sustitución pensional
La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la cónyuge son

fundamentalmente dos, de una parte la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento, y de otra parte, acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora ANGELA MARÍA CAICEDO, nació el 13 de abril de 1958, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 62, luego para la muerte del señor JOSÉ LUÍS CÁRDENAS (q.e.p.d.), contaba con 59 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, se puede afirmar que constituye el objeto de la litis por ser el punto de distanciamiento entre la accionante y COLPENSIONES, quien en Resolución SUB 156485 del 18 de junio del 2018, resolvió negativamente la petición de pensión, bajo el argumento de no haberse logrado demostrar durante los 5 años anteriores al fallecimiento, como se extrae del contenido del documento obrante a folio 10.

En el presente caso se observa que, la señora Angela María Caicedo contrajo **matrimonio** con el señor Luís Emilio Quimbayo Góngora (q.e.p.d.) el 5 de diciembre de 1982, como se extrae del registro civil de matrimonio visible a folio 18 y que convivieron por más de 5 años en cualquier tiempo como lo relatan los testigos traídos al proceso entre los que se encuentra el señor Jaime Enrique Contreras (cd fol. 100) quien manifestó conocer a la pareja porque fue esposo de una de las hermanas de la señora Angela María; afirma haber conocido al causante más o menos en el año 1978; que primero fueron novios y luego se casaron en el año 1982 y que tiene conocimiento de la convivencia de la pareja hasta el año 1996, es decir, aproximadamente por 14 años.

La anterior declaración coincide con la de la señora Dorian Caicedo (cd fol. 100), quien manifestó ser hermana de la demandante y tener conocimiento de que la pareja entabló noviazgo, casándose alrededor de los años 1982 a 1984, conviviendo como pareja más o menos por 12 a 15 años; indica que cuando el causante falleció vivía en Girardot pues para su salud, le era más favorable ese clima.

En igual sentido rindieron declaración los hijos de la pareja, quienes absolvieron términos interrogatorio de parte decretado de oficio.

Conforme a lo anterior, encuentra esta Colegiatura que acertó el fallador de primera instancia al reconocer la pensión de sobreviviente a la demandante, no siendo necesario acreditar, como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 5150-2019, que la cónyuge separada de hecho continúo siendo parte de la familia del causante o que siguió la ayuda mutua entre ellos hasta el fallecimiento, como quiera que este tema ha sido revaluado por la Corte Constitucional como se observa en la sentencia T- 409 del 2018, oportunidad en

la cual el máximo órgano de la jurisdicción constitucional dejó sentado que no se pueden exigir requisitos diferentes a los consagrados en el ordenamiento jurídico, el cual exige para la cónyuge separada de hecho:

(i) Acreditar la vigencia del vínculo matrimonial y
(ii) Haber convivido 5 años en cualquier tiempo,

Como fundamento de la decisión, señala que con la reforma introducida por el inciso 3º del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo

Conforme a lo anterior, es claro que la señora Angela María Caicedo logró demostrar la convivencia exigida, por lo que acertó el fallador de primera instancia al condenar a Colpensiones a reconocerle la sustitución pensional deprecada a partir del 5 de octubre del 2017, fecha del fallecimiento.

Cuantía de la pensión
Respecto a la cuantía de la pensión, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia, le corresponde a la accionante el 100% de la pensión que dejo causada el señor Quimbayo, la cual para el año 2017 ascendía a la suma de $2’807.758.

Excepción de prescripción
Teniendo en cuenta que en la contestación de la demanda fue propuesta la excepción de prescripción, se debe estudiar este medio exceptivo de la siguiente manera:

Como la obligación pensional se hizo exigible el 5 de octubre del 2017, fecha de fallecimiento del señor LUÍS EMILIO QUIMBAYO (q.e.p.d.), la reclamación administrativa fue presentada por la accionante el **4 de enero del 2018** conforme se allegó en el expediente administrativo (fol. 83) y la demanda fue radicada el 19 de diciembre del 2018 (fol. 66), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia.

Retroactivo adeudado
De conformidad con el art. 283 del CGP, se actualiza la condena encontrando que Colpensiones adeuda a la demandante la suma de **$112’990.384,86** por

las mesadas causadas entre el 5 de octubre del 2017 y el 31 de agosto del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 5 de octubre del 2017 y el 31 de agosto del 2020				
Año	% aumento	valor mesada	N° mesada	Subtotal
2017	*5,75%*	$2.807.758,00	3,83	$ 10.753.713,14
2018	*4,09%*	$2.922.595,30	13	$ 37.993.738,93
2019	*3,18%*	$3.015.533,83	13	$ 39.201.939,83
2020	*3,80%*	$3.130.124,12	8	$ 25.040.992,96
Total adeudado				**$ 112’990.384,86**

Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensiónales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Frente al término con que cuenta la administradora para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, tiene sentado la Sala que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 717 del 2001 es de **dos meses después de radicada la solicitud** por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En el presente caso, se evidencia en la Resolución SUB 68401 del 13 de marzo del 2018 (exp. Adtivo. fol. 83) por medio del cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante, que la solicitud pensional fue elevada el 4 de enero del 2018, por lo que Colpensiones tenía hasta el 4 de marzo para reconocer la pensión y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios desde el **5 de marzo del 2018** hasta el momento en que se efectúe el pago.

Sin embargo, el fallador de primera instancia manifestó que los intereses moratorios corrían desde el **7 de agosto del 2018**, lo cual no mereció ningún reparo de la parte demandante, por lo que se dejará la fecha estipulada en la sentencia primigenia, pues el presente proceso se conoce en apelación y consulta en favor de Colpensiones a quien no se le puede hacer más gravosa su situación. Por lo que se confirma este punto.

Costas

Acertó el a quo al condenar en costas a la demandada por ser la parte vencida en el proceso conforme lo establece el art. 365 del CGP, norma que no establece que deba estudiarse si el actuar de la demandada estuvo o no revestido de buena fe para impartir condena.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 el 8 de mayo del 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de actualizar el retroactivo, por lo que se **CONDENA** a COLPENSIONES a pagar a la demandante la suma de **$112'990.384,86** por las mesadas causadas entre el 5 de octubre del 2017 y el 31 de agosto del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $750.000, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***VIRGINIA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ***
DEMANDADO:	***UGPP***
RADICACIÓN:	***1100131050-06-2014-00060-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA TERCERA AD EXCLUDENDUM-DEMANDADA***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Virginia Rodríguez Rodríguez instauró demanda ordinaria contra la UGPP, con el fin de que se DECLARE que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su compañero permanente Laureano Munevar Sainea, desde el 27 de mayo de 1995; asimismo, solicitó el reajuste de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el causante en el último año de servicios, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso. (fols. 187 y s.s.; subsanación fols. 213 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que convivió con el señor Laureano Munevar Sainea desde el mes de marzo de 1989 hasta la fecha de su fallecimiento, que lo fue el 27 de mayo de 1995; que en virtud de esa unión marital ella y el causante procrearon dos hijos; que el 6 de diciembre de 1996 solicitó a su nombre y el de sus dos hijos, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que Cajanal mediante Resolución 019135 del 25 de junio de 1998, reconoció el 50% de la prestación a favor de 3 hijos del causante, y en relación con el restante 50%, dispuso dejarlo en suspenso, hasta tanto se resuelva la controversia suscitada con la cónyuge del afiliado fallecido, la señora Ana Graciela Quintero de Munevar; que mediante sentencia del 4 de junio de 1992 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tunja, se declaró disuelta la sociedad conyugal existente entre el causante y la señora Ana Graciela Quintero de Munevar; que dependía única y exclusivamente de su compañero, por lo que insistió mediante diversas peticiones que

le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada nuevamente por Cajanal mediante el Auto ADP 002768 del 21 de febrero de 2013; que el causante además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y los incrementos por antigüedad, devengó auxilio de transporte, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, primas de servicios, navidad y de vacaciones, horas extras diurnas y recargos nocturnos.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 217), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones indicando que las mismas carecen de fundamento fáctico y jurídico. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, buena fe y la genérica. (fols. 219 y s.s.; subsanación fols. 252 y s.s.).

4. Demanda *tercera ad excludendum*. La señora Ana Graciela Quintero de Munevar, en calidad de tercera ad excludendum, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge Laureano Munevar Sainea, desde el 27 de mayo de 1995, la cual debe ser reajustada teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el causante durante el último año de servicios; asimismo, solicitó el reconocimiento de la indexación, los intereses moratorios y las costas del proceso. (fols. 341 y s.s.; subsanación fols. 362 y s.s.).

Como fundamento de sus pretensiones indicó que contrajo matrimonio católico con el causante el 9 de enero de 1965, con quien convivió de manera continua hasta el mes de marzo de 1989, fecha en la cual se interrumpió la convivencia conforme a la sentencia del 4 de julio de 1992, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tunja; que con el causante procreó 5 hijos; que luego de la decisión del Juzgado en mención, en la que se reconoció la separación de bienes, reanudó la convivencia con el causante, sobre todo por la desafortunada muerte de su hijo Leomet Munevar Quintero, en el mes de octubre de 1993, que desde dicha fecha su vida en común se prolongó hasta el fallecimiento del causante; que lo anterior, también se debió a que la señora Virginia Rodríguez Rodríguez abandonó al causante; que éste falleció porque tuvo un accidente de tránsito, el día en que iba a encontrarse con la señora Virginia Rodríguez, con el fin de entregarle una ayuda económica para sus hijos; que no había insistido en la reclamación de la pensión, porque se le informó erradamente que el 50% de la prestación se le había asignado a la demandante y que frente a ello no podía hacer nada.

5. Contestación demanda *tercera ad excludendum* por parte de la UGPP. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la señora Ana Graciela Quintero, argumentando que existe controversia entre ésta y la demandante, precisando que ninguna de ellas cumple con la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación reclamada. De otro lado, dijo que el IBL de la pensión debe liquidarse con base en la forma dispuesta por la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la genérica. (fols. 366 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo del 2019, complementada el 11 de julio de la misma anualidad, en la que la falladora de primera instancia condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la señora

Virginia Rodríguez Rodríguez la pensión de sobrevivientes, a partir del 27 de mayo de 1995, en un 50% de $155.636,64, junto con la indexación, declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad 14 de agosto de 2010, absolvió a la demandada de las pretensiones y finalmente, aclaró que la extinción o pérdida del derecho de los beneficiarios del restante 50% de la pensión de sobrevivientes, acrecerá la prestación de la demandante. (CD fols. 604 y 612).

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 artículo 47 en su versión original, conforme a la fecha de fallecimiento del causante, la cual exige como requisito tanto a la cónyuge como a la compañera permanente un mínimo de dos años de convivencia anteriores al deceso, a menos que en ese lapso se hubieren procreado hijos.

Precisó que los testimonios decretados a solicitud de la señora Ana Graciela Quintero en su calidad de cónyuge, no lograron acreditar que ésta convivió con el causante durante los últimos dos años anteriores al fallecimiento, advirtiendo que de conformidad con el documento contentivo de las declaraciones de terceros que corre a folios 46 y 45 vuelto, dicha convivencia solo estuvo vigente hasta el año 1989, y si bien la hija común del causante y la señora Ana Graciela Quintero indicó que éste se reconcilió con su progenitora y regresó al sitio de habitación 8 días antes de su muerte, ello no prueba la convivencia marital efectiva y no reúne el tiempo mínimo que exige la norma para prosperidad de la pretensión.

De otro lado, dijo que de las declaraciones rendidas por los testigos solicitados por la parte actora, se encuentra acreditado que la señora Virginia Rodríguez hizo vida marital con el causante desde el año 1989, lo cual también da cuenta la documental visible a folio 46 y 45 vuelto, precisando que si bien en dichos folios se indicó que la convivencia con la compañera no estuvo vigente hasta la fecha del deceso del causante, ello se desvirtuó con la prueba testimonial referenciada, por lo que es claro que la actora tiene derecho a la prestación pensional que reclama, a partir del 27 de mayo de 1995, en un porcentaje del 50%.

Agregó que no es procedente acceder a los intereses moratorios reclamados, en la medida que la entidad accionada dejó en suspenso el pago de la prestación hasta tanto la justicia ordinaria dirimiera el conflicto suscitado entre beneficiarios.

Finalmente, señaló que la demanda se formuló el 14 de agosto de 2013, por lo cual las mesadas causadas con anterioridad al 14 de agosto de 2010 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En sentencia complementaria, el Juzgado indicó que no es procedente la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reclamada en la demanda, en la medida que la misma debe liquidarse conforme al IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual fue correctamente aplicado por la entidad convocada.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **tercera ad excludendum (Ana Graciela Quintero de Munevar)** interpuso recurso de apelación argumentando que la controversia fue resuelta dando aplicación a una norma que ya no tiene vida jurídica, destancando que existe abudante jurisprudencia, en virtud de la cual se ha indicado que la cónyuge del causante con separación de bienes a la fecha del deceso, tiene derecho a la prestación por continuar vigente el vínculo matrimonial.

Por tanto, solicitó el reconocimiento del 80% de la pensión de sobrevivientes, por cuanto la señora Virginia Rodríguez solo acreditó 6 años de convivencia, mientras que ella (Ana Graciela Quintero) en calidad de cónyuge acreditó más de 24 años.

Por su parte formuló recurso de apelación la **UGPP** argumentando que el Juzgado omitió lo manifestado en las declaraciones extra juicio visibles a folios 45 a 46, pues de ellas se extrae que Virginia Rodríguez y el causante ya no convivían a la fecha del deceso, dado que existió separación desde hacía dos años y medio, lo cual resulta suficiente para revocar la decisión del *a quo*, amén que los testigos recaudados en el proceso se contradijeron, por lo que las declaraciones rendidas de manera voluntaria deben ser corroboradas y darles plena validez. Por tanto, dijo que la señora Virginia no logró acreditar dos años de convivencia con anterioridad a la fecha del deceso como lo exige el texto original de la Ley 100 de 1993.

8. Alegatos de conclusión tercera ad excludendum Ana Graciela Quintero de Munevar. El apoderado de la señora Ana Graciela Quintero de Munevar manifestó que la prueba testimonial es clara al acreditar que la relación afectiva y de convivencia se tuvo con ella y el señor LAUREANO MUNEVAR SAINEA por mas de dos años antes a su muerte, y que aun con la relación que sostuvo de forma intermitente con la señora VIRGINIA RODRIGUEZ, él siempre estuvo ligado afectivamente con el hogar conformado con ella.

9. Alegatos de conclusión UGPP. En lo que interesa al recurso de apelación la apoderada de la demandada indicó que la señora VIRGINIA RODRIGUEZ no logró demostrar la convivencia real y efectiva con el fallecido LAUREANO MUNEVAR por el termino de 2 años continuos y justo hasta el fallecimiento del causante, ya que la norma a aplicar, es decir la Ley 100 de 1993 señala: *"En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte"*. Por lo que a su juicio la demandante no desmotró el cumplimiento de los requisitos para hacerse beneficiaria de la sustitución pensional ya que la convivencia no puede ser acreditada en cualquier tiempo sino como lo regula el legislador hasta justo antes de la muerte del causante LAUREANO MUNEVAR.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la señora Ana Graciela Quintero y la UGPP se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandante Virginia Rodríguez Rodríguez tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que reclama, en caso positivo, en qué proporción? y (ii) ¿La *tercera ad excludendum* Ana Graciela Quintero de Munevar tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso positivo, en qué proporción?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor LAUREANO MUNEVAR SAINEA (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 17, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 27 de mayo de 1995, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en mayo 1995. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Semanas exigidas en calidad de afiliado

No se discute que el señor LAUREANO MUNEVAR SAINEA (q.e.p.d.), logró cotizar las semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues la demandada reconoció el 50% de la prestación que se reclama a favor de los hijos menores del causante, mediante Resolución 019135 del 25 de junio de 1998, en la cual además se dejó en suspenso el 50% restante hasta que la jurisdicción ordinaria dirima el conflicto suscitado entre las aquí reclamantes. (fols. 37 y s.s.).

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El numeral segundo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte; b. Que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, requisito que dejó causado el señor MUNEVAR SAINEA (q.e.p.d.), como ya se dijo.

Por su parte, el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrá derecho a la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el o la cónyuge o compañero (a) permanente supérstite. Y señala que en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del **pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta el fallecimiento y haber convivido no menos de 2 años con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido, dentro del término en mención como lo ha indicado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1365-2020.

Sobre el requisito de convivencia mencionado, resulta oportuno traer a colación lo que al respecto ha indicado la CSJ Sala de Casación Laboral, Corporación que ante la nueva composición de la Sala modificó su criterio en la sentencia SL 1730-2020 en la que señaló:

> *"…que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado al sistema que fallece**, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o*

compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado."

Por tanto, ante el anterior cambio de criterio de la CSJ y haciendo suyos esta Sala los pronunciamientos en la sentencia precitada, los Magistrados que conforman esta Sala de Decisión recogen su criterio para tener por sentado que ante la muerte de un afiliado al sistema los únicos requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia es que la cónyuge o compañera permanente demuestren tal calidad a la fecha de la muerte, siendo preciso adevertir que si bien en la sentencia citada se hace un análisis del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual no se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento del causante, lo cierto es que dicho criterio también resulta aplicable en tratandose de la Ley 100 de 1993 en su texto original, pues su artículo 47 también exige el requisito de convivencia de 2 años unicamente en relación con el fallecimiento de un pensionado, y no así respecto de un afiliado.

Siguiendo los derroteros expuesto por la CSJ, ha de precisarse además que, para acreditar ser la compañera permanente no es dable exigir la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante y *la tercera ad excludendum* cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

Derecho reclamado por la señora Ana Graciela Quintero

Sea lo primero indicar que conforme a la interpretación normativa y jurisprudencial expuesta, no han de atenderse los argumentos expuestos en la alzada por el apoderado de la señora Ana Graciela Quintero, en tanto que pretende el reconocimiento de la prestación a su favor, dando aplicación a la norma que actualmente regula la pensión de sobrevivientes, pues como ya se dijo y se tiene reiterado por la jurisprudencia, la norma aplicable al caso es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, que para el *sub lite* sin duda corresponde a la Ley 100 de 1993, en su redacción original.

Como se anunció, conforme al nuevo criterio definido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Ana Graciela Quintero de Munevar contrajo **matrimonio** con el señor Laureano Munevar Sainea (q.e.p.d.) el 9 de enero de 1965 (fol. 347), sin embargo, no puede pasarse por alto que el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tunja, el 4 de junio de 1992, declaró la disolución y liquidación de la sociedad conyugal constituida por éstos, como se advierte a folios 133 y s.s.

Sobre ello, ha de resaltar la Sala que conforme a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-515 de 2019, para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, es determinante analizar no solo la perspectiva del régimen pensional, sino también los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. Así, la Alta Corporación en la mencionada decisión indicó que:

> *"(…) el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relatico. Los bienes del haber absoluto incluyen las "pensiones"[60] (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo)[61]. Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda[62]. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente.*
>
> *(…)*
>
> *Con fundamento en lo anterior, es dado concluir que no hay mérito para continuar con el análisis de las etapas subsiguientes del juicio de igualdad, por cuanto, es claro que no existen sujetos comparables que se encuentren en situaciones de hecho o de derecho comparables, por cuanto, aquellos que se separaron de hecho (efectos personales) y que liquidaron su sociedad conyugal (efectos personales), no pueden tener una expectativa pensional dada la inexistencia de lazos afectivos o económicos entre el cónyuge supérstite y el causante"* (Subraya fuera de texto).

El anterior criterio jurisprudencial es posterior al deceso del señor MUNEVAR SAINEA, ocurrido en el año 1995, y surgió como consecuencia del análisis de constitucionalidad del inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, los argumentos expuestos por

el alto tribunal resultan igualmente aplicables al caso bajo estudio en el que resulta necesario verificar el tema del haber de la sociedad conyugal, cuya regulación se encuentra contenida en el código civil, según la cual, mientras se encuentre vigente, está constituida por los bienes contenidos en el art. 1781 dentro de los cuales se encuentran las pensiones, pero cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, extinguiéndose el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesando la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, debido a la inexistencia de lazos económicos con el causante.

Conforme al criterio jurisprudencial reseñado, es claro que acertó el Juzgado de primera instancia al negar el derecho a la prestación reclamada a favor de la señora Ana Graciela Quintero de Munevar, en tanto que como se encontró acreditado en el proceso, a la fecha de fallecimiento del causante, aunque se encontraba vigente el vínculo matrimonial constituido por éstos, en todo caso su sociedad conyugal ya se encontraba disuelta desde el año 1992.

Finalmente, en lo que respecta a los alegatos de conclusión allegados en esta instancia por el apoderado de la *tercera ad excludendum*, los mismos no serán tenidos en cuenta por la Sala de Decisión, en tanto desbordan los puntos de apelación por éste formulado, dado que nunca indicó en su alzada que la señora Ana Graciela Quintero de Munevar tiene derecho a la prestación reclamada porque reanudó su convivencia con el causante con dos años de anterioridad a su muerte.

Del derecho que le asiste a la demandante Virginia Rodríguez Rodríguez

En relación con la inconformidad formulada por la UGPP respecto de la decisión proferida por la falladora de primera instancia sobre el derecho que le asiste a la demandante en calidad de compañera permanente, ha de precisar la Sala que analizado en su conjunto el material probatorio obrante en el proceso, no se observa acreditada tal calidad a la fecha del fallecimiento del causante, ni que ésta formara parte de su familia, en los términos indicados por la Corte Constitucional, esto es, que existiera una comunidad de vida que se funda en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos, pues nótese que si bien los testigos allegados por la parte demandante, esto es, los señores Aura Nelci Gómez Torres, Rubecinda Zapata Barreto, José Montaño Talero, Saúl Montaño Talero (CD fol. 325), Pedro Antonio Pérez y Verónica Rodríguez Rodríguez (CD fol. 278), indicaron que la señora Virginia Rodríguez Rodríguez convivió con el señor Laureano Munevar Sainea hasta la fecha de su deceso, lo cierto es que dichas declaraciones presentan serias contradicciones que no le aportan credibilidad a la Sala de Decisión sobre ese aspecto.

Asi, adviértase que como lo indicó la UGPP en su alzada, a folio 45 vuelto y 46 obra declaración extra juicio de fecha 16 de enero de 1998, rendida por los señores Julian Estanislao Tobar Valencia y Nixon Humberto Herrra Arcos en calidad de amigos y vecinos del hijo del causante de nombre Nembert Munevar Quintero, sobre la cual no se solicitó ratificación, y de cuyo contenido se advierte que el causante fue esposo de la señora Ana Graciela Quintero hasta 1989, y que luego se fue a convivir con la señora Virginia Rodríguez, precisando que a la fecha de su fallecimiento no tenía vida en común con ésta hacía aproximadamente dos años y medio, pues vivía con su hijo Alexander Munevar Quintero, en un apartamento de su propiedad ubicado en el barrio la Florida de Tunja.

Igualmente, obsérvese que José Montaño Talero y Saúl Montaño Talero, indicaron en el proceso que conocieron a la pareja conformada por el señor Laureano Munevar y Virginia Rodríguez en los años 1995 y 1993 respectivamente, porque arrendaron un cuarto en la casa de habitación de su padre, y que les consta que vivían bajo el mismo techo con sus hijos, ya que allí los veían cuando visitaban a su progenitor; además, manifestaron ratificarse en la declaración extra juicio rendida el 14 de julio de 2009 (fol. 75); no obstante, lo indicado en el proceso se contradice con la misma, pues en ella señalaron que conocían al causante y que les constaba su convivencia bajo el mismo techo, de forma permanente durante 6 años hasta el día de su fallecimiento con la señora Viginia Rodríguez Rodríguez, lo cual no resulta coherente si se tiene que ante el Juzgado indicaron que conocieron a la pareja en el año 1993 y en el año 1995, esto es, máximo dos años antes de la fecha de la muerte del señor Laureano.

Por su parte, Rudencinda Zapata Barreto manifestó en el proceso que conoció a la actora entre los años **1982 y 1983** porque trabajó con ella vendiendo cosméticos; que la demandante tenía dos niñas que no eran del causante, que con éste procreó dos hijos y que su convivencia lo fue desde el año 1982 hasta el año 1995, cuando éste falleció; lo anterior, se contradice con indicado en su declaración extra juicio visible a folio 128, rendida el 31 de marzo de 2010, pues en ella adujo que conoce a la señora Virginia desde hace 25 años, es decir, a partir del año **1985** y que desde dicha sabe que la actora convivía con el señor Laureano; igualmente, se advierte contradicción con lo indicado por la propia convocante, quien desde su escrito de demanda afirmó que convivió con el causante desde el mes de marzo de **1989**.

Tambiém se tiene la declaración de Aura Nelcy Gómez Torres, en calidad de amiga de la demandante, quien manifestó en el proceso que conoció al causante como esposo de la señora Virginia Rodríguez cuando se trasladaron para Tierra Negra en el Municipio de Ventaquemada en el año **1994**; que procrearon una niña y un niño; que vivían en arriendo, que la accionante tenía una tiendita, se dedicaba al hogar y a las costuras. Lo anterior, no concide con lo manifestado por la testigo en la declaración extra juicio de fecha 31 de marzo de 2010 (fol. 128), ya que en esta indicó que conocía a la actora desde hacía 18 años, es decir, desde el año **1992** y que desde dicha data tiene conocimiento de la conviviencia de la señora Virginia Rodríguez y el señor Munevar Sainea.

Finalmente, se tiene la declaración de la señora Verónica Rodríguez Rodríguez, quien en calidad de hermana de la demandante, indicó que ésta convivó con el causante entre el año 1989 y el año 1995, de cuya unión procrearon dos hijos; además precisó que si bien escuchó que el señor Munevar tenía esposa e hijos con ésta, **nunca conoció a dichas personas**, lo cual se contradice con lo manifestado por la testigo en la declaración extra juicio rendida el 5 de octubre de 1995, pues en la misma manifestó que el causante al momento de su fallecimiento se encontraba separado de hecho con la señora Ana Graciela Quintero, de cuyo matrimonio disuelto se procrearon 5 hijos de nombres Nermbert, Elsa Esned, Alexander, Luis Carlos y José Edilberto Munevar Quintero (fol. 16).

De las testimoniales reseñadas, se reitera que se advierten contradicciones de tal envergadura que le impiden a la Sala otorgarles credibilidad y valor probatorio, de suerte que a partir de ellas no puede tenerse por probado que a la fecha de fallecimiento del causante la señora Virginia Rodríguez Rodríguez hacía vida marital con éste y por ende, tuviese la calidad de compañera, lo cual tampoco puede constatarse de las declaraciones rendidas por los testigos de la señora Ana Graciela

Quintero, pues nótese que conforme al dicho de su hija Elsa Esned Munevar Quintero y sus hermanas Luz Marina Quintero y Gladys Angela Quintero, el causante a la fecha del deceso no convivía con la señora Virginia Rodríguez Rodríguez; además desde que murió un hijo del causante y de la señora Ana Graciela, éste regresó al hogar, precisando que los últimos años se marchaba entre 2 y 8 días, pasados los cuales regresaba a la casa de la tercera *ad excludendum*. (CD fol. 564).

Asi las cosas, considera la Sala que contrario a lo resuelto por el Juzgado, la actora Virginia Rodríguez Rodríguez tampoco tiene derecho a la prestación que reclama, como lo indicó la UGPP en su alzada y en sus alegatos de conclusión, por lo que habrá de revocarse la decisión de primera instancia.

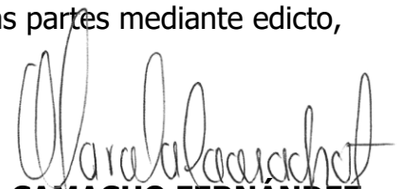
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019, por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar absolver a la UGPP de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante Virginia Rodríguez Rodríguez y la *tercera ad excludendum* Ana Graciela Quintero de Munevar.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva Voto)



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ				
PROCESO 17 2018 00016 01				
Cesantías causadas entre 4 de mayo de 1987 y el 7 de junio de 2017				
Fecha inicio	Fecha terminación	Ultimo Salario diario	Dias trabajados	Total auxilio
4/07/87	7/06/17	$737.717	10931	$ 22.399.957

Resonsabilidad solidaria de Amparo Figueroa de Riveros en auxilio de cesantías calculado hasta el 30 de septiembre de 2003				
Fecha inicio	Fecha terminación	Ultimo Salario diario	Dias trabajados	Total auxilio
4/07/87	30/09/03	$737.717	5932	$ 12.155.937

Indemnización por despido sin justa causa		
Total días	Salario diario	Total
612	$ 24.591	$ 15.049.427

Resonsabilidad solidaria de Amparo Figueroa de Riveros en indemnización por despido injusto hasta el 30 de septiembre de 2003		
Total días	Salario diario	Total
476	$ 24.591	$ 11.705.110

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ANA CRISTINA ACOSTA LOPEZ***
DEMANDADO:	***AMPARO FIGUEROA DE RIVEROS Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-17-2018-00016-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Cristina Acosta López instauró demanda ordinaria contra Luis Enrique Riveros Rubio, Amparo Figueroa de Riveros y Mónica Riveros Figueroa con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 4 de mayo de 1987 y el 7 de julio de 2017; en consecuencia, se condene a reconocer y pagar las cesantías, los intereses a las cesantías debidos, así como la sanción por falta de consignación de cesantías, la sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con los correspondientes intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 1 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió un contrato de trabajo verbal con el señor Luis Enrique Riveros Rubio como propietario del establecimiento de comercio Luchos Pan desde el 4 de mayo de 1987, para desempeñar el cargo de oficios varios, a cambio de un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente; que el establecimiento de comercio en mención también era de propiedad de la señora Amparo Figueroa de Riveros; que el 3 de septiembre de 1992 dicho establecimiento cambió su razón social a la de Rapid Luchos, momento en el cual no recibió liquidación de prestaciones sociales; que hasta el 3 de septiembre de 1992, no fue afiliada a un fondo de cesantías ni

tampoco al Sistema de Seguridad Social Integral; que el 3 de septiembre de 1992 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la señora Amparo Figueroa de Riveros, no obstante, también recibía órdenes de su esposo, el señor Luis Enrique Riveros; que desde el año de 1993 le fue depositado de manera esporádica el auxilio de cesantías, el 9 de noviembre de 1999 le fue autorizado pago parcial de cesantías por $800.000 y durante los años 1994, 1995 y 1996, se le reconoció la suma de $50.000 a título de intereses a las cesantías; que en algunas ocasiones por arreglos locativos, debió desempeñar sus funciones en el establecimiento de comercio Restaurante El Frijol IN, de propiedad de la hija de sus empleadores, la señora Mónica Riveros Figueroa, quien se convertiría en su nueva empleadora; que le fue realizada por la señora Amparo Figueroa un proyecto de liquidación de prestaciones sociales, la cual nunca le fue pagada; que su nueva empleadora Mónica Riveros Figueroa efectuó algunos pagos de cesantías, intereses a las cesantías y aportes a pensión; que el 7 de julio de 2017 fue despedida, por cuanto el establecimiento Tenedor 5 debía ser cerrado; que a la fecha no le ha sido reconocida la indemnización por despido injusto, ni la liquidación de sus prestaciones sociales por el tiempo laborado, pues únicamente se le hizo un abono de $1.000.000.

2. Contestación demanda. Los accionados contestaron la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, argumentando que entre el 4 de mayo de 1987 y el 2 de septiembre de 1992, el contrato de trabajo existió con el señor Luis Enrique Riveros para que la demandante se desempeñara en labores de oficios varios en el establecimiento de comercio denominado Luchos Pan; que desde el 3 de septiembre de 1992 la actora suscribió contrato de trabajo con la señora Amparo Figueroa de Riveros, para ocupar el cargo de oficios varios en el establecimiento de comercio denominado Rapid Luchos, vínculo que se ejecutó hasta el 30 de septiembre de 2003; que desde el 1º de octubre de 2003 hasta el 7 de julio de 2017, la demandante sostuvo una relación laboral con la señora Mónica Riveros Figueroa. Que las prestaciones reclamadas en relación con los dos primeros contratos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción. Que lo debido respecto del último contrato será debidamente cancelado a la parte actora.

Propuso como excepciones previas las de prescripción e inepta demanda. (fols. 46 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de marzo del 2019, en la que el Juzgado declaró que entre la demandante y Amparo Figueroa de Riveros existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de mayo de 1987 y el 30 de septiembre de 2003; asimismo, declaró que entre la actora y la señora Mónica Riveros Figueroa existió un contrato de trabajo entre el 1º de octubre de 2003 y el 7 de julio de 2017; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; condenó a Mónica de Riveros de Figueroa a pagar $11.018.597 por concepto de sanción por no consignación de cesantías, $7.008.311 por indemnización por despido injusto y $11.631.338 por indemnización moratoria; condenó a la señora Amparo Figueroa de Riveros, a pagar los aportes al sistema General de Pensiones

causados entre el 4 de mayo de 1987 y el 10 de febrero de 1993, con destino a Colpensiones previo cálculo actuarial que haga dicha entidad, con base en el salario mínimo legal mensual vigente para cada época; absolvió a las demandadas en mención de las demás pretensiones y al señor Luis Enrique Riveros de todas las pretensiones; ordenó el desglose del título judicial que obra en el proceso para que sea sometido a reparto por la oficina judicial; finalmente, condenó en costas a Amparo Figueroa de Riveros y a Mónica Riveros Figueroa. (CD fol. 238).

Su decisión se basó en que conforme a la certificación obrante a folio 21, la demandante se vinculó con Amparo Figueroa desde el 4 de mayo de 1987 en el establecimiento de comercio el Tenedor, además, obra contrato de trabajo suscrito con dicha demandada el 3 de septiembre de 1992, el cual se extendió hasta el 30 de septiembre de 2003, como se observa de la certificación obrante a folio 24 y la liquidación de prestaciones sociales que se encuentra a folio 35, de suerte que entre el 4 de mayo de 1987 y el 30 de septiembre de 2003, el contrato de trabajo existió entre la demandante y la señora Amparo Figueroa.

De otro lado, señaló que conforme a la documental obrante en el proceso, entre el 1º de octubre de 2003 y el 7 de julio de 2017, existió otro contrato de trabajo entre la accionante y la señora Mónica Riveros Figueroa, precisando, además que no obra evidencia en el proceso de la existencia de una relación laboral con el señor Luis Riveros.

Igualmente, adujo que teniendo en cuenta las fechas de terminación de cada uno de los contratos de trabajo y que la demanda fue formulada el 18 de enero de 2018, ha operado el fenómeno de la prescripción sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al 18 de enero de 2015, exceptuando las cesantías del segundo contrato de trabajo, que se hicieron exigibles a su fecha de terminación, los aportes al Sistema General de Pensiones sobre los que no opera dicha excepción, y las vacaciones que sufren afectación con anterioridad al 18 de enero de 2014.

Señaló que la parte demandada reconoció por cesantías la suma de $10.157.953, la cual se corresponde con el valor causado entre el 1º de octubre de 2003 y el 7 de julio de 2017, de manera que no se adeuda suma alguna por dicha acreencia, circunstancia que también se advierte en relación con las primas y los intereses a las cesantías causados entre 2015 y 2017, así como de las vacaciones causadas entre 2014 y 2017.

Dijo que las cesantías debidas por la demandada Mónica Riveros, no fueron consignadas a un fondo de pensiones, pues su pago solo se efectuó mediante título judicial consignado el 23 de octubre de 2018, de suerte que procede la sanción por omisión a ese deber, de la siguiente manera: por las cesantías causadas en el 2015, se deberán pagar el valor correspondiente a la sanción, que va desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017 y, en relación con las cesantías causadas en el año 2016, se deberá reconocer el valor correspondiente a la sanción causada entre el 15 de febrero de 2017 y el 7 de julio de la misma anualidad; en cuanto a las cesantías del año 2017 señaló que

no se genera sanción, dado que las mismas debían pagarse directamente a la trabajadora.

Adujo que procede la indemnización por despido injusto, por cuanto la demandada Mónica Riveros aceptó que finiquitó el vínculo por cierre de su establecimiento de comercio, lo cual no constituye justa causa, conforme a la jurisprudencia de la CSJ.

Finalmente, precisó que deben reconocerse los aportes al Sistema General de Pensiones que no fueron consignados, entre el 4 de mayo de 1987 y el 10 de febrero de 1993, y que, teniendo en cuenta que durante la vigencia del contrato de trabajo y a la terminación del mismo la señora Mónica Riveros no pagó la totalidad de prestaciones causadas, debe reconocerse la indemnización moratoria desde el 8 de julio de 2017 hasta el 22 de octubre de 2018, fecha esta en la que se realizó el depósito judicial.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en el presente caso existió un solo contrato de trabajo, contrario a lo afirmado por el *a quo*, quien no valoró la certificación laboral del 26 de abril de 2014 suscrita por Mónica Riveros, y en la cual afirmó que la actora prestó sus servicios desde el 4 de mayo de 1987, de manera que si dicha empleadora no tenía nada que ver con la convocante mientras se ejecutó el otro contrato de trabajo, pues no debió expedir la documental en mención.

Agregó que la señora Amparo Figueroa también suscribió certificación laboral como propietaria del establecimiento de comercio el Tenedor 5, en papel membrete de este, reconociendo la existencia de la relación de trabajo, por lo cual resulta claro que declarar dos relaciones laborales implica el desconocimiento de una cantidad de prestaciones causadas a favor de la demandante.

Adujo que el Juzgado no interpretó adecuadamente el artículo "56" de la Ley 50 de 1990, en la medida que deben consignarse las cesantías causadas a favor del trabajador, antes del 15 de febrero de cada año, sumado a que la demandante no podía hacer ningún reclamo antes del 7 de julio de 2017, momento en el cual terminó el vínculo laboral, pues no conocía la manera en como se iba a liquidar esa prestación, de suerte que resulta equivocado reconocer la sanción por su falta de consignación desde el año 2015, y no desde el año 1987, o desde el 2003, en caso de que se reconozca la existencia de dos contrato de trabajo, máxime que la demandada Mónica Riveros en su interrogatorio de parte confesó que comenzó a pagar las cesantías a partir del año 2007.

Finalmente, señaló que el Juzgado no hizo mención alguna de las dotaciones reclamadas en el escrito de demanda.

5. Alegatos de conclusión segunda instancia. El apoderado de la aprte actora indicó en sus alegaciones que el demandado confesó haber tenido como trabajadora a la señora CRISTINA ACOSTA, pero no logró demostrar el pago de

las acreencias laborales, ni la afiliación a la seguridad social de la trabajadora , a partir del 4 de mayo de 1987; además, que de los interrogatorios absueltos por los demandados y de las certificaciones aportadas con la demanda, se demuestra que ellos tenían un negocio familiar, al cual por varias ocasiones le cambiaron de nombre, pero sus trabajadoras siempre fueron las mismas desde mayo de 1987. Por ello, adujo que el fallador de primera instancia se equivocó al interpretar que existieron dos contratos distintos con solución de continuidad, máxime si se tiene en cuenta que hasta cuando la demandante trabajó en el establecimiento denominado EL TENEDOR 5, todos los demandados le daban órdenes y en general subordinaban a la trabajadora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Si en el presente caso, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primera instancia, existió un solo contrato de trabajo con la demandante desde el 4 de mayo de 1987 y, por ende, debe condenarse a las prestaciones reclamadas desde dicha fecha? (ii) ¿Si la sanción por falta de consignación de cesantías reconocida por el Juzgado debe reconocerse por el tiempo de vigencia de la relación laboral?

De la existencia de un solo contrato de trabajo y de las prestaciones debidas

Discute la parte actora la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia, por cuanto considera que, de la prueba documental obrante en el proceso, en particular las certificaciones expedidas por la señora Amparo Figueroa de Riveros y Mónica Riveros Figueroa, se encuentra acreditado que en realidad en el presente caso existió un solo contrato de trabajo desde el 4 de mayo de 1987 hasta el 7 de julio de 2017.

Al respecto se observa a folio 21 del expediente, certificación del 28 de septiembre de 2004, en la cual la señora Amparo Figueroa de Riveros en calidad de propietaria del establecimiento Tenedor 5, indicó que la señora Cristina Acosta labora en el mismo, desde el 4 de mayo de 1987 en el cargo de Jefe de Meseras.

Igualmente, a folio 22 obra certificación de fecha 26 de noviembre de 2014, en la cual la señora Mónica Riveros Figueroa, indicó en calidad de propietaria del establecimiento Tenedor 5, que la demandante labora en el mismo, desde el 4 de mayo de 1987, desempeñando el cargo de Oficios Varios.

De las documentales en mención, se puede establecer con claridad como lo anuncia el apelante, que la demandante prestó sus servicios en dicho

establecimiento de comercio desde el 4 de mayo de 1987, lo cual no fue considerado por el Juzgado de primera instancia quien muy a pesar de lo allí indicado procedió a declarar la existencia de dos relaciones laborales.

En este punto, cabe recordar que la CSJ entre otras, en la sentencia SL14426-2014, sobre el valor probatorio de los certificados laborales, estableció que: *"el juez laboral debe tener como un hecho 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."*

En ese orden, se tiene que en el *examine* debe otorgársele valor probatorio a las documentales anteriormente referenciadas, ya que no fueron objeto de tacha de falsedad material ni ideológica, no fueron desconocidas y su contenido no se encuentra desvirtuado por sus suscriptores.

Se debe resaltar que, aunque la demandante manifestó en su escrito inicial que aparte del Tenedor 5, también prestó sus servicios en los establecimientos denominados Luchos Pan y Rapid Luchos, lo cierto es que del análisis conjunto de las pruebas recaudadas y en aplicación del principio de primacía de la realidad contenido en el artículo 53 de nuestra carta magna, se concluye que la labor fue ejecutada sin solución de continuidad por la señora Ana Acosta Lopez en un establecimiento de comercio dedicado a la misma actividad comercial, esto es, al expendio de comidas, que a lo largo de la relación laboral cambió de propietario y de razón social, conforme a lo expuesto por las partes intervinientes en el proceso.

A la anterior conclusión se arriba, luego de analizar las certificaciones laborales y las declaraciones de los demandados, quienes confesaron que el señor Luis Enrique Riveros Rubio como propietario de la panadería Luchos Pan contrató a la demandante, quien prestó sus servicios hasta 1990-1992, fecha ésta última en la que el demandado en mención afirma sin probar que liquidó su negocio; que su esposa la señora Amparo Figueroa de Riveros continuó a cargo del mismo como cafetería y restaurante con el nombre Rapid Luchos, quien además contrató a la señora Ana Cristina Acosta hacia el año 1992 y hasta el año 2003; que la señora Mónica Riveros continuó siendo propietaria del negocio en mención, pero bajo la denominación de Tenedor 5, y con quien continuó trabajando la actora hasta el 7 de julio de 2017. (CD fol. 131)

Así las cosas, del análisis de las documentales anteriormente anotadas y las declaraciones de parte mencionadas, se tiene que la demandante prestó sus servicios desde el 4 de mayo de 1987, como se encuentra contenido en las certificaciones laborales, fecha para la cual el establecimiento se denominaba Panadería Luchos Pan de propiedad del señor Luis Enrique Riveros, además a

partir del 3 de septiembre 1992, continuó prestando sus servicios pero bajo las órdenes de la señora Amparo Figueroa de Riveros, nueva propietaria del mismo establecimiento de comercio, el cual en todo caso cambió de nombre a Rapid Luchos y finalmente, continuó la prestación del servicio pero a favor de otro propietario, esto es, Mónica Riveros Figueroa, desde el 1º de octubre de 2003, época para la cual el establecimiento pasó a denominarse Tenedor 5.

En este punto cabe anotar que, si bien la demandante suscribió contrato de trabajo el 3 de septiembre de 1992 con la señora Amparo Figueroa de Riveros como se observa a folio 20, lo cierto es que el mismo no está llamado a surtir ningún efecto en la medida que la relación laboral que había celebrado desde el 4 de mayo de 1987 con el señor Luis Riveros no se advierte terminada y liquidada a esa fecha. Igualmente cabe precisar que, aunque se indica por la parte pasiva que el contrato de trabajo vigente entre la demandante y la señora Amparo Figueroa de Riveros terminó el 30 de septiembre de 2003, lo cierto es que dicho vínculo en la realidad no finiquitó en esa fecha porque no obra prueba del pago de la liquidación vista a folio 35, ni tampoco carta de terminación proveniente de la empleadora o carta de renuncia de la trabajadora.

Por tanto, para la Sala no hay duda que en el presente caso existió un solo contrato de trabajo desde el 4 de mayo de 1987 y hasta el 7 de junio de 2017, como acertadamente se indica en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión, en tanto que se repite, la actora siempre prestó sus servicios en el mismo establecimiento de comercio sin solución de continuidad, que simplemente cambió de razón social y de propietarios, lo cual no tiene la virtud de alterar el vínculo, dado que se presentó la figura de la sustitución patronal de que trata el artículo 67 del CST, que a la letra dispone: *"Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios."*

Así las cosas, habrá de declararse la existencia de un solo contrato de trabajo con la demandante desde el 4 de mayo de 1987 hasta el 7 de junio de 2017, siendo su último empleador Mónica Riveros Figueroa, quien sustituyó patronalmente a la señora Amparo Figueroa de Riveros, quien a su vez sustituyó al primer patrono, el señor Luis Enrique Riveros.

De conformidad con lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, en los términos anotados y como quiera que, en virtud de la sustitución patronal, el antiguo patrono responde solidariamente por las obligaciones que le sean exigibles a la fecha en que se dio la sustitución, se condenará a la señora Amparo Figueroa de Riveros a responder solidariamente por las obligaciones que se hayan generado a favor de la trabajadora hasta el 30 de septiembre del 2003.

En lo que respecta al señor Luis Enrique Riveros no se impondrá condena alguna, como quiera que en el recurso de apelación no se hace ninguna petición en su contra, sin embargo, no sobra advertir que conforme al artículo 69 del CST, las demás demandadas pueden repetir en su contra.

De las prestaciones sociales debidas en virtud de la existencia de un solo contrato de trabajo

Ha de decir la Sala que el reconocimiento de un solo contrato de trabajo a favor de la trabajadora, en nada cambia la postura asumida por el despacho primigenio en relación con las vacaciones, los intereses a las cesantías y las primas de servicios reclamadas, en tanto que el vínculo laboral terminó el 7 de julio de 2017 y la demanda fue formulada el 18 de enero de 2018, como se advierte del acta individual de reparto visible a folio 39, luego es claro que operó el fenómeno de la prescripción sobre los intereses a las cesantías y las primas causadas con anterioridad al 18 de enero de 2015, así como sobre las vacaciones causadas con anterioridad al 18 de enero de 2014, por tanto la parte demandada no adeuda ningún valor por dichas acreencias, máxime que el juzgado encontró probado el pago de las causadas con posterioridad a dichas fechas y la parte actora no discutió esa decisión en su recurso de apelación.

En lo que respecta a las cesantías, se tiene que el fenómeno de la prescripción no operó sobre las mismas en la medida que solo se hicieron exigibles cuando terminó la relación laboral el 7 de junio de 2017, de manera que habrá de reconocerse la totalidad de éstas, pero bajo la modalidad de las cesantías retroactivas conforme al artículo 249 del CST, en la medida que la relación laboral inició en el año 1987, esto es, cuando aún no había entrado en vigencia la Ley 50 de 1990, que consagró su liquidación anual, máxime que en el presente caso no obra ninguna prueba acerca de la manifestación de la demandante tendiente a acogerse a este nuevo régimen.

En ese orden, conforme a la liquidación anexa, se observa que el valor de las cesantías causadas asciende a la suma de $22.199.134 la cual resulta de multiplicar el último salario, que el Juzgado lo determinó en el mínimo legal mensual vigente para el año 2017, por el número total de días trabajados (10.833). No obstante, resulta importante advertir que conforme a las consignaciones de cesantías realizadas por la parte empleadora visibles a folios 58 a 62 y 161 a 163, y al título judicial visible a folio 172, la parte pasiva pagó a favor de la actora un total de $9.812.341, por manera que aún se adeuda a favor de la accionante la suma de $12.386.793 por concepto de auxilio de cesantías.

Sobre dicha prestación, Amparo Figueroa de Riveros es responsable solidaria solo hasta el monto de $11.619.043, dado que la sustitución patronal tuvo lugar a partir del 1º de octubre de 2003.

En este punto, cumple indicar que la liquidación retroactiva de cesantías no da lugar a la indemnización por falta de consignación de la mismas, en la medida que en virtud de este régimen no existe obligación del empleador de consignarlas en un fondo, sino de pagarlas a favor del trabajador a la fecha de terminación del vínculo laboral, por tanto, se procederá a revocar la condena impuesta por el Juzgado respecto de dicha sanción, lo cual releva a la Sala además, de resolver el problema jurídico relacionado con esta temática, dada la improcedencia de la sanción en el presente caso.

De otro lado, ha de precisar la Sala en lo que respecta a los aportes al Sistema General de Pensiones, que el Juzgado reconoció los aportes faltantes en la historia laboral de la actora desde el año 1987, de manera que solo se hará modificación en relación con los responsables de la obligación, pues como se dijo, deben concurrir de manera solidaria no solo Amparo Figueroa, sino también Mónica Riveros.

Ahora bien, debe decirse que la indemnización por despido sin justa causa también está llamada a sufrir modificación, pues la misma debe ser reconocida teniendo en cuenta un total de 612 días, para un valor por dicho concepto de $15.049.427, siendo preciso advertir que Amparo Figueroa de Riveros concurre en su pago solo hasta el monto de $11.705.110.

Finalmente, en lo que se refiere al punto de apelación relacionado con las dotaciones, baste con decir que conforme al reiterado criterio de la CSJ, establecido entre otras en la sentencia SL2409-2019, no hay lugar a la compensación en dinero de las dotaciones, en la medida que su finalidad es que se utilicen en las labores contratadas, por lo que el incumplimiento en el reconocimiento de estas durante la vigencia del contrato de trabajo, solo da lugar al pago de la indemnización de perjuicios sufridos por el trabajador, que en el presente caso, no se encuentran acreditada, de manera que no hay lugar a condena por este aspecto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de mayo de 1987 hasta el 7 de junio de 2017, entre la demandante Ana Cristina Acosta López y la demandada Mónica Riveros Figueroa, quien sustituyó como empleadora a Amparo Figueroa de Riveros, quien a su vez sustituyó al empleador Luis Eduardo Riveros.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en relación con la sanción por falta de consignación de cesantías, para en lugar absolver a los demandados de dicha acreencia laboral, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a Mónica Riveros Figueroa a pagar a favor de la señora Ana Cristina Acosta López, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.708.115, los siguientes valores y conceptos:

- $12.386.793 por concepto de auxilio de cesantías
- $15.049.427 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

CUARTO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a Amparo Figueroa de Riveros y solidariamente a Mónica Riveros Figueroa a pagar a favor de la señora Ana Cristina Acosta López, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.708.115, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en pensiones, causados entre el 4 de mayo de 1987 y el 10 de febrero de 1993, los cuales deberán ser consignados a Colpensiones, previo cálculo actuarial que expida la entidad, los que se deberán liquidar con un IBC equivalente al SMLMV de cada época.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR solidariamente responsable a Amparo Figueroa de Riveros respecto del auxilio de cesantías y la indemnización por despido sin justa causa reconocidos a favor de la señora Ana Cristina Acosta López, quien deberá concurrir en el pago de la primera prestación hasta la suma de $11.619.043 y de la segunda acreencia hasta la suma de $11.705.110.

SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ALBERTO VASQUEZ BOBADILLA***
DEMANDADO:	***BANCO AGRARIO DE COLOMBIA***
RADICACIÓN:	***11-2016-00532-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alberto Vásquez Bobadilla instauró demanda ordinaria contra Banco Agrario de Colombia con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de julio de 2002 hasta el 30 de junio de 2015, el cual terminó sin justa causa imputable al empleador y aun cuando gozaba de la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud y por encontrarse próximo a cumplir los requisitos de la pensión de vejez; que es ineficaz el despido, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, así como al pago de la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, dejados de percibir desde que fue desvinculado hasta la fecha efectiva del reintegro, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que se declare que el cumplimiento de la cláusula presuntiva en los contratos a término indefinido no son justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y por ende que el mismo finiquitó sin justa causa imputable a la parte empleadora; en consecuencia, se condene a la demandada al pago indexado de la indemnización por despido sin justa causa, en los términos del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, junto con la

indemnización de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949. (fol. 2 y s.s.; reforma fol 194 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que entre el 24 de julio de 2002 y octubre de 2005, prestó sus servicios para la demandada mediante contratos por duración de la obra o labor determinada suscritos con la Cooperativa de Trabajo Asociado Coltempora S.A., cuyo objeto consistía en desempeñarse como Profesional Universitario en el Banco Agrario de Colombia; que desde el 28 de noviembre de 2005 suscribió contrato a término fijo con la entidad accionada, el cual fue modificado el 1º de julio de 2011, a término indefinido con plazo presuntivo; que siempre desempeñó el cargo de Profesional Universitario en la Dirección Nacional de Contabilidad de la Vicepresidencia Financiera; que el 26 de diciembre de 2013 la EPS Compensar le realizó una Cirugía Bariatrica Laparoscopica por presentar Obesidad Mórbida, por la cual además necesita tratamiento con suplencia de vitaminas y minerales de por vida; que cuenta con 59 años y 10 meses de edad; que el 26 de junio de 2015, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo; que elevó reclamación administrativa el 18 de diciembre de 2015; que el último salario devengado ascendió a la suma de $3.710.000; que el cargo desempeñado por él sigue vigente en la planta de personal de la entidad, realizando las mismas funciones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 129); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA. Dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que entre el 24 de julio de 2002 y el 31 de julio de 2003, así como entre el 3 de enero de 2005 y el 25 de noviembre de 2005, el demandante se encontraba vinculado a la empresa de servicios temporales Coltempora, de manera que concurrió a la entidad en calidad de trabajador en misión.

Agregó que el 28 de noviembre de 2005 celebró contrato de trabajo a término fijo, el cual fue modificado el 30 de junio de 2011, mediante Otro sí, a contrato a término indefinido con plazo presuntivo; además, el 26 de junio de 2015 al actor le fue notificada la terminación del vínculo por expiración de dicho plazo a partir del 30 de junio de 2015, momento en el cual la entidad no tenía conocimiento de algún tipo de incapacidad, discapacidad, ni tampoco había recibido del demandante recomendación médica alguna, quien además a esa data contaba únicamente con 57 años de edad. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe y la genérica. (fols. 130 y s.s.; contestación reforma fols. 235 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes desde el 24 de julio de 2002 hasta el 31 de julio de 2003, por el cual el actor desempeñó el cargo de Temporal

Porfesional y, desde el 31 de julio de 2003 hasta el 30 de junio de 2015 desempeñando el cargo de Profesional Universitario; absolvió a la demandada de las pretensiones formualdas en su contra; declaró probadas las expceciones de cobro de lo no debido y causa para pedir; finalmente, condenó en costas al actor (CD fol. 372)

Su decisión se basó en que el accionante en efecto prestó sus servicios a favor de la accionada en calidad de trabajador en misión, a través de la empresa de servicios temporales Coltempora desde el 24 de julio de 2002 hasta el 31 de julio de 2003, y desde el 3 de enero de 2005 hasta el 25 de noviembre del mismo año, precisando que la parte demandada no cumplió con la carga de probar que la vinculación obedeció a cualquier de los escenarios establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues las documentales aportadas por la encartada no dan cuenta que el actor prestó sus servicios desarrollando labores ocasionales accidentales o transitorias o remplazando personal en vacaciones en uso de licencia en incapacidad por enfermedad o maternidad, o siquiera para atender un incremento en la producción, el trasporte, las ventas de productos, lo cual tampoco se constata de las declaraciones rendidas en el proceso, por lo que fácil resulta concluir la existencia de la relación laboral entre las partes, más aun cuando la primera vinculación superó el término de un año establecido en la ley, y el actor ocupó un cargo de permanencia indefinida como lo es el de Profesional Universitario, el cual continuó desempeñando incluso cuando fue vinculado directamente por el banco.

En ese orden, concluyó que habrá de reconocerse la existencia de dos contratos de trabajo, dado que el convocante prestó sus servicios entre el 24 de julio de 2002 y el 31 de julio de 2003, así como entre el 3 de enero de 2005 y el 25 de noviembre de la misma anualidad, siendo vinculado directamente por la encartada el 28 de noviembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2015, de lo cual se avizora que en el interregno en el que el demandante prestó sus servicios a través de la empresa de servicios temporales, se presentó una interrupción superior a 15 días.

En cuanto a la solicitud de reintegro adujo que la parte actora cumplió con la carga de probar que la terminación del vinculo tuvo lugar por decisión de la empleadora, no obstante, resaltó que el actor padeció obesidad mórbida, motivo por el cual se sometió a una cirugía de Baipás Gástrico el 26 de diciembre de 2013, cuyo resultado de evolución fue positivo, con la necesidad de ingerir vitaminas de por vida, y la eventualidad de ejercitarse y continuar con las recomendaciones dietarias, siendo claro además que no acreditó su condición de discapacitado en los términos del artículo 5º de la Ley 363 de 1997, pues se echa de menos dictamen de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% por patología grave o relevante que lo colocara como una persona de especial protección constitucional por encontrarse en estado de debilidad manifiesta.

Indicó además que el actor se recuperó a satisfacción de la intervención a la fuera sometido, sin que el solo hecho de continuar con suplementos vitamínicos o seguir en un estado de vida saludable, lo convirtiera en un un sujeto de

especial protección, amén que no demostró que la convocada tuviera conocimiento de tal incapacidad posterior a la intervención quirúrgica, que tuvo lugar en el 2013, esto es, mucho antes del despido; tampoco se demostró siquiera que había iniciado los trámites pendientes a obtener la calificación de pérdida de capacidad laboral, ni se observa ninguna incapacidad ordenada por el médico tratante.

Adujo que el demandante a la fecha de la terminación del vínculo no tenía la condición de pre pensionado, pues no existe prueba que la entidad se hubiese sometido a algún proceso de restructuración, fusión o disolución del cual pudiese predicarse el beneficio de estabilidad a la luz de la Ley 790 de 2002, amén que el actor no demostró que le faltaban 3 años o menos para reunir los requisitos de edad y semanas de cotización o capital necesario para adquirir la pensión.

Finalmente, en relación con la indemnización por despido contemplada en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, dijo que la misma se torna improcedente, por cuanto la relación terminó por la expiración del plazo que en efecto tuvo lugar el 30 de julio de 2015, circunstancia que no da lugar al reconocimiento de dicho emolumento tal y como lo ha definido la CSJ.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no allegaron sus alegaciones de segunda instancia, aun cuando se les corrió traslado en auto de fecha 23 de junio de 2020, notificado mediante estado electrónico del 24 de junio de la misma anulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Si contrario a lo indicado por el Juzgado, entre el demandante y la empresa demandada existió un solo contrato de trabajo entre el 24 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2015?; (ii) ¿Si a la fecha de terminación del vínculo laboral el actor se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y del estatus de pre presionado, y por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso negativo, (iii) ¿Si es procedente reconocer la indemnización por despido sin justa causa establecida para los trabajadores oficiales?

De la relación laboral

No existe discusión en esta instancia que durante el período en que el actor prestó sus servicios a favor del Banco Agrario de Colombia, como trabajador en misión de Coltempora, en realidad tuvo la condición de trabajador directo del banco, en tanto se desconocieron los lineamientos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50

de 1990, en relación con la contratación de los trabajadores en misión, pues así fue establecido por el Juzgado de primera instancia y ello no fue objeto del recurso de apelación.

No obstante, la Sala habrá de revisar si el reconocimiento del Juzgado de primera instancia de dos contratos distintos entre el demandante y la demandada se encuentra ajustada a derecho, pues en las pretensiones de la demanda se solicitó el reconocimiento de una sola relación laboral entre el 24 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2015, y la sentencia se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del convocante, por ser totalmente adversa a sus pedimentos.

En ese sentido, se tiene que desde la contestación de la demandada, el Banco Agrario de Colombia aceptó que el actor prestó sus servicios como trabajador en misión de Coltempora, entre el 24 de julio de 2002 y el 31 de julio de 2003, así como entre el 3 de enero de 2005 y el 25 de noviembre de 2005, además, precisó la encartada que celebró contrato de trabajo a término fijo con el actor el 28 de noviembre de 2005, el cual fue modificado por las partes el 1º de julio de 2011, a la modalidad de término indefinido, y el mismo estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2015.

Lo anterior, igualmente, puede constatarse en las certificaciones laborales expedidas por Coltempora (fols. 29 a 30), en el contrato de trabajo celebrado entre el accionante y la convocada (fols. 189 y s.s.), en el otro sí al contrato de trabajo suscrito por las partes (fol. 192) y en la comunicación de terminación del contrato por expiración del plazo presuntivo (fol. 187).

Así las cosas, es claro que entre las partes existieron dos contratos de trabajo distintos como lo enfatizó el *a quo*, pues se observa solución de continuidad entre el 31 de julio de 2003 y el 3 de enero de 2005, siendo preciso advertir además, que si bien entre el 25 de noviembre y el 28 de noviembre de 2005, se advierte una aparente interrupción en la prestación del servicio, lo cierto es que la misma solo lo sería de 3 días, de manera que ésta no tiene ningún efecto en la vigencia del último contrato, en tanto no se trata de un período considerable que permita concluir la solución de continuidad.

En ese orden, comparte la Sala la posición del fallador de primera instancia, en cuanto indicó que entre el señor Vásquez Bobadilla y el Banco Agrario de Colombia existieron dos contratos de trabajo desde el 24 de julio de 2003 hasta el 31 de julio de 2003 y desde el 3 de enero de 2005 hasta el 30 de junio de 2015.

- **De la estabilidad laboral reforzada**

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si a la fecha de terminación del último contrato de trabajo el actor estaba amparado por la estabilidad laboral reforzada debido a su condición de salud y a su presunta calidad de pre-pensionado, habrá de indicar la Sala lo siguiente:

Respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las

limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 30 de junio de 2015. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T 041 del 2019 estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido **cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016 se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar que la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente se encuentra la historia clínica del actor visible a folios 60 y s.s. en la cual se evidencia lo siguiente:

1. Conforme al reporte de consulta de Psiquiatría llevada a cabo el 16 de septiembre de 2013, el actor a dicha fecha presentaba diagnóstico de Obesidad no Especificada, con antecedentes de Hipertensión Arterial, Hiperlipidemia, Trombosis Venosa Superficial Crónica Bilateral y Apnea del Sueño.

2. Se programó para el 26 de diciembre de 2013, Cirugía Bariátrica por Laparoscopia, la cual en efecto se llevó a cabo con adecuada evolución, sin embargo, al demandante se le ordenó suplencia de vitaminas y minerales de por vida, tal y como da cuenta la autorización de servicios médicos, prestaciones de salud o medicamentos no incluidos en el POS de fecha 16 de junio de 2014 visible a folios 83 y s.s. Igualmente, a folio 90 se observa reporte de consulta llevada a cabo el 16 de junio de 2014, en la cual se indica que los medicamentos ordenados son de por vida, y que debe seguir las recomendaciones dietarias y de ejercicio indicadas por el médico tratante.

3. En consulta por Cirugía Bariatrica llevada a cabo el 9 de febrero de 2015, se indica en Anamnesis lo siguiente: *"PACIENTE EN POP DE BY PASS GASTRICO CON 136,5 KG DE PESO INICIAL, HTA, SAHOS, DIABETES MELLITUS CORREGIDAS TOTALMENTE POSTERIOR A CIRUGÍA"*; además dentro del plan establecido por el médico tratante se indica*: "PACIENTE EN POP DE CIRUGÍA BARIATRICA, BY PASS GÁSTRICO CON CORRECCIÓN DE COMORBILIDADES CON IMC EN METAS ESPERADAS, SE DAN RECOMENDACIONES MEDICAS Y NUTRICIONALES Y SE FORMULA SUPLENCIA NUTRICIONAL".*

4. El 11 de junio de 2015, tuvo lugar consulta con Cirugía Plástica, en la que se diagnóstica al actor Lipodistrofia no clasificada, y se ordena Dermolipectomía Abdominal.

Conforme a lo anterior, es claro que a la fecha en que terminó el vinculo laboral del actor -30 de junio de 2015- éste no se encontraba incapacitado, además, el procedimiento denominado Cirugía Bariatrica por Laparoscopia, ya se había llevado a cabo hacia alrededor de 18 meses; igualmente, conforme al reporte médico de Cirugía Bariatrica que es anterior a la fecha de finalización del vínculo, esto es, del 9 de febrero de 2015, se tiene que los antecedentes del demandante de Obesidad, Hipertensión Arterial, Sahos y Diabetes Mellitus fueron corregidas totalmente gracias a la intervención que le fue realizada, de manera que al 30 de junio del 2015, el señor Alberto Vásquez Bobadilla no presentaba ninguna condición de salud que lo colocara en un estado de debilidad manifiesta.

Y es que si bien, se observan recomendaciones posteriores a la cirugía que el médico tratante prescribió de por vida, las mismas no se relacionan con una afectación de salud tal que impida el desempeño de sus labores o que desemboquen en una reubicación laboral, sino que están enmarcadas con hábitos de vida saludables, siendo algunas de ellas recomendables para todas las personas en general, como lo es el ejercicio y las dietas nutricionales adecuadas.

Tampoco desconoce la Sala que desde el 11 de junio de 2015, el actor tenía un diagnóstico de Lipodistrofia, por el cual le fue ordenada una Dermolipectomía Abdominal, no obstante se observa a folio 95 que ello se refiere a molestia con sobrante de piel en abdomen, pues presenta *"pliegue abdominal de 15"*, lo cual tampoco se relaciona con una situación de salud que evidencie debilidad manifiesta, y en todo caso, no existe prueba dentro del proceso que tanto el diagnóstico en mención como la cirugía referenciada, hubieren sido notificadas a la parte empleadora.

Por tanto, considera la Sala que el demandante no se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, por manera que no es procedente acceder a la ineficacia de la terminación del vínculo a la luz de la condición de salud del demandante, máxime que ésta no tuvo lugar por decisión unilateral de la entidad convocada, sino por expiración del plazo presuntivo como se avizora a folio 187.

En lo que se refiere a la estabilidad laboral alegada por el actor, en su condición de pre pensionado ha de indicarse que tal calidad se predica de *"las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión"*, conforme lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018.

En ese orden, no se encuentra demostrada la calidad de pre pensionado del actor, pues aparte de que no acredita a qué régimen pensional se encuentra afiliado, lo cual resulta necesario para establecer qué requisitos debe cumplir a

efectos de consolidar su derecho pensional, tampoco demuestra el número de semanas que ha cotizado o el capital que ha acumulado en una cuenta de ahorro individual, de manera que resulta inane demostrar que a la fecha de terminación del vínculo -30 de junio de 2015- contaba con 57 años como se deduce de la copia de la cédula de ciudadanía (fol. 72).

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que el actor tampoco se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada, por cuanto no ostentaba la calidad de pre-pensionado al 30 de junio de 2015, siendo acertada la decisión proferida por el Juzgado de primera instancia, en cuanto no accedió a reconocer dicha protección, ni a declarar la ineficacia de la terminación del vínculo laboral solicitada por el demandante, la cual se reitera, tampoco obedeció a una decisión unilateral de la accionada.

De la indemnización por despido injusto

Sobre este aspecto ha de rememorar la Sala que de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJ, *"(i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) y dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido",* así lo ha definido la Alta corporación en las sentencias SL-2717-2018 y SL-775-2020.

En el caso concreto, conforme lo probado en el proceso no existe medio de convicción alguno en donde se haya estipulado expresamente la exclusión del plazo presuntivo, pues en ninguna de las cláusulas del contrato a término fijo celebrado por las partes el 28 de noviembre de 2005 (fols. 189 y s.s.), ni en la modificación del mismo (fol. 192) se observa disposición alguna en donde las partes se hayan apartado del cumplimiento del término pactado, antes bien, en la reforma en mención se lee lo siguiente: *"…las partes señalan que la fecha a partir de la cual el contrato se tendrá como de término indefinido el día Primero, (1) de julio de 2011 y por lo tanto, a partir de tal día se contabilizarán los seis (6) meses correspondientes al plazo presuntivo que gobierna esta suerte de contratos",* de suerte que es claro que las partes no hicieron ninguna exclusión expresa de dicho plazo.

Ahora bien, a folio 187 del expediente se encuentra el oficio 233185 del 26 de junio de 2015, en donde se le comunica al demandante la terminación del vínculo laboral por expiración del plazo presuntivo, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, artículos 40, 43 y 47 numeral a), a partir del 30 de junio de 2015, norma jurídica a la cual podía acudir válidamente el demandado para la terminación de la relación laboral por el vencimiento del plazo presuntivo, el cual en efecto se cumplió en dicha fecha, sin tener a cargo indemnización alguna por ello.

Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia, al absolver de la indemnización reclamada a la parte actora, pues la terminación del contrato de trabajo en el caso de los trabajadores oficiales invocando el vencimiento del plazo presuntivo no puede tenerse como un despido sin justa causa, sino que configura un modo legal de terminación del vínculo laboral, que no da lugar a indemnización alguna. (SL-3035-2019).

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la decisión consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero del 2019, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***HENRY BARBOSA DELGADO***
DEMANDADO:	***CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REPUBLICANA***
RADICACIÓN:	***22-2016-00118-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN DESPIDO INJUSTO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Henry Barbosa Delgado instauró demanda ordinaria contra la Corporación Universitaria Republicana con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de noviembre de 2000 hasta el 29 de abril de 2013, el cual terminó sin justa causa imputable al empleador, y en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, junto con el salario del mes de abril de 2013, las prestaciones sociales y las vacaciones de la anualidad en mención, retenidas de manera injustificada por la encartada, además de los aportes a pensión de los meses de diciembre de 2000, enero, febrero, marzo y mayo de 2001 y septiembre de 2004, la indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 19 y s.s.; subsanación fol 32 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios a favor de la demandada por virtud de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de noviembre de 2000 y el 29 de abril de 2013, teniendo como último salario devengado la suma de $2.200.000; que desempeñó el cargo de Jefe de Admisiones, Registro y Control, además, posteriormente ocupó el cargo de Jefe de Registro y Control; que desde un comienzo se encargó de crear y organizar los procesos necesarios para el funcionamiento y desarrollo del Área de Admisiones, Registro y Control; que el 29 de abril de 2013, sin que existiera renuncia de su parte, la demandada le indicó que en atención al comunicado del 26 de abril de 2013, se aceptaba la misma a partir del día en mención, frente a lo cual manifestó categóricamente que nunca había terminado el vínculo laboral que sostenía con la institución educativa desde hacía 12 años; que en la fecha indicada, y una vez salió de su oficina, la encartada ordenó el sellamiento del

ordenador que tenía a su cargo, así como el cambio de las guardas de su escrito; que no se hizo acta de entrega, nunca fue llamado a descargos y no fue remitido a examen médico de retiro; que si bien allegó comunicación ante el Presidente del Consejo Superior de la Universidad el 26 de abril de 2013, lo cierto es que en la misma se informaba sobre una serie de irregularidades académicas y administrativas con las que se pretendía lograr que la alumna Gleyci Yojanna Vargas Reyes obtuviera el título profesional de la carrera de Finanzas y Comercio Internacional, sin haber aprobado el plan de estudios; que la demandada retuvo sin autorización previa, su salario del mes de abril de 2013, así como sus prestaciones sociales y sus vacaciones, por causa de un crédito adquirido con la Caja de Compensación Familiar, hacía 4 días y sin que se cumpliera el plazo de pago de la primera cuota; que su empleadora de manera inexplicable se abstuvo de realizar los aportes en pensiones correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2000, enero a marzo de 2001 y septiembre de 2004.

2. Contestación de la CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REPUBLICANA. Dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante presentó renuncia al cargo el 26 de abril de 2013, como se puede observar de la correspondiente comunicación; además, le reconoció la totalidad de salarios y prestaciones debidos a la fecha de terminación del vínculo y siempre pagó a cabalidad los aportes al Sistema General de Pensiones. Propuso como excepción de fondo la de prescripción. (fols. 48 y s.s.).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de marzo del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas por el actor y le condenó en costas. (CD fol. 84).

Su decisión se basó en que no es motivo de discusión la existencia del vínculo laboral, el extremo inicial del mismo y el cargo desempeñado por el accionante, pues ello fue aceptado por la demandada al dar contestación a la demanda.

Añadió que el actor el 26 de abril de 2013, rindió ante la demandada un informe relacionado con una alumna de la institución, y señaló que no estaba de acuerdo con la presión que sobre el tema recibió por parte de la Rectoría y la Decanatura, considerando ello como un despido injustificado a partir de la fecha en mención, para lo cual además señaló que agradecía la confianza y el respaldo brindado y que le permitieran trabajar en la institución, frente a lo cual la encartada se pronunció en comunicación del 29 de abril de 2013, aceptando la renuncia a partir de la fecha señalada por el demandante.

En ese orden, concluyó el Juzgado que de la documental referenciada se deduce una manifestación espontánea, libre y voluntaria de separarse del cargo desde el 26 de abril de 2013, sin que además se observe el deseo de la encartada de finiquitar el vínculo, por tanto, concluyó que en verdad el actor presentó una renuncia motivada, la cual si bien fue aceptada hasta el 29 de abril de 2013, lo cierto es que dicha aceptación se remitió al día aducido por el actor, esto es, el 26 de abril de la misma anualidad, amén que la mera renuncia produce por sí sola todos los efectos conforme lo ha indicado la CSJ, y en todo caso no se acreditó que el demandante prestara sus servicios hasta el día 29 de abril, por lo que es claro que el vínculo laboral feneció el 26 de abril de 2013.

Agregó que en la renuncia motivada del trabajador, éste indicó que se le ha constreñido a aceptar que una estudiante cumplió los requisitos del Plan de Estudios, para que se

le otorgue el título de profesional, lo cual corresponde más a una discrepancia del convocante respecto a la decisión adoptada por el Consejo de Facultad, sin que ello lleve implícito el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y en todo caso en el transcurso del proceso no se acreditó de manera alguna que sobre él hubiere sido ejercida esa presión a la que alude, desatendiendo así su carga probatoria establecida en el artículo 167 del CGP.

Sostuvo que de la documental obrante en el proceso, se encuentra acreditado el pago de la primera y la segunda quincena de abril de 2013, así como la liquidación de prestaciones sociales, la cual firma el actor con la declaración de haber recibido el dinero allí discriminado, y si bien éste realiza unas observaciones, las mismas no se relacionan con las sumas en ella indicadas, las cuales, dicho sea de paso, se encuentran ajustadas a derecho.

Finalmente, dijo que la encartada también demostró el pago de los aportes a pensión reclamados en la demanda.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que el contrato de trabajo se ejecutó hasta el 29 de abril de 2013, porque la carta en la que se acepta la supuesta renuncia le fue entregada al actor ese día a las 4:26 p.m., de manera que éste laboró hasta la fecha en mención, independientemente de que la demandada no lo dejara ingresar a sus instalaciones.

Dijo que el Juzgado hizo una lectura sesgada y cegada del informe rendido por el demandante el 26 de abril de 2013, en tanto que en el mismo se indica que la alumna allí mencionada perdió en 3 ocasiones la asignatura de Inglés III y que por decisión autónoma de ella no volvió a cursar esa asignatura, por lo que no existe justificación de que presente un examen de habilitación años después de haber cursado y perdido la materia, pues no se puede entrar a hacer una homologación y habilitación de algo que no se cursó, por manera que si el Despacho entendió que en el caso tuvo lugar un despido indirecto, esta era la causal por la que debió tenerse como justificado.

Agregó que en todo caso, el actor no presentó su decisión voluntaria e inequívoca de renunciar, pues simplemente presentó un informe contundente y serio, en el que puso de presente unas irregularidades, pero su contenido no se relaciona semántica y gramaticalmente con alguna palabra que indique o insinúe alguna renuncia; por tanto, como se encuentra probado que la encartada fue quien terminó el vínculo, es procedente la indemnización por despido sin justa causa, máxime que en la comunicación de aceptación de renuncia, el señor Barbosa dejó constancia de que no había manifestado su voluntad de terminar el vínculo laboral y que no existía documental que así lo certificara.

Indicó además, que el Tribunal debe revisar *in extenso* la situación de pago, pues la encartada descontó unos valores injustificadamente, con el ánimo de destinarlos a un crédito de libranza, lo cual no podía realizar, en tanto no mediaba una cláusula aceleratoria, además, el demandante dejó constancia en su liquidación que no estaba de acuerdo, sumado a que como trabajó hasta el 29 de abril de 2013, ese día debió ser reconocido a su favor, cuya falta de pago indudablemente genera la indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

5. Alegatos de conclusión parte actora. El apoderado del demandante indicó que el documento radicado el 26 de abril de 2013, claramente señala que se trata de un informe y en ninguna parte de su redacción se incluye la palabra renuncia, ni se induce algo parecido o se da señal indicativa a hacerlo; no obstante, el Juzgado de primera instancia interpretó de manera injustificada que el actor renunció de manera injustificada.

Además, señaló que el 29 de abril de 2013 el demandante asistió a laborar, cumplió sus funciones y responsabilidades encomendadas, atendió estudiantes, docentes, público en general, contestó llamadas, remitió a las entidades respectivas las correspondientes novedades de graduados para que les expidieran las tarjetas profesionales y puso al día los libros de actas generales de graduados y diplomas de la institución, entre otros, sin embargo, a las 4:36 de la tarde cuando faltaban pocos minutos para terminar su jornada laboral fue sorprendido con la carta de despido donde le notificaban la supuesta aceptación de su inexistente renuncia.

Adujo que en todo caso, en el *examine* tuvo lugar un despido indirecto, lo cual se sustenta en lo manifestado por el trabajador en el informe del 26 de abril de 2013; además, no le fueron reconocidos los salarios generados entre el 16 y 29 de abril de 2013, como tampoco la indemnización por despido injusto, ni la liquidación de prestaciones sociales, por tanto, es totalmente falso que nunca hubo ninguna retención de salarios o prestaciones sociales como lo asegura la Corporación Universitaria Republicana en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El contrato de trabajo existente entre las partes terminó el 29 de abril de 2013, por decisión unilateral y sin justa causa proveniente de la demandada? y (ii) ¿La parte convocada efectuó descuentos indebidos a la liquidación final de prestaciones sociales y adeuda el salario correspondiente al 29 de abril de 2013? y ¿Procede la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST?.

De la relación laboral

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 20 de noviembre de 2000, en virtud del cual el demandante se desempeñó como Jefe de Admisiones, Registro y Control y posteriormente, como Jefe de Registro y Control, tal y como lo acepta la encartada en su contestación de la demanda.

Del extremo final del contrato y del despido injusto

Insiste el demandante en su alzada en indicar que su vínculo laboral terminó el 29 de abril de 2013, fecha para la cual la demandada aceptó la supuesta renuncia que él

había presentado, la cual además es inexistente, pues su intención de finiquitar el vínculo laboral no puede deducirse del informe que rindió el 26 de abril de 2013, lo cual se reitera en los alegatos de conclusión, de los cuales dicho sea de paso, solo se considerará lo que se relaciona directamente con los puntos de apelación.

Sobre el punto en controversia advierte la Sala que el demandante en efecto allegó misiva de fecha 26 de abril de 2013 ante la institución demandada, en la cual indicó que presentaba informe con relación a la situación académica de Gleyci Yojanna Reyes, alumna de la Facultad de Finanzas y Comercio internacional; en dicha misiva, el actor indicó entre otras cosas, que la alumna perdió en 3 ocasiones la asignatura de inglés y por decisión de ella no volvió a cursar dicha asignatura, considerando que no existe *"explicación que la alumna presente un examen de habilitación de una asignatura, tiempo después inclusive años de haberla cursado"*, además señaló que ello riñe con el Reglamento Estudiantil y no se ajusta a los principios misionales de la academia. (fol. 55 y s.s.).

Después de terminar su exposición, el demandante finalizó la carta en mención indicando que *"Como no acepto que se me presione de esta manera por parte de la Rectoría y de igual manera de la Decanatura considero esto como un DESPIDO INJUSTIFICADO a partir de la fecha. Agradezco la confianza y el respaldo que Usted y los doctores Fernando Téllez, Patricia Téllez y José Pinilla en su momento, permanentemente me brindaron en el tiempo que pude trabajar en esta noble institución."*

Del análisis de las manifestaciones realizadas por el actor, en el informe del 26 de abril de 2013, encuentra la Sala que si bien éste no indicó expresamente que renunciaba a su cargo, lo cierto es que de su dicho se deduce que entiende terminado el contrato de trabajo a partir de la fecha en mención, por circunstancias imputables a la demandada, de manera que no puede interpretarse algo distinto a que está dando por finalizado el vínculo, más aun cuando la encartada a esa fecha no había manifestado la voluntad de terminar el contrato; además, a reglón seguido el demandante presenta agradecimientos a 3 personas distintas por el apoyo que le fue dado en el tiempo en que prestó sus servicios a favor de la encartada, lo cual se relaciona más con una despedida por parte suya.

Por tanto, considera la Sala que la aceptación de la renuncia entregada al actor por la demandada el 29 de abril de 2013, no puede entenderse como su voluntad de terminación del vínculo, pues la misma se encuentra precedida de una manifestación libre del actor, de dar por terminado el contrato de trabajo, de suerte que tal y como lo indicó el Juzgado de primera instancia, el demandante a través del informe rendido el 26 de abril de 2013, finalizó la relación laboral aduciendo una justa causa imputable a la parte empleadora, esto es, por las presiones que ha recibido de la Rectoría y la Decanatura, a causa de las circunstancias que rodearon el caso de la alumna Gleyci Yojanna Reyes, lo cual tiene efectos desde el mismo 26 de abril de 2013, pues cierto es que para dar por terminado el contrato de trabajo, no se requiere la aceptación expresa de la parte empleadora, amén que contrario a lo aducido por el recurrente, en el caso objeto de estudio no existe prueba alguna que corrobore que el señor Barbosa prestó sus servicios hasta el 29 de abril de 2013.

Conforme a lo anterior, es claro que el vínculo laboral terminó el 26 de abril de 2013, por decisión unilateral del trabajador, sin que ello implique el reconocimiento de la indemnización, en tanto que el actor no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a demostrar los motivos aducidos en su comunicación del 26 de abril del

2013 y en consecuencia, la existencia de una de las justas causas contenidas en el literal b) del art. 62 del CST, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, no configurándose el denominado despido indirecto o autodespido.

De los salarios y las prestaciones reclamadas.

Sobre este aspecto ha de decirse que como la Sala ha concluido que el contrato de trabajo existente entre las partes terminó el 26 de abril de 2013, es claro, contrario a lo afirmado por el recurrente, que la demandada no adeudada al actor el salario correspondiente al día 29 de abril de 2013.

En cuanto a los reparos que hace el recurrente respecto de la liquidación de prestaciones sociales, se observa que en la misma el actor dejó constancia de lo siguiente: *"Como considero esto un robo y no voy a tolerar que me roben denunciare (sic) y demandare (sic) esta liquidación ante la justicia laboral civil y penal, de igual manera denunciare (sic) presuntas irregularidades administrativas, académicas laborales y fiscales ante el ministerio del trabajo, ministerio de educación, ICFES, ICETEX, Consejo Nacional de Acreditación (CNA), Dian, superintendencia de vigilancia, ACIUP, medios de comunicación radial, televisivos y escritos".*

Igualmente, en dicha documental el actor declara que *"ha recibido a entera satisfacción de Corporación Universitaria Republicana las sumas de dinero a que hace referencia la siguiente liquidación"* y procede a imponer su firma en dicho documento, precisando finalmente, que no se encuentra de acuerdo (fol. 15).

De lo manifestado por el demandante en su liquidación de prestaciones sociales, entiende la Sala que su inconformidad radica en la suma que le fue reconocida en la misma, la cual, dicho sea de paso, corresponde a lo adeudado por el convocante por concepto de cesantías, intereses, primas, vacaciones y salarios, conforme a la verificación que efectuó la Sala de Decisión teniendo en cuenta 116 días, comprendidos entre el 1º de enero y el 26 de abril de 2013 y un salario de $2.200.000.

A lo anterior se suma que, de la declaración firmada por el demandante en dicha liquidación, se entiende que recibió las sumas discriminadas en la liquidación en mención, máxime que no existe prueba en el proceso de que las mismas fueron retenidas ilegalmente por la convocada y destinadas a una libranza adquirida por el señor Barbosa Delgado, pues ninguna prueba arrimada al proceso da cuenta de esa situación, o de otra distinta que desvirtúe la manifestación realizada por el convocante.

Así las cosas, acertó al Juzgado de primera instancia al no imponer condena alguna por concepto de prestaciones y salarios en contra de la demandada, lo cual lógicamente deviene en la improcedencia de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Virtud de lo dicho no queda otro camino de confirmar la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de marzo del 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JOSÉ JOAQUÍN ÁNGEL PINZÓN***
DEMANDADO: ***AFP PROTECCIÓN***
RADICACIÓN: ***11001-31050-20-2018-00517-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA: ***DEVOLUCIÓN DE SALDOS***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSÉ JOAQUÍN ÁNGEL PINZÓN instauró demanda ordinaria contra la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la devolución de saldos por los aportes efectuados entre 1º de diciembre de 1998 y el 30 de abril de 2009, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que le fue reconocida una pensión sanción por decisión proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; que en cumplimiento al fallo en mención la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., mediante Resolución SPE 000015 del 27 de enero de 2014, concedió la pensión sanción en mención, a partir del 11 de mayo de 2013, en cuantía inicial de $589.500; que dicha prestación fue reconocida teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado y cotizado directamente a la Alcaldía Mayor de Bogotá; que cotizó a Protección entre el 1º de diciembre de 1998 y el 30 de abril de 2009, un total de 78,71 semanas; que nació el 11 de mayo de 1953, motivo por el cual cumplió 62 años el 11 de mayo de 2015; que el 6 de abril de 2017, solicitó el reconocimiento de la devolución de aportes, petición que fue reiterada el 3 de octubre de la anualidad en mención; que la AFP Protección negó su requerimiento, bajo el argumento que si la pensión sanción se causa con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, una misma persona no podrá disfrutar una pensión de vejez financiada o no con un bono pensional y una pensión sanción, en la medida que estas dos prestaciones están excluidas entre sí; que los saldos que reposan en su cuenta de ahorro individual ascienden a $4.121.680.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 29); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la demanda no está dirigida en su contra, además, de los hechos y pretensiones no se advierte que el demandante reclame alguna prestación respecto de la entidad. Igualmente, dijo que, si bien el actor efectuó aportes al otrora ISS, en 1998 se trasladó de manera voluntaria a Protección. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 30 y s.s.).

4. Contestación de la AFP Protección. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que al demandante le fue reconocida una pensión sanción mediante Resolución SPE 000015 del 27 de enero de 2014 proferida por la Alcaldía Mayor de Bogotá, en cumplimiento de un fallo judicial, precisando que la misma se causó el 11 de mayo de 2013, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, de manera que una persona no podrá disfrutar de una pensión de vejez financiada o no con bono pensional y una pensión sanción, dado que estas dos prestaciones están excluidas entre sí al proteger una misma contingencia, como lo es la vejez. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio 2019, en la cual el Juzgado condenó a la AFP Protección a reconocer y pagar al demandante la devolución de los aportes efectuados entre el 1º de diciembre de 1998 y el 30 de abril de 2009, junto con los rendimientos financieros causados, los cuales deberán indexarse al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE y condenó en costas a la encartada. (CD fol. 131).

Como sustento de su decisión indicó que conforme a lo definido por la CSJ el ISS no asumió el riesgo que a la pensión sanción corresponde y no sustituyó a los patronos de pagarla porque el Acuerdo 224 de 1996, excluyó la asunción por parte de dicha entidad de la pensión restringida de jubilación, dejando la posibilidad de la concurrencia de las dos pensiones, máxime que la pensión sanción no atiende el riesgo de vejez, sino que es una sanción para el patrono que despide al trabajador con largo tiempo de servicios, como garantía a la estabilidad laboral. Agregó que la pensión sanción es independiente de las que reconoce el ISS y corre exclusivamente a cargo del patrono, además, los dineros del RPMPD o de las administradoras de fondos privados, no pertenecen al tesoro, por cuanto son realizados por los empleadores y trabajadores y no tienen naturaleza pública.

Concluyó que la pensión sanción es compatible con la devolución de saldos, como igualmente lo es en el caso de los docentes del Magisterio a quienes se les reconoce una pensión del sector oficial.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la AFP Protección formuló recurso de apelación indicando que al actor le fue reconocida una pensión sanción por la Alcaldía de Bogotá desde mayo de 2014, en cumplimiento de una decisión judicial. Igualmente, precisó que conforme a concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la pensión sanción procedía cuando el empleador con un

capital determinado despedía sin justa causa a su trabajador, y éste tenía entre 15 y 20 años a su servicio, asimismo se configuraba con el despido injusto y se hacía exigible con la edad.

También adujo que de acuerdo a la sentencia T-188 de 2017 la pensión sanción por despido injusto tuvo plena aplicación, tanto para los empleados particulares como para los trabajadores oficiales hasta la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, por cuanto el artículo 37 de esa normatividad subrogó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, no obstante, en razon a que la Ley 50 únicamente era aplicable a los trabajadores regulados por el CST, la CSJ, en reiterada jurisprudencia concluyó que la pensión sanción regulada en la Ley 171 de 1968, producía efectos jurídicos para los trabajadores oficiales, porque la ley que rige las relaciones entre los particulares no es aplicable a estos, luego el articulo 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó el artículo 8º de la Ley 171 de 1968, ni el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, precisando que este último sí fue derogado tacitamente por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, consagrando una nueva pensión sanción para los trabajadores oficiales y del sector privado.

Finalmente, dijo que la CSJ también ha establecido de manera reiterada que la pensión sanción tiene un carácter prestacional, más allá de una sanción por lo que resulta incompatible con la devolución de saldos.

7. Alegatos de conclusión demandante. El apoderado de la parte actora indicó que el actor tiene derecho a la devolución de saldos, ya que se trata de una prestación completamente diferente a la pensión de jubilación, en tanto ésta proviene del servicio prestado al Estado, mientras que la aquí reclamda tiene un origen privado.

8. Alegatos demandada. Protección manifestó que no hay lugar a que el Juzgado de primera instancia haya determinado la compatibilidad de la pensión sanción reconocida al actor con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50 de 1990 y a la Ley 100 de 1993, con la devolución de saldos a cargo de PROTECCIÓN S.A., en tanto se trata de dos prestaciones económicas que buscan proteger la misma contingencia, es decir, la vejez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer (i) ¿La devolución de saldos reclamada por el actor es incompatible con la pensión sanción que le fue reconocida por la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá D.C.?

Calidad de pensionado

Se encuentra probado dentro del proceso que la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá D.C., mediante Resolución SPE 000015 del 27 de enero de 2014, reconoció a favor del actor una pensión sanción a partir del 11 de mayo de 2013, en cuantía inicial de $589.500, en cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado Noveno Laboral

del Circuito de Bogotá, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y no casado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (fols. 22 y s.s.).

De la incompatibilidad de la pensión sanción y la devolución de saldos

En cuanto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad de la pensión sanción que le fue reconocida al actor y la devolución de saldos reclamada en la demanda, ha de precisar la Sala en primer lugar que los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del señor José Joaquín Ángel Pinzón, que además son administrados por una sociedad de naturaleza privada, como lo es la AFP Protección, no corresponden al tesoro público, pues tal y como lo ha expresado la CSJ en las sentencias SL5292-2014 y SL4538-2018, las prestaciones que tienen su fuente en el Sistema General de Pensiones no provienen del erario, en tanto sus recursos ostentan la condición de parafiscales que se destinan a la finalidad que indica la ley, por lo que sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, siendo las entidades que conforman cada régimen pensional simples administradoras a quienes se confían su gestión.

Bajo esta perspectiva, el reconocimiento de la devolución de saldos a favor del actor, no implicaría el reconocimiento de una doble asignación del tesoro público, pues únicamente podría dársele esa connotación a la pensión sanción de la que es beneficiario y que se encuentra a cargo de un empleador de naturaleza pública.

A lo anterior, se suma que en el acto administrativo en el que se reconoció la pensión sanción a favor del demandante, se menciona la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se evidencia que el sustento normativo de esa prestación lo es el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, frente a lo cual resulta pertinente advertir que la pensión que tiene origen en dichas normas, es independiente de las prestaciones establecidas en el RPMPD o en el RAIS, en tanto se encuentra a cargo del patrono de manera exclusiva.

Nótese además, que el pago de la pensión sanción de que se viene hablando, se efectúa a través del Patrimonio Autónomo Consorcio Administrador Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá 2013, con cargo a los recursos del Fondo de Pasivos Laborales de la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, como se desprende del numeral 3º de la parte resolutiva de la Resolución SPE 000015 del 27 de enero de 2014, además, observada la historia laboral del actor allegada por Protección a folios 93 y s.s., se tiene que los períodos sobre los cuales se pretende el reconocimiento de la devolución de saldos, están comprendidos entre diciembre de 1998 y abril de 2009, los cuales fueron aportados por Cooperativa Continental y S&S Servicios y Asesorías, siendo claro que la financiación de la devolución de saldos reclamada, no proviene de los servicios prestados a favor de la entonces Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, de suerte que dicha prestación y la pensión sanción tienen fuente de financiamiento diferente y están a cargo de distintos entes.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, cumple advertir que conforme a las sentencias SL870-2019 y SL2652-2019, la CSJ tiene establecido de manera reiterada que la pensión sanción sustentada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, se consagró para garantizar la estabilidad laboral del trabajador en el empleo o para reprimir al empleador que

despida injustamente al asalariado después de mas o menos una larga prestación de servicios que le impida acceder a la pensión de jubilación, siendo claro que esa pensión no cubre la misma contingencia de vejez, invalidez y muerte que sí asumen las prestaciones del Sistema General de Pensiones a través de sus regímenes pensionales.

Por tanto, al tratarse de dos prestaciones- una pensión sanción y otra, la devolución de saldos- que tienen diferente finalidad, naturaleza, fuente de financiamiento y que están a cargo de distintas entidades, se concluye que las mismas no resultan incompatibles, como equivocadamente lo aduce la demandada en su recurso de apelación, siendo claro que el Juzgado acertó en su decisión al reconocer la devolución de saldos a favor del actor.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ			
PROCESO 23 2019 00444 01			
Año	**Mesada Real**	**Incremento**	**Mesada pagada desde que la actora tiene derecho al 100%**
1988	$ 42.592		
1989	$ 54.092	27%	
1990	$ 68.156	26%	
1991	$ 85.944	26,10%	
1992	$ 108.375,84	26,10%	
1993	$ 135.469,80	25,00%	
1994	$ 164.053,93	21,10%	
1995	$ 201.130,11	22,60%	
1996	$ 240.290,15	19,47%	
1997	$ 292.288,93	21,64%	
1998	$ 343.965,62	17,68%	
1999	$ 401.407,88	16,70%	
2000	$ 438.457,82	9,23%	
2001	$ 476.033,66	8,57%	
2002	$ 512.450,23	7,65%	
2003	$ 548.270,51	6,99%	
2004	$ 583.853,26	6,49%	
2005	$ 615.965,19	5,50%	
2006	$ 645.839,50	4,85%	
2007	$ 674.773,11	4,48%	$ 433.700
2008	$ 713.167,70	5,69%	$ 461.500
2009	$ 767.867,67	7,67%	$ 469.900
2010	$ 783.225,02	2%	$ 515.000
2011	$ 808.053,25	3,17%	$ 535.600
2012	$ 838.193,64	3,73%	$ 566.700
2013	$ 858.645,56	2,44%	$ 589.500
2014	$ 875.303,29	1,94%	$ 616.000
2015	$ 907.339,39	3,66%	$ 696.156
2016	$ 968.766,26	6,77%	$ 744.887
2017	$ 1.024.470,32	5,75%	$ 797.029
2018	$ 1.066.371,16	4,09%	$ 781.242
2019	$ 1.100.281,76	3,18%	$ 806.085,50
2020	$ 1.142.092,47	3,80%	$ 836.716,74

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***VIRGINIA HERNÁNDEZ DE ROMERO***
DEMANDADO:	***UGPP***
RADICACIÓN:	***1100131050-23-2019-00444-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-DEMANDADA***
TEMA:	***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL PENSIÓN SOBREVIVIENTES***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LUISA FERNANDA LASSO OSPINA como apoderada sustituta de la UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. VIRGINIA HERNÁNDEZ DE ROMERO instauró demanda ordinaria contra la UGPP con el fin de que se condene a reliquidar su pensión de sobrevivientes desde el mes de febrero de 2007, aplicando adecuadamente el IPC, junto con el pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios y las costas del proceso (fols. 5 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el entonces ISS le reconoció una pensión de sobrevivientes el 23 de junio de 1989, con ocasión al fallecimiento de su esposo Rafael Antonio Romero Porras, quien murió a causa de accidente laboral el 25 de marzo de 1988 en la empresa Acerías Paz del Río; que la prestación inicialmente fue reconocida a ella y a los cuatro hijos del causante, quienes ya cumplieron los 18 años de edad, precisando que la última de ellos, María Alejandra Romero Hernández, cumplió dicha edad el 29 de agosto de 2006; que desde de febrero de 2007, comenzó a percibir el 100% de la prestación; que el 14 de febrero de 2017, solicitó la reliquidación de su pensión, la cual le fue negada por la demandada mediante Resolución RDP 015665 del 8 de abril de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 38); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se encuentra ajustado a derecho, pues para su liquidación se tomó 12 semanas de cotización y un IBL de $70.986, así como una tasa del 60%, para una primera mesada de $42.592, conforme a los términos del Decreto 3170 de 1964. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido y la genérica. (fols. 40 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero del 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de sobrevivientes desde el mes de febrero de 2007, en cuantía inicial de $557.989; condenó a la UGPP a pagar las diferencias causadas desde el 15 de febrero de 2014, teniendo en cuenta como mesada pensional para esa anualidad la suma de $723.813; declaró probada la excepción de prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 15 de febrero de 2014; absolvió de las demás pretensiones formuladas en contra de la encartada y le condenó en costas. (CD fol. 114).

Su decisión se basó en que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, las pensiones se reajustaban conforme al incremento del salario mínimo legal, como lo disponía la Ley 71 de 1988, regla que fue modificada con la nueva ley de Seguridad Social Integral, pues conforme a su artículo 14, ese incremento se aplica a las pensiones equivalentes al SMLMV, en tanto que las de monto superior se incrementan conforme al IPC certificado por el DANE.

Dijo que, en el caso de la pensión de la convocante, la misma debió reajustarse conforme al incremento del salario mínimo entre 1990 y 1994, pues a partir de 1995 debió incrementarse según el IPC certificado por el DANE.

Señaló que una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se encuentra que la demandada no ha aplicado en debida forma los reajustes legales, en la medida que para el año 2007, determinó su valor en $433.700, cuando en realidad debió ascender a $557.989, de suerte que en efecto existen diferencias a favor de la actora, incluso cuando comenzó a ser pagada la mesada por parte del FOPEP desde el año 2015, pues aunque desde dicha data su valor fue un poco mayor, es decir, ascendió $696.155, lo cierto es que aún se desconoce su real reajuste, pues para dicha anualidad debió corresponder a $750.305, de suerte que es procedente la reliquidación reclamada.

Finalmente señaló que la pensión de sobrevivientes no fue reconocida conforme a la Ley 100 de 1993, por manera que no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de dicha norma.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que debe accederse a la indexación de las sumas debidas, en la medida que no fueron reconocidos los intereses moratorios.

Por su parte, la **demandada** igualmente formuló recurso de apelación, para lo cual indicó que la decisión proferida por el Juzgado debe ser revocada, por cuanto la pensión de sobrevivientes fue reconocida aplicando todos los factores salariales de que trata la Ley 90 de 1946, el Decreto 3160 de 1964 y el Decreto 1726 de 1965. Agregó que las entidades públicas por mandato constitucional solo pueden atender las funciones establecidas por la ley y tienen prohibido realizar aquellas que no están consignadas en la misma, precisando que la entidad ha actuado de buena fe en el presente caso. (C.D. fol. 114).

6. Alegatos demandante. El apoderado de la parte actora indicó que ésta tiene derecho a la reliquidaicón de su pensión desde el año 2007, pues a patir de dicha anualidad su hija menor cumplió la mayoría de edad y la prestación no fue debidamente actualizada, precisando que si bien el Juzgado accedió a lo peticionado, no lo hizo desde el año en mención. Igualemente, dijo que debe accederse al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

7. Alegatos UGPP. La demandada indicó que el senor RAFAEL ANTONIO ROMERO PORRAS falleció el 25 de marzo de 1988 por razones de origen profesional, por lo cual la normatividad aplicable para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes era la Ley 90 de 1946, el Decreto 3170 de 1964 y el Decreto 1726 de 1965. Agregó que ha atendido de forma oportuna y motivada las peticiones prestacionales incoadas por la demandante, lo cual se ve reflejado en el acto administrativo de negación de reliquidación emitido por la UGPP, mediante el cual se indica la imposibilidad de acceder a la reliquidación solicitada, puesto que la pensón fue reconocida teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y conforme a la normatividad en mención.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de la UGPP en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿A la pensión de la demandante le fueron aplicados los incrementos anuales en debida forma por parte de la entidad demandada? y (ii) ¿Es procedente acceder a la indexación de las diferencias pensionales reconocidas por el Juzgado?

De la calidad de pensionada

Sea lo primero indicar que mediante Resolución 01987 del 23 de junio de 1989, el entonces ISS le reconoció a la actora y a sus 4 hijos una pensión de sobrevivientes de origen profesional en cuantía total de $42.592, con ocasión del fallecimiento del señor Rafael Antonio Romero Porras, que tuvo lugar el 25 de marzo de 1988. (fols. 9 y s.s.).

Dicha prestación viene siendo pagada en un 100% a la demandante desde el mes de febrero de 2007, como se avizora de la certificación expedida por Positiva Compañía de Seguros. (fols. 19 y s.s.).

Del reajuste anual de la pensión de sobrevivientes

En punto al problema jurídico relacionado con el reajuste de la pensión de sobrevivientes conforme a los incrementos anuales establecidos por la ley, ha de recodar la Sala que el reajuste de las pensiones ha sido definido por el legislador de manera dinámica, atendiendo las condiciones económicas en las que se encuentre el país, pues en la medida en que el proceso inflacionario sufra modificaciones, la ley ha adoptado los correctivos necesarios para evitar en lo posible, la reducción en términos reales, de la capacidad de compra de lo que se recibe por pensión.

Con la expedición de la Ley 71 de 1988, anualidad a partir de la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, se dispuso el reajuste de las pensiones cada vez y en el mismo porcentaje en que fuere incrementado el salario mínimo legal.

Ahora bien, al entrar en vigor el artículo 14 de la Ley 100 de 1994, todas las pensiones (exceptuando las que son iguales al salario mínimo legal mensual vigente) se reajustan anualmente y de oficio al 1º de enero de cada año, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor –IPC- certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

En el caso objeto de estudio, se tiene que conforme lo indicó el Juzgado de primera instancia, la pensión de sobrevivientes otorgada a la actora con ocasión a la muerte de su cónyuge Rafael Antonio Romero Porras, debió reajustarse conforme al incremento del salario mínimo legal mensual vigente, dispuesto entre 1989 y 1994; además, a partir de 1995, el reajuste anual debió realizarse conforme a la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, en la medida que la prestación reconocida en suma de $42.592 desde el año 1988, resulta superior al SMLMV.

Así las cosas, efectuada la respectiva liquidación de la prestación aplicando los reajustes correspondientes a cada anualidad desde el año 1989, se advierte que en efecto el valor de la pensión resulta ser superior a la que realmente le ha sido pagada a la parte convocante, pues nótese que conforme a la liquidación anexa que hace parte integral de esta sentencia, se tiene que para el año 2007, en el cual le fue reconocida a la actora el 100% de la prestación de sobrevivientes, el cuantum pensional debía ascender a la suma de $674.773,11, no obstante, Positiva como anterior pagador de la prestación reconocía para dicha anualidad el valor de $433.700, como se observa de la certificación obrante a folio 20.

Nótese igualmente, que cuando el pago de la prestación fue asumido por el FOPEP en julio de 2015, la mesada pensional reconocida a la actora ascendía a la suma de $696.155,74, cuando según la liquidación anexa debía pagarse el valor de $907.339,39.

Por tanto, resulta claro que es procedente la reliquidación pensional reclamada, como acertadamente lo indicó el Juzgado de primera instancia, por lo que no le asiste razón a la UGPP en su alzada y en sus alegaciones, en las cuales dicho sea de paso no se discute nada en relación con la decisión del *a quo*, pues su argumento central se fincó en que la prestación cuando fue reconocida hacia el año 1988, fue liquidada conforme a las normas que le eran aplicables, argumento que en nada se relaciona con lo pretendido por la parte actora, quien como es claro, discute la indebida aplicación de los reajustes anuales de la prestación.

En este punto además, conviene advertir que los valores de la prestación obtenidos por esta Colegiatura en la liquidación anexa, resultan superiores a los indicados por el Juzgado de primera instancia, no obstante, ha de decirse que la decisión de este no ésta llamada a sufrir modificación, por cuanto la demandante en su recurso de apelación nada indicó en relación con este aspecto, por manera que no puede hacerse más gravosa la situación de la UGPP en virtud del principio de la no *reformatio in pejus*, al ser la única apelante frente a este punto.

De la prescripción

En el presente caso el derecho reclamado se causó desde la fecha del fallecimiento del causante que lo fue el 25 de marzo de 1988, siendo importante advertir que la reclamación administrativa tan solo se elevó ante la demandada el 15 de febrero de 2017, como se deduce de la Resolución RDP 015665 del 18 de abril de 2017 (fols. 16 y s.s.), y se advierte que la demanda fue radicada el 4 de julio de 2019, como da cuenta el acta individual de reparto (fol.36), por tanto, es claro que en los términos del artículo 151 del CPT y de la SS, así como del artículo 488 del CST, operó la prescripción sobre diferencias pensionales causadas con anterioridad al 15 de febrero de 2014, como lo concluyó el Juzgado de primera instancia, por lo que acertó al reconocerlas desde la última fecha en mención.

De la indexación

Solicita la parte actora en su recurso de apelación el reconocimiento de la indexación de las diferencias pensionales debidas, en cuanto el Juzgado no accedió al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Al respecto, cumple indicar que no es procedente el reconocimiento de la misma, por cuanto no fue solicitada en el acápite de pretensiones de la demanda, estándole al Tribunal vedado ir más allá de lo peticionado, pues no cuenta con facultades ultra y extra petita.

Finalmente, debe precisarse en cuanto a la petición de reconocer los intereses moratorios formulada en los alegatos de conclusión de la actora, que la misma no habrá de analizarse, en tanto ello no fue materia del recurso de apelación.

Virtud de lo anterior, no queda otro camino que confirmar la decisión proferida por el Juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***BLANCA NUBIA CARDENAS MENDEZ***
DEMANDADO:	***TECHNOCONTROL S.A.S.***
RADICACIÓN:	***1100131050-36-2017-00498-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. BLANCA NUBIA CÁRDENAS MENDEZ instauró demanda ordinaria contra TECHNOCONTROL S.A.S. con el fin de que se DECLARE que la demandada no consignó las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral, como tampoco pagó los intereses a las cesantías, las vacaciones ni las dotaciones; en consecuencia, se condene al pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, dotaciones, junto con la sanción por falta de consignación de cesantías, la indemnización moratoria y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 34 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que celebró contrato de trabajo con la demandada, el cual inició el 7 de noviembre de 2014 y terminó el 31 de enero de 2017; que desempeñó el cargo de Asistente Administrativa y percibió un salario de $900.000 más un bono mensual de $200.000; que la empleadora no consignó el auxilio de cesantía generado durante los años 2014, 2015 y 2016, y tampoco le pago directamente las cesantías causadas en el año 2017, ni los intereses a las cesantías, las vacaciones y las dotaciones generadas durante la vigencia de la relación laboral; que su retiro tuvo lugar el 31 de enero de 2017.

2. Contestación demanda. La parte demandada contestó la demanda a través de *curador ad litem*, indicando que se atiene a las pruebas aportadas al proceso y a las que el Despacho ordene. (fols. 50 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre del 2019, en la que el Juzgado absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas por la demandante. (CD fol. 69).

Su decisión se basó en que en el presente caso se prueba la existencia del contrato de trabajo, pues de la documental se observa que el mismo fue celebrado a término indefinido, con fecha de inicio 7 de noviembre de 2014 y un salario de $900.000 mensuales; sin embargo, dijo que no se encuentra acreditado el extremo final del contrato, en la medida que en el caso no pudo darse aplicación a la confesión ficta ante la inasistencia del representante legal de la convocada a la etapa de conciliación y a la práctica del interrogatorio de parte, por cuanto ésta se encuentra representada por *curador ad litem*.

Agregó que la carta allegada por la demandante, con la que pretendió renunciar de manera irrevocable desde el 28 de enero de 2017, no tiene constancia de recibido, ni certificación de una empresa de correos que pueda confirmar que en efecto fue enviada la demandada, amén que no existe prueba alguna de la cual se pueda observar que la actora prestó sus servicios hasta la fecha referenciada en la demanda.

Dijo que la documental obrante a folio 29, además de ser una aparente impresión de unos correos electrónicos, no tiene valor probatorio porque no fue reconocida por la parte demandada, no fue allegada en forma de mensaje de datos y no informa sobre la persona que la remitió y la recibió, sumado a que, en todo caso, solo da cuenta de una solicitud relacionada con unos desprendibles de nómina y una certificación laboral.

Señaló que, del acta de conciliación del 14 de marzo de 2017, en la que se indica que a la diligencia asistieron la demandante y el representante legal de la convocada, no puede tomarse una confesión por parte de la encartada a fin de establecer el extremo final del vínculo, como lo ha establecido la CSJ.

Finalmente, dijo que la parte demandante debe probar los extremos laborales o allegar elementos de juicio que permitan al Juzgador establecerlos de manera concreta y precisa, no obstante, en el caso objeto de estudio, no se demuestra hasta qué fecha la actora prestó sus servicios y tampoco obra medio de convicción que permita establecer un extremo distinto al aducido en el escrito inicial, de suerte que no puede accederse al reconocimiento de las prestaciones reclamadas por la actora.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que los extremos laborales se encuentran demostrados en el proceso, muy a pesar que la CSJ considere que las actas de conciliación no tienen el carácter de prueba, pues resulta absurdo asumir tal posición, cuando a la diligencia asistió el

representante legal de la encartada y su apoderado, en la cual además, se manifestó que no existía el deseo de conciliar porque la pasiva presumía que había cancelado todas las acreencias laborales generadas a favor de la parte actora, sin negar en ningún momento la existencia de la relación laboral.

Igualmente dijo que, de los correos electrónicos obrantes en el proceso, se puede evidenciar que la demandante reclamó una certificación laboral y las nóminas de los últimos 5 meses, precisando que los mismos no pueden ser considerados correos en apariencia, porque tal calidad podía verificarse a través del poder oficioso del Despacho.

Señaló que la carta de renuncia no tiene recibido porque la convocada cerró sus puertas a la demandante, quien además desconocía la importancia de remitirla a través de una empresa de correo.

Dijo que la prueba de que no volvió a trabajar corresponde a la citación que le hizo a su empleador para que le pagara sus prestaciones desde el 7 de noviembre de 2014 y que los extremos laborales se encuentran debidamente acreditados en el acta, la cual debe ser considera teniendo en cuenta que se trata de un documento público certificado por un funcionario público, que bien puede prestar mérito de prueba atendiendo, a que la garantía del trabajador se encuentra fundamentada en la presencia del Ministerio del Trabajo.

En escrito allegado a esta instancia el 4 de febrero de 2020, la parte actora manifestó que se permitía sustentar el recurso de apelación, y para el efecto, indicó que los medios de convicción sobre la relación de trabajo debieron ser aportados por la parte pasiva, por cuanto no se encontraban en manos de la trabajadora, lo cual no ocurrió, en la medida que no compareció al proceso, por tanto solicitó que se tengan en cuenta las planillas de aportes a Seguridad Social que se anexan con el memorial en mención.

5. Alegatos de conclusión segunda instancia. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término, después de que se les corrió traslado para ese efecto, mediante auto del 4 de agosto del 2020, notificado mediante estado virtual del 6 de agosto de la misma anualidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente .

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Si en el presente caso, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primera instancia, se encuentra acreditado el extremo final del contrato de trabajo celebrado entre las partes?

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No media discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral entre las partes, como quiera que el Juzgado de primera instancia así lo concluyó a patir del contrato de trabajo a término indefinido visible a folios 24 y s.s., lo cual dicho sea de paso, no se encuentra discutido por las partes mediante el recurso de apelación.

DEL EXTREMO FINAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

En cuanto al problema jurídico relacionado con la demostración de los extremos laborales, y en particular, el extremo final del contrato de trabajo, advierte la Sala que el apelante insiste en que de la prueba documental obrante en el proceso claramente es posible establecer que el vínculo laboral finalizó en la fecha aducida en la demanda, lo cual se constata especialmente del acta de no acuerdo de fecha 14 de marzo de 2017.

Pues bien, al respecto cumple advertir que conforme lo ha indicado la CSJ entre otras, en la sentencia SL1542-2017, cuando resulta fallida la conciliación, como ocurrió en el presente caso, ninguna de las afirmaciones vertidas en el acta pueden ser esgrimidas como prueba de confesión de los hechos allí declarados por alguno de los intervinientes, posición que comparte la Sala de Decisión en la medida que, tal y como la Alta Corporación lo destacó, ello propicia que tanto el trabajador como el empleador asistan a la diligencia de conciliación con buen ánimo, amplitud y espontaneidad a discutir abiertamente los derechos controvertidos, pues de lo contrario, se verían ambos constreñidos a hacer renuncias, rebajas u ofrecimientos específicos, por el temor de ser declarados confesos respecto de puntos que para ellos eran discutibles.

Nótese que incluso la misma ley, en relación con la conciliación establecida en el artículo 77 del CPT y de la SS, determinó que las manifestaciones de las partes realizadas en dicha diligencia no constituyen confesión.

Por tanto, considera la Sala que contrario a lo afirmado por el recurrente no es posible tener por demostrado el extremo final del contrato de trabajo celebrado por las partes a partir del acta de no conciliación del 14 de marzo de 2017, pues aunque a dicha diligencia asistieron ambas partes, lo manifestado por estas en la misma, no tenía una finalidad distinta que resolver sus diferencias de común acuerdo, y así precaver un proceso judicial, que en últimas sí tuvo lugar.

En lo que se refiere a la impresión del mensaje de datos visible a folio 29 del expediente, ha de decir la Sala que el mismo sí tiene valor probatorio, contrario a lo afirmado por el Juzgado, dado que conforme al artículo 247 del CGP, *"La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos"*, de suerte que al no ser desconocido ni tachado de falso el mismo por la parte contraria, el documento tiene relevancia probatoria, no obstante, ha de decirse que de la prueba en mención, tampoco es posible advertir acreditado el extremo final del contrato, porque de su contenido se tiene que la demandante el 30 de mayo de 2017, solicitó ante la convocada la expedición de una certificación

laboral y la entrega de los desprendibles de nómina correspondientes a los últimos 5 meses, petición que además reiteró el 13 de junio de 2017.

Ahora bien, aunque a folio 28 del expediente obra carta de fecha 31 de enero de 2017, en la cual la demandante manifestó que presentaba renuncia al cargo a partir de la fecha en mención, lo cierto es que tal y como lo resaltó el Juzgado, no existe prueba de que la misma haya sido recibida por la convocada, en tanto que no obra constancia alguna de su entrega a esta, no siendo de recibo lo afirmado en al alzada, en el sentido que la encartada cerró sus puertas a la demandante, pues ello no se encuentra acreditado en el proceso.

Respecto a los certificados de aportes allegados por la parte demandante ante esta Colegiatura el 4 de febrero de 2020, ha de decirse que los mismos no pueden ser considerados por la Sala de decisión, pues nótese que, a la luz de nuestra norma procesal laboral, específicamente, el 83 del CPT y de la SS, *"Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia. Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta".*

En ese orden, no puede la Sala incorporar las certificaciones mencionadas, en la medida que si bien las mismas fueron solicitas por la parte actora para que fueran allegadas por la demandada (CD fol. 63), lo cierto es que el Juzgado accedió a dicha petición en audiencia del 13 de agosto de 2019, pero con la condición de que las mismas entregaran a más tardar en la próxima audiencia, lo cual debió ser atendido por la parte activa, en primer lugar porque la convocada compareció al proceso a través de *curador ad litem*, y en segundo lugar, porque su actuación en esta instancia demuestra que se encontraba en la posibilidad de obtenerlas y allegarlas al proceso, por lo que no es posible concluir que esas documentales no fueron incorporadas sin su culpa.

Conforme a lo anterior, cumple advertir que de los medios de convicción oportunamente incorporados no se tiene probado el extremo final del contrato, lo cual, además, era carga probatoria de la parte demandante conforme a los términos del artículo 167 del CPT y de la SS.

Sobre este aspecto la CSJ, entre otras en la sentencia SL2536-2018, indicó que si bien los extremos laborales no se encuentran explícitamente enunciados en el artículo 23 del CST, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, pues solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Por tanto, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 167 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo del 145 del CPT y de la S.S.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo de 2019, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(*Salva voto)*

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARLEN CASAS GÓMEZ***
DEMANDADO:	***ANDRÉS EDUARDO LÓPEZ HOYOS Y OTRO***
RADICACIÓN:	***1100131050-31-2019-00384-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARLEN CASAS GÓMEZ instauró demanda ordinaria contra ANDRÉS EDUARDO LÓPEZ HOYOS y MARIBEL MARGARITA CALDERÓN MAYANS con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de noviembre de 2006 y el 11 de diciembre de 2018, el cual terminó por decisión unilateral de los empleadores; en consecuencia, se condene al pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, dotaciones, aportes al Sistema General de Pensiones, junto con la sanción por falta de consignación de cesantías, sanción por falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, la indemnización moratoria, la indexación y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue contratada de forma verbal por los demandados para desarrollar las labores de empleada del servicio doméstico en su casa de habitación, desde el 15 de noviembre de 2006 hasta el 11 de diciembre de 2018; que hasta el 31 de diciembre de 2010 laboró dos días a la semana de 10:00 a.m. a 6:00 p.m. y desde el 1º de enero de 2011 prestó sus servicios un día a la semana de 10:00 a.m. a 5:00 p.m.; que el último salario devengado ascendió a la suma de $220.000; que el vínculo laboral fue terminado sin justa causa por parte de los empleadores, de forma intempestiva e inexplicable, a pesar que cumplió todas sus obligaciones sin llamados de atención y queja alguna; que durante la vigencia de la relación laboral no le fueron consignadas sus cesantías, ni tampoco le fueron pagados los intereses a las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones, no fue afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, ni tampoco le fue entregado calzado y vestido de labor; que a la fecha no le ha sido pagada la liquidación del contrato de trabajo; que elevó reclamación el 11 de diciembre de 2018, a través de carta en la que manifestó su renuncia al cargo.

2. Contestación demanda. Los demandados dieron contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que en el presente caso no se acreditan los 3 elementos del contrato de trabajo, pues la demandante no estuvo sometida al cumplimiento de un horario de trabajo, dado que por sus diversos trabajos en múltiples ocasiones modificaba el día en que prestaba el servicio, por requerimiento de los demás empleadores y para la atención de sus hijos. Igualmente, dijo que desarrolló sus funciones de manera autónoma e independiente de acuerdo con su disponibilidad.

Propusieron como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones que se reclaman, cobro de lo no debido y buena fe. >>No propuso prescripción<< (fols. 29 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de agosto del 2019, en la que el Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes por el período comprendido entre el 15 de noviembre de 2006 y el 11 de diciembre de 2018; condenó al pago de $1.366.809 por concepto de cesantías, $161.043 por intereses a las cesantías, $368.374 por concepto de prima de servicios, $1.327.638 por vacaciones; asimismo condenó al pago del cálculo actuarial realizado a satisfacción de Colpensiones por el período comprendido entre el 15 de noviembre de 2006 y el 11 de diciembre de 2018, tomando como base salarial la indicada en la parte considerativa de la sentencia y sobre los días señalados en dicho acápite; condenó en costas a la parte demandada y la absolvió de las demás pretensiones formuladas en su contra. (CD fol. 188).

Su decisión se basó en que, de lo confesado por los demandados en su interrogatorio, así como lo dicho por los testigos, se advierte la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la parte convocada, precisando que la certificación laboral allegada al proceso contiene manifestaciones que no corresponden a la realidad, como así lo reconoció la actora en su interrogatorio de parte.

Por tanto, dijo que operó la presunción de que trata el artículo 24 del CST, la cual no se desvirtúa con la simple afirmación de la parte demandada, que la relación se rigió por un contrato de prestación de servicios, porque este es propio de una actividad profesional que no se corresponde con la realidad del servicio doméstico, de manera que en efecto existió un contrato de trabajo entre las partes desde el 15 de noviembre de 2006 hasta el 11 de diciembre de 2018, siendo procedente reconocer cesantías, intereses y vacaciones por todo el tiempo laborado, dado que no se propuso la excepción de prescripción, cuya liquidación deberá considerar que, conforme a lo dicho por la actora, la prestación de los servicios se dio dos días a la semana hasta el 2009, pues del 2010 en adelante solo laboró 1 día a la semana.

Agregó que la prima de servicios procede para las empleadas del servicio doméstico desde el segundo semestre del año 2016, y en cuanto a la dotación, señaló que no se acreditan los perjuicios causados por la no entrega del calzado y vestido de labor.

De otro lado, señaló que es procedente reconocer el valor del cálculo actuarial a satisfacción de Colpensiones, por el tiempo de duración de la relación laboral, teniendo en cuenta los días a la semana laborados por la convocante.

En relación con la sanción por falta de consignación de cesantías y la indemnización moratoria, concluyó que no se advierte mala fe de la parte empleadora, en la medida

que no propuso la excepción de prescripción, amén que en certificación allegada por la propia demandante se indica que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios, señalando una asignación superior a la reconocida expresamente por la actora, por tanto, es claro que la parte pasiva tenía la errada convicción de que la relación se encontraba regida por el vínculo en mención.

Finalmente, dijo que en los hechos de la demanda se indica que fue la parte empleadora la que terminó el contrato de trabajo, sin que existiera justa causa, lo cual riñe con lo dicho a folio 6; sin embargo, la parte actora no solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que *"no estoy de acuerdo con la exoneración que se hace de las sanciones por la no consignación de cesantías a la trabajadora que represento en este proceso, y a la sanción moratoria dado que del soporte probatorio en mi concepto si se puede concluir que no hubo buena por la parte empleadora. Por otra parte frente a la afirmación en relación a que la terminación del contrato se dio de forma unilateral por parte de los empleadores, sucedió por un lapsus, un error en la digitación de la demanda lo admito pero analizando todo el contexto del proceso las pruebas, los testimonios y demás, es claro llegar a la conclusión que la terminación del contrato se dio por decisión de la trabajadora y se dio por la decisión de ella motivada en el no pago de sus prestaciones sociales y los derechos a que ella tenia derecho, por otro lado, fue reiterativa la solicitud de ella en cuanto a que fuera afiliada al Sistema Integral de Seguridad Social a que le pagaran todas sus prestaciones y nunca obtuvo una respuesta positiva por parte de los empleadores, de eso hay fe en todo el soporte documental como lo manifesté hubo una diligencia previa en el Ministerio del Trabajo hubo una instancia de conciliación y en ningún momento se tuvo por parte de los empleadores la voluntad de pagarle a la trabajadora eso, por eso discrepo de la posición de la señora juez en ese sentido y básicamente son las razones en las que fundamento este recuso de apelación en esta instancia, la normatividad que soporta estas razones de hecho pues están dadas primero en el artículo 66 y posteriormente en el artículo 65 del CST y las normas que usted ya citó señora juez, básicamente observo que la valoración de la prueba pues no la comparto y por eso apelo esta sentencia…"* (CD fol. 188).

5. Alegatos de conclusión demandante. Indicó la apoderada de la actora que en el presente caso los demandados actuaron de mala fe porque disfrazaron la relación laboral que existió entre las partes, nunca resolvieron de fondo las solicitudes de la trabajadora tendientes a obtener el pago de sus prestaciones sociales, amén que se negaron a conciliar en sede administrativa y judicial, por manera que es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, así como la sanción por falta de consignación de cesantías, sobre todo porque la supuesta "errada" creencia de estar atados bajo un contrato de prestación de servicios era superable con una asesoría. Agregó que en el presente caso igualmente, deben accederse a la indexación de la sumas reconocidas.

Finalmente, adujo que se encuentra probado que la demandante terminó el contrato de trabajo de manera motivada ante la falta de pago de las prestaciones sociales, debiendo el Juzgado dar aplicación a sus facultades ultra y extra petita, a fin de reconocer el despido indirecto, máxime que la trabajadora siempre insistió en el pago de las mismas, pero sus empleadores únicamente generaron expectativas ante ello, y no procedieron a su reconocimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿En el presente caso la parte demandada actuó de mala fe y, por ende, es procedente impartir condena por concepto de sanción por falta de consignación de cesantías e indemnización moratoria? y (ii) ¿Debe imponerse condena a título de indemnización por despido indirecto, en tanto se encuentra demostrado que fue la demandante quien terminó el vínculo laboral?

De la existencia de la relación laboral

No media discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral entre las partes, pues el Juzgado de primera instancia concluyó del material probatorio obrante en el proceso, que entre éstas en efecto se ejecutó un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de noviembre de 2006 hasta el 11 de diciembre de 2018, decisión que no fue controvertida mediante el recurso de apelación.

De la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandante en su apelación en relación con la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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, la indemnización de que trata el artículo en mención.

En lo que tiene que ver con la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se destaca que ésta procede cuando el empleador no consigna el auxilio a la cesantía antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del fondo seleccionado por el trabajador.

Sobre dichas indemnizaciones, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL5220-2019 ha explicado, que las mismas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

En ese orden, la aplicación de la indemnización moratoria para cualquiera de los dos eventos aquí analizados, no es automática ni inexorable, y por ende en cada asunto el sentenciador debe determianar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar su actuar en el terreno de la buena fe, caso en el que no procederían las sanciones mencionadas.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que contrario a lo afirmado por la recurrente, de la prueba recaudada en el proceso se tiene que el actuar de los demandados sí estuvo revestido de buena fe, como lo proponen desde la contestación de la demanda, en la medida que la falta de pago de las prestaciones sociales a favor de la trabajadora y la omisión en la consignación de las cesantías al respectivo fondo, estuvo fundada en la errada creencia de que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios.

Nótese que en la contestación de la demanda se indica que la actora en muchas ocasiones prestó sus servicios en los días establecidos por ella, sin que nadie le impartiera órdenes, dado que en muchas ocasiones ninguna de las personas que residían en la vivienda, se econtraban presentes.

Igualmente, adviértase que la parte actora allegó certificación suscrita por la demandada Maribel Calderón Mayans del **20 de marzo de 2013**, en la cual indica que la actora presta sus servicios de aseo doméstico desde el 5 de abril de 1999, en el horario e lunes a viernes de 9:00 a.m. a 5:00 p.m., a cambio de la suma mensual de $600.000 incluido transporte.

De dicha certificación, se advierte en primer lugar que la demandada estaba convencida que la relación se encontraba regida por una relación distinta a un contrato de trabajo, y en segundo lugar, contiene manifestaciones que claramente desfavorecen a la empleadora, porque se reconoce una prestación del servicio ininterrumpida desde el año 1999, cuando en la misma demanda se indica que lo fue desde el 2006, sumado a que se señala un horario y una asignación que no corresponden a la realidad, como quiera que la actora desde el escrito inicial, precisó que en un principio prestó sus servicios dos días a la semana, y finalmente, laboró un día a la semana, siendo su último salario la suma de $220.000.

A lo anterior, debe agregarse que analizados los interrogatorios de parte rendidos por los demandados (CD fol. 188), se observa que éstos de manera espontánea aceptan que la demandante prestó sus servicios inicialmente dos veces a la semana, y que posteriormente, lo hacía una vez a la semana, teniendo como última remuneración $55.000, valor que resulta ser muy superior al salario mínimo legal mensual vigente, pues nótese que para el año 2018, el salario mínimo diario ascendía a la suma de $26.041. Igualmente, precisaron que no afiliaron a la actora a Seguridad Social porque tenían un convenio de prestación de servicios y esta estaba afiliada al sisben. Finalmente, manifestaron que la actora podía ir cualquier día de la semana a prestar sus servicios.

También conviene destacar que la parte demandada en la contestación de la demanda no propuso la excepción de prescripción, por tanto, ha de advertirse que la Sala no avizora una actitud deliberada por parte de los demandados, tendiente a sustraerse de la obligación de reconocer las prestaciones sociales a que tenía derecho la trabajadora, sino que su omisión, como se dijo, obedeció a una falsa creencia de que no estaban

obligados a ello, en tanto se encontraban convencidos que la relación que los ató con la demandante estaba regida por un contrato de prestación de servicios.

Asi las cosas, comparte la Colegiatura la posición asumida por el Juzgado de primera instancia, en cuanto indicó que en el presente caso no se advierte mala fe por parte de los convocados, y por ende, no es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de las cesantías.

Del despido indirecto

Discute la parte actora la decisión tomada por el Juzgado en relación con la indemnización por despido indirecto, pues a su juicio por un error involuntario, en la demanda se dijo que fueron los empleadores quienes terminaron el contrato, no obstante, de las pruebas recaudadas es claro que quien finalizó el vínculo manera motivada fue la trabajadora, encontrándose acreditada la justa causa aducida en la carta de renuncia.

Al respecto, ha de decir la Sala que si bien en los hechos de la demanda la parte actora incurre en contradicción, en la medida que en el hecho tercero de la misma afirma que el contrato de trabajo terminó sin justa causa por parte de los empleadores, y en los hechos 14 y 15 se indica que éste terminó por la renuncia de la trabajadora, lo cierto es que ese lapsus no puede interpretarse como lo propone la recurrente, porque en la pretensión tercera se solicitó claramente declarar que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral de los empleadores, lo cual no puede ser reconocido por la Sala porque fue la demandante quien renunció al cargo, como se observa de la misiva de fecha 11 de diciembre de 2018 (fol. 13).

Aunado a ello, ha de decirse que como lo destacó el Juzgado de primera instancia, la demandante no solicitó condena por concepto de indemnización por despido injusto o despido indirecto, y tampoco hizo mención de ello en los argumentos y razones de derecho, como para entender que la actora sí persigue el reconocimiento y pago de la misma, lo cual en todo caso no puede reconocerse por el Tribunal a través de las facultades ultra y extra petita, pues éstas son exclusivas del juez de única y primera instancia.

Sobre los alegatos de conclusión allegados a esta instancia ha de decirse que se observa en los mismos planteamientos a los que no se hicieron referencia en el recurso de apelación, como por ejemplo el reconocimiento de la indexación de las sumas reconocidas por el Juzgado, de manera que la Sala no hará ningún pronunciamiento al respecto, por no ser materia de la alzada.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto del 2019 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva Voto)

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***OLGA LUCÍA FLOREZ LEDESMA***
DEMANDADO:	***UGPP***
RADICACIÓN:	***1100131050-10-2016-00033-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO MARTÍNEZ DEVIA como apoderado principal de la UGPP, así como al Dr. FERNANDO ROMERO MELO como apoderado sustituto de la UGPP en los términos y para los efectos del poder conferido, obrante en el expediente, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Ligia Flórez Ledesma instauró demanda ordinaria contra la UGPP con el fin de que se DECLARE que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su compañero permanente y cónyuge Abel Antonio Rodríguez, desde el 29 de agosto de 2013, y se condene a la demandada a pagar las mesadas adeudadas, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que convivió con el señor Abel Antonio Rodríguez Suarez de manera permanente, singular e ininterrumpida por mas de 12 años y hasta la fecha de su fallecimiento, el cual tuvo lugar el 28 de agosto de 2013; que el causante para el momento del deceso se encontraba pensionado por parte de Cajanal; que el 26 de agosto de 2013, contrajo matrimonio católico con su compañero permanente en la ciudad de Medellín; que el 21 de octubre de 2013, solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada mediante el Auto ADP 016295 del 16 de diciembre de 2013,

argumentando que no era procedente considerar las declaraciones extra juicio allegadas por parte de la solicitante, en tanto ésta tiene la calidad de beneficiara en salud del tío del causante y presuntamente su relación inició con dos días de anterioridad al deceso; que laboró para el tío del causante, el señor Jesús Antonio Suarez Restrepo en un taller de costura de su propiedad, y que éste siempre le manifestó que la había afiliado al Sistema de Seguridad Social como trabajadora dependiente.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 39), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante presentó solicitud de reconocimiento pensional sin cumplir con los requisitos para el efecto, además, las declaraciones extra-juicio allegadas por ella permiten establecer que el causante en realidad no constituyó un hogar que represente una ayuda mutua entre la pareja, como lo exige la CSJ. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en los actos administrativos demandados, imposibilidad de condena en costas, prescripción, imposibilidad de intereses moratorios y la genérica. (fol. 42 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de abril del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (CD fol. 294 y s.s.)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, precisando además que el causante a la fecha de su fallecimiento tenia la calidad de pensionado. Que se demuestra que la demandante contrajo matrimonio con el causante dos días antes de fallecer, no obstante, de las pruebas adosadas al proceso se advierten inconsistencias que no permiten tener por demostrada la convivencia real y efectiva entre el pensionado fallecido y la actora dentro de los 5 años anteriores a la muerte, pues en primer lugar, el causante en noviembre de 2012 realizó declaración extra juicio en la que manifestó entre otras cosas, que era soltero, sin dejar constancia de tener una unión marital de hecho; en segundo lugar, la demandante se contradice en su interrogatorio de parte, y a pesar de manifestar que cuidó al causante en su enfermedad, no aparece como acompañante en la historia clínica allegada al expediente; en tercer lugar, si bien los testigos afirman que la actora convivió con el de *cujus* desde el año 2001, ella misma en su interrogatorio afirmó que lo conoció porque trabajó con un tío del causante, y que esa relación laboral tuvo lugar desde el año 2006; finalmente, los declarantes se contradicen con lo afirmado por la propia demandante y lo indicando entre ellos, lo cual no le otorga credibilidad al Despacho en relación con la convivencia aducida en la demanda, siendo lo procedente absolver a la demandada de las pretensiones invocadas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en su interrogatorio de parte manifestó que convivió con el señor Abel Antonio, lo cual fue indicado en la demanda y se confirma por los testigos Alfonso Rodríguez y el señor Francisco. Que en los testimonios arrimados al proceso existe congruencia y paridad,

en tanto indicaron que conocieron a la demandante como compañera del causante e incluso manifiestan sus hermanos que compartían techo con la pareja, por lo que pueden dar fe de su vida marital, en la cual había una ayuda mutua, destancado que la actora se encargó de los cuidados del señor Abel antes de su muerte.

En ese orden, dijo que se acreditan los presupuestos establecidos por el artículo 13 de la Ley 797 del año 2003, para efectos del reconocimiento de la prestación económica reclamada, pues es claro que la demandante y el finado compartían techo, lecho y mesa, como elementos esenciales establecidos por la CSJ.

Agregó que el afecto marital también fue probado con los testimonios arrimados al proceso, y por ello, no se comparte la tesis del Juzgado cuando afirmó que no se acreditaron los elementos esenciales de la convivencia entre el causante y la demandante.

Señaló que de la prueba documental aportada al expediente quedó claro el hecho que el causante manifestó su ánimo de contraer matrimonio con la Señora Olga Ligia, conforme al registro civil de matrimonio, lo cual se ratifica con lo afirmado por los testigos, quienes señalaron que el interés del señor Abel era brindarle tranquilidad a la actora, a quien no deseaba dejar desamparada.

6. Alegatos de conclusión demandante. El apoderado de la parte actora indicó que de la prueba testimonial se desprenden claramente los extremos de la convivencia que existió entre los señores OLGA LIGIA FLOREZ LEDESMA y ABEL ANTONIO RODRIGUEZ SUAREZ (Q. E. P. D.), la cual se dio de manera singular e ininterrumpida por más de doce (12) años y hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Precisó además que, la jurisprudencia constitucional confirma el vínculo de la pensión de sobrevivientes, como componente de la seguridad social, con los derechos al mínimo vital y a la vida digna, realzando el carácter fundamental que permite su protección por vía tutela.

Por lo anterior, insistió en el reconocimiento de la prestación reclamada a favor de la demandante.

7. Alegatos de conclusión UGPP. El apoderado de la UGPP sostuvo que la demandante al momento de presentar la demanda, lo hizo sin cumplir los requisitos mínimos para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, además en las declaraciones extra juicio se observa que el causante en realidad no construyó un hogar que represente la ayuda mutua con la pareja, tal como lo ha exigido la Corte Suprema de justicia en reiterada jurisprudencia, motivo por el cual solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandante logró probar la convivencia exigida para acceder a una pensión de sobreviviente?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor señor ABEL ANTONIO RODRÍGUEZ SUAREZ (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 16, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 28 de agosto de 2013, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en agosto de 2013. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Calidad de pensionado

No existe controversia en cuanto a que el causante a la fecha de su deceso tenía la calidad de pensionado, pues así se deduce del auto ADP 016295 del 16 de diciembre de 2013, en el cual se dejó constancia de que mediante Resolución 1999 del 28 de septiembre de 2004, se le reconoció una pensión de vejez, en cuantía de $1.487.907,74, efectiva a partir del 1º de febrero de 2004, condicionada a demostrar retiro del servicio para su disfrute.

Requisitos pensión de sobreviviente

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la cónyuge son fundamentalmente dos, de una parte, la edad, esto es, acreditar 30 o más años al momento del fallecimiento y, de otra parte, demostrar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora OLGA LUCÍA FLÓREZ LEDESMA, nació el 8 de febrero de 1954, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 10, luego para la muerte del señor RODRÍGUEZ SUÁREZ (q.e.p.d.), contaba con 59 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, se puede afirmar que constituye el objeto de la litis por ser el punto de distanciamiento entre la accionante y la falladora de primera instancia, quien no encontró demostrada la convivencia de 5 años con anterioridad al fallecimiento, siendo claro que en el presente caso no nos encontramos frente a una cónyuge separada de hecho, sino que la demandante insiste en que convivió con el causante hasta su fallecimiento.

En el presente caso se observa que, la señora Olga Ligia Flórez contrajo **matrimonio** con el señor Abel Antonio Rodríguez (q.e.p.d.), dos días antes de su fallecimiento, esto es, el 26 de agosto de 2013, como se extrae del registro civil de matrimonio visible a folio 16.

Para demostrar la convivencia exigida, se recibió por despacho comisorio, la declaración de la demandante y de tres testigos, quienes manifestaron lo siguiente:

La señora Olga Ligia Florez Ledesma, indicó que convivió con el causante desde el 21 de enero de 2001 hasta la fecha de su fallecimiento; que el fallecido sufrió de un cáncer de los huesos por un período de 5 años; que ella y los hermanos del causante estuvieron a cargo de su enfermedad; que convivieron como pareja en Robledo la Campiña-Medellín entre los años 2002 y 2008, y posteriormente, se trasladaron a la dirección que ella ostenta actualmente; que el señor Jesús Antonio Suárez es un tío del difunto, con quien ella trabajó en confecciones desde el año 2006 hasta el año 2016; que el tío del causante la tenía afiliada en el Sistema General de Salud porque ella era su empleada, pero desconoce la manera en como la afilió, precisando que no sabía que aparecía como su beneficiaria; que su pareja no la había afiliado en salud porque cuando lo conoció, ya trabajaba con su tío Jesús Antonio Suárez; que convivió con el señor Abel y sus hermanos Amparo, Jesús, Alfonso, y Arturo quien también trabajaba en juzgados. (CD fol. 272).

Por su parte, rindió declaración el señor Jesús Antonio Rodríguez Suarez, hermano del causante, quien indicó que conoce a la demandante hace alrededor de 17 años, porque convivió con su hermano Abel Rodríguez; que esa convivencia tuvo lugar en el barrio la Campiña-Medellín y desde el 2008 en el centro de la ciudad; que el testigo es Presidente del Concejo Municipal de Frontino, y reside tanto en dicho municipio como en Medellín; que por ello le consta la convivencia de la demandante y su hermano, pues los visitaba con frecuencia, entre 4 y 5 veces al mes, ya que ellos residían en un apartamento de su propiedad, incluso convivía con ellos hasta un mes, mientras no estuviera en Frontino; que la pareja convivía con un hermano de nombre Alfonso y el testigo llegaba a la casa de ellos; que la demandante no tenía ninguna relación sentimental con su tío Jesús Antonio Suárez, pues la actora trabajaba para él, además su tío era casado y cuando murió su esposa se quedó solo; que la demandante conoció al causante por intermedio del tío; que su hermano murió de un cáncer que padeció 5 años, siendo la señora Olga Ligia su cuidadora; que en las exequias del causante, las condolencias eran dadas principalmente a la actora; que la pareja no procreó hijos y la manutención era asumida por los dos. (CD fol. 272).

También declaró el señor Francisco Bonolis, quien conoce a la actora desde hace unos 11 o 12 años, pues ella fue presentada por un amigo suyo, el señor Abel

Rodríguez, en la residencia de él ubicada en el Municipio de Frontino; que el causante presentó a la demandante como su señora; que Abel convivía con sus hermanos; que el testigo los visitaba en Medellín cada mes, cuando hacía diligencias laborales; que el causante trabajaba en el Municipio de Frontino, y él visitaba a su pareja los fines de semana o cada 15 días, precisando que la demandante también lo visitaba; que la actora trabajaba en Medellín y por ello no estaba en Frontino con el causante; que siempre supo que Abel residía en Frontino, pero tuvo varias residencias en Medellín con sus hermanos; que el causante llegaba a una de ellas ubicada en Robledo la Campiña, y posteriormente en la Avenida La Playa; que el causante también convivió con su hermano Alfonso y con Jesús Antonio; que los últimos 4 o 5 años el señor Abel no trabajó por su enfermedad, época en la cual residió en Medellín; que en su enfermedad, el causante fue asistido por sus hermanos y por su esposa. (CD fol. 272).

Finalmente, rindió su declaración el señor Alfonso Rodríguez Suárez, hermano del causante, quien sostuvo que conoce a la demandante hace aproximadamente 11 o 12 años, porque ella convivía con su hermano Abel Rodríguez; que el testigo residió con la pareja en la Campiña, siendo su ultima residencia desde el 2007 en La Playa, hasta la muerte de su hermano; que en este último lugar también residía Jesús Rodríguez; que el causante trabajó en el Municipio de Frontino, se pensionó en el 2004 y se retiró como en el 2008; que la actora trabajó con su tío Jesús Antonio Suárez en costuras desde 1998; que cuando el causante trabajaba en Frontino, visitaba cada fin de semana a la actora, precisando que ella también lo visitaba, lo cual ocurrió desde el 2001; que su hermano se casó dos días antes de su muerte, porque era muy católico, quería dejar todo arreglado y no desamparar a su compañera; que la pareja conformada por Abel y la señora Gloria se conocieron hacia el 2001, y se fueron a vivir juntos como dos o tres años después; que el apartamento de La Playa es de su hermano Jesús Antonio Rodríguez; que el causante estuvo enfermo como 5 o 6 años y fue asistido por Doña Olga; que la manutención era suplida por todos, pero la pareja aportaba un poco más.

De las declaraciones anteriormente referenciadas, advierte la Sala, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, serias contradicciones que no brindan credibilidad y certeza sobre el requisito de convivencia.

Así, nótese que del dicho de la demandante y del señor Jesús Antonio Rodríguez, se tiene que ella y el señor Abel Rodríguez siempre convivieron en la ciudad de Medellín, inicialmente en Robledo la Campiña, y posteriormente, en la Playa.

Lo anterior, no coincide con lo afirmado por Francisco Bonolis y Alfonso Rodríguez, quienes si bien señalaron que la pareja tuvo su convivencia en Medellín en Robledo la Campiña y en la Avenida la Playa, dieron cuenta de un detalle de vital importancia para el proceso y que no fue mencionado por la demandante y el hermano del causante, Jesús Rodríguez, cual es que el causante trabajaba en el Municipio de Frontino y mientras ello ocurrió, visitaba a la señora Olga Ligia Florez en la ciudad de Medellín, quien a su vez frecuentaba al causante en el Municipio de Frontino.

Sumado a ello, los tres testigos allegados al proceso afirmaron al unísono que la demandante y el causante inicialmente convivieron con un hermano de éste, el señor Alfonso Rodríguez, y después se sumó, el señor Jesús Antonio Rodríguez, quien también era hermano del pensionado fallecido. Ello, resulta contradictorio con lo afirmado por la demandante en su interrogatorio, quien claramente indicó que no

solo convivió con el señor Abel Rodríguez y sus hermanos Alfonso y Jesús Antonio, sino también con Amparo y Arturo.

Igualmente, se advierte una clara contradicción entre lo dicho por la demandante y el testigo Alfonso Rodríguez Suárez, pues si bien ambos indican que la señora Olga Ligia Florez trabajaba en confecciones para el tío del causante, Jesús Antonio Suárez, lo cierto es que la actora precisó que ello ocurrió desde el año 2006, mientras que el testigo refirió que esa situación tuvo lugar hacía el año 1998.

Sobre este aspecto, además, se evidencia una inconsistencia entre todas las declaraciones, pues aunque de todas se desprende que la actora conoció al causante porque ésta trabajaba con su tío, el señor Jesús Antonio Suárez, la data señalada por la demandante derruye lo afirmado por dos de los declarantes, ya que la señora Gloria Ligia Florez dijo claramente y sin dubitación alguna, que prestó sus servicios a favor del tío del señor Abel Rodríguez desde el año 2006 hasta el 2016, luego, no es posible que como ella misma lo indicó, iniciara convivencia con el causante desde el año 2002, y tampoco resulta lógico, que los testigos Alfonso y Jesús Antonio Rodríguez Suárez la conocieran desde el 2001, como se deduce de sus declaraciones.

De lo anterior, reitera la Sala que no es posible darle credibilidad a las declaraciones rendidas en el proceso, pues existen evidentes contradicciones, que no tienen ninguna justificación para la Colegiatura, pues provienen por un lado, de los hermanos del causante, quienes afirmaron haber convivido con éste y con la demandante, y por otro lado, de un amigo que refirió claramente ser cercano a la familia del señor Abel Antonio Rodríguez.

Por si fuera poco, al observar la Sala la documental obrante en el proceso, se observa declaración extra juicio rendida por el causante el día 2 de noviembre de 2012, en la cual pretendía dejar constancia de no haber iniciado proceso ejecutivo para hacer efectivos sus derechos reconocidos en las sentencias de primera y segunda instancia de fechas 19 de junio de 2007 y 11 de abril de 2008, proferidas por el Juzgado 1º Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en la que además, manifestó que tiene como estado civil SOLTERO, sin realizar ninguna especificación sobre la existencia de una unión marital de hecho, situación que genera aun mas dudas sobre la convivencia del causante con la aquí demandante.

Así las cosas, considera la Sala que no puede tomar en consideración las declaraciones rendidas en el proceso, y por ende, no es posible tener por acreditado el requisito de convivencia por parte de la convocante, de manera que si bien, como lo dice el apelante, ésta contrajo matrimonio con el causante dos días antes de su fallecimiento, ello no resulta suficiente para ser merecedora de la prestación que reclama, en tanto que debió demostrar que convivió en calidad de cónyuge con el señor Abel Antonio Rodríguez, por lo menos 5 años en cualquier tiempo, circunstancia que no se deduce del material probatorio recaudado, por las razones ya señaladas.

Virtud de lo dicho se confirma en su integridad la absolución impartida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de abril del 2019 por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $570.000, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***BLANCA CECILIA BRICEÑO SÁNCHEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-32-2017-00517-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LUZ STELLA GUEVARA GUTIÉRREZ como apoderada sustituta de Colpensiones, así como al Dr. Jorge Andrés Sánchez Rodríguez como apoderado de la AFP Protección en los términos y para los efectos de los poderes conferidos, los cuales fueron allegados mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

En cuanto a la Dra. Magnolia del Pilar Saavedra Segura, quien allega poder para actuar como mandataria de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, se abstiene la Sala de reconocerle personería para actuar, en cuanto no se allega poder general de quien le otorga el poder de sustitución, esto es, el Dr. Edgar Elías Muñoz Jassir, quien tampoco se advierte que ostente la calidad de apoderado general conforme al certificado de existencia y representación legal de la sociedad en mención visible a folios 313 y s.s.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Cecilia Briceño Sánchez instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por error y falta de requisitos legales, de manera que debe considerarse inscrita en el RPMPD. Como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES

a aceptar la solicitud de traslado radicada el 24 de abril de 2017, y la AFP COLFONDOS a trasladar a la administradora del RPMPD, el valor de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, además, se condene a lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.)

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 26 de julio de 1963; se afilió al ISS hoy Colpensiones el 29 de marzo de 1985 y realizó aportes hasta el 29 de febrero de 1996; el 23 de febrero de 1996 fue abordada en el sitio de su empresa por un asesor de Colfondos, quien no ostentaba las calidades establecidas en la ley para desarrollar la labor de ofrecer afiliación en pensiones; dicho asesor la indujo a realizar su traslado al RAIS con base en información falsa, en tanto le indicó que en el nuevo régimen obtendría una mesada anticipada en una cuantía mayor al valor de la pensión que le otorgaría el RPMPD, que las personas con altos salarios resultarían perjudicadas en dicho régimen, que el ISS iba a desaparecer y que perdería el ahorro realizado a dicha entidad; suscribió el formulario de afiliación al RAIS, en cuyo acto Colfondos faltó a su deber legal de información, pues nunca le asesoró de manera suficiente, amplia y comprensible sobre el RAIS, tampoco le hizo una comparación de los regímenes pensionales ni le indicó sus ventajas y desventajas; el 16 de febrero de 2017 solicitó ante Colpensiones su afiliación al RPMPD y el 24 de abril de ese año, peticionó a la misma entidad su traslado de régimen pensional por nulidad en el acto de afiliación al RAIS, lo cual fue negado mediante comunicación del 24 de abril de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 58), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado de la demandante se efectuó de manera libre, espontánea y voluntaria; además, le hacen falta menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión, de manera que no puede retornar al RPMPD. Agregó que la demandante no tenía ninguna expectativa legítima a la fecha de traslado y por tanto no se ven afectados sus derechos pensionales. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica. (fols. 61 y s.s.).

4. Contestación de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante al 1º de abril de 1994 no cuenta con 15 años de servicios cotizados, de manera que no puede retornar al RMPMD en cualquier tiempo, máxime que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. Igualmente, dijo que no se evidencia error, fuerza o dolo en la afiliación que pueda generar la declaratoria de la nulidad o ineficacia; además, no se observa ilicitud en el objeto, la afiliación es plenamente eficaz, en tanto está respaldada por la normatividad vigente y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender las AFP. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad buena fe y la genérica. (fols. 112 y s.s.).

5. Contestación de OLD MUTUAL en calidad de litis consorcio necesario. Dio respuesta indicando que no se oponía ni se allanaba a las

pretensiones de la demanda, en tanto están dirigidas a una persona jurídica diferente a la sociedad convocada. En todo caso, sostuvo que la nulidad pretendida por la actora no puede ser otra que la relativa por vicios del consentimiento, los cuales no se encuentran demostrados por la demandante, quien al afiliarse a Skandia hoy Old Mutual provino de otra administradora de fondo de pensiones y no, del RPMPD, por lo que las implicaciones del traslado de régimen pensional no le son imputables a la sociedad. Finalmente, dijo que la demandante presentó traslados a diferentes AFP del RAIS, por lo que es claro que su regreso al RMPD no se concretó por su falta de manifestación de voluntad. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fols. 206 y s.s.).

6. Contestación de PROTECCIÓN en calidad de litis consorcio necesario. Dio respuesta con oposición a todas y cada unas de las pretensiones de la demanda argumentando que de lo alegado por la demandante se deduce la existencia del error por desconocimiento de la ley, el cual no vicia el consentimiento como lo dispone el C.C. Agregó que tampoco se acredita que Protección haya actuado de manera dolosa, precisando que, de aceptarse la existencia de nulidad relativa por vicio en el consentimiento, la misma se encontraría saneada por la ratificación de la demandante de permanecer en el RAIS durante 20 años, dentro del cual, además realizó traslados a diversas AFP. Finalmente, dijo que el precedente de la CSJ no resulta aplicable al caso, en tanto el mismo no versa sobre casos análogos al aquí planteado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 252 y s.s.).

7. Contestación de PORVENIR en calidad de litis consorcio necesario. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de la demandante se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como atendiendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Agregó que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la accionante, amén que su afiliación se encuentra precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y la genérica. (fols. 284 y s.s.).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de septiembre del 2019 en la que el Juzgado declaró probadas las excepciones denominadas validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia de vicios del consentimiento que genere nulidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación formuladas por las demandadas, absolvió a las convocadas y a los litisconsorcios necesarios de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la demandante. (C.D. fol. 357).

Como sustento de su decisión indicó que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se observa que las afirmaciones de la demanda no son ciertas, en tanto que la actora indicó claramente que el asesor de Colfondos nunca le informó sobre la pensión anticipada de vejez, contrario a lo aducido en el escrito inicial. Además, dijo que se observan contradicciones en la declaración de la actora, pues aunque afirmó que efectuó varios traslados entre administradoras de fondos de pensiones, por cuanto no se había realizado el trámite de su bono pensional,

reconoció que dicho trámite sí se había realizado por parte del OLD Mutual y aun así continuó efectuando traslados dentro del RAIS, inclusive hasta el año 2017.

Igualmente, afirmó que conforme al dicho de la convocante, en el año 1996 ésta fue visitada por un asesor de Colfondos, quien le dio explicaciones sobre el paso del ISS al RAIS, lo cual denota que la actora sí recibió información, contrario a lo manifestado en la demanda, por tanto, lo que se observa en el caso analizado, es una inconformidad de la señora Briceño Sánchez respecto de la mesada pensional que recibiría en el RAIS.

Señaló que si bien la CSJ estableció que a la AFP le corresponde la carga de probar el cumplimiento del deber de información, también es cierto que la Alta Corporación también ha afirmado que el Juez está en la obligación de valorar las pruebas, y conforme a ello tomar la correspondiente decisión, de manera que aunque cuando las AFP demandadas no allegaron pruebas diferentes al interrogatorio de parte y al formulario de afiliación, en todo caso las afirmaciones contenidas en la demanda no fueron ratificadas en la declaración de parte, por lo que lo indicado por la actora no tiene la virtud de trasladar la carga de la prueba a la parte pasiva.

9. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que todos los hechos de la demanda no deben ser probados para que prosperen las pretensiones de la demanda, pues deben acreditarse los que resulten necesarios para alcanzar el derecho que se pretende. Así, precisó que la demanda está constituida por 32 hechos, de los cuales deben tenerse en cuenta los que se encuentran efectivamente probados.

Agregó que las únicas pruebas allegadas por las demandadas corresponden a los formularios de afiliación y al interrogatorio de parte rendido por la convocante, en el cual lo único que manifestó fue que el asesor de Colfondos la invitó a salir del RPMPD, por cuanto el ISS iba a desaparecer y el dinero ahorrado en dicha entidad se iba a perder.

Igualmente, dijo que en los hechos de la demanda se hacen varias negaciones indefinidas que se encuentran ampliamente probadas por la falta de actividad probatoria de la pasiva, como lo son las contenidas en los hechos 5, 11, 12, 14, 19, 26 y 27.

Adujo que desde la creación de los fondos privados se establecieron unas obligaciones, entre las cuales se encuentra la idoneidad del asesor de la AFP, pues el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, establece que las AFP podrán realizar las actividades de promoción y ventas, además el Decreto 720 de 1994, reglamentario del mencionado artículo 287, establece que las personas que realizan las gestiones para las AFP deben tener un perfil académico y profesional que les permita desempeñar su labor, la cual implica un riesgo social, no obstante, en el presente caso, no se acredita la formación profesional del asesor que interactuó con la parte actora.

Señaló igualmente, que conforme a lo definido por la CSJ, la información brindada al afiliado al momento del traslado debe incluir la descripción de las características, condiciones, accesos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que este pueda conocer la lógica de los sistemas público y privado, a través de un

parangón de los mismos y pueda advertir las consecuencias del traslado, lo cual no se cumplió en el caso de la demandante, conforme a la falta de voluntad probatoria por parte de las demandadas, lo cual trae como consecuencia, la ineficacia del acto, de acuerdo al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y es por ello que en los términos de la CSJ, ya no se habla de nulidad. (C.D. fol. 357).

10. Alegatos de conclusión demandante. El apoderado de la parte actora indicó que la AFP PORVENIR S.A., al momento de la afiliación, así como de manera previa a dicho acto, faltó a su obligación de información, contenida entre otras normas en el numeral 1 del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Artículo 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que imponen a las entidades vigiladas, como lo es el fondo mencionado entre otras obligaciones la de "...sumi*nistrar 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."*

Adujo que la Ley 100 de 1993, estableció de manera expresa la ineficacia del acto de afiliación, cuando se desconocen las exigencias contempladas en los Artículos 13, 271 y 272; y finalmente, solicitó dar aplicación al precedente jurisprudencial proferido por la CSJ y revocar la sentencia apelada, para en su lugar, acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda.

11. Alegatos de conclusión Colpensiones. Solicitó mantener incólume la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, aduciendo que como quedó demostrado dentro del plenario no se cumplen con los presupuestos fácticos ni jurídicos para acceder a la declaratoria de nulidad de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), toda vez que realizado el interrogatorio de parte e ésta se logró determinar que las AFP´s demandadas si brindaron información clara, oportuna y verás al momento de realizar el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, razón por la cual no existió el vicio en el consentimiento alegado por la actora en el escrito introductor.

12. Alegatos de conclusión AFP Protección. El apoderado de Protección manifestó que comparte la decisión del juzgado de primera instancia, teniendo en cuenta que en efecto la sociedad en mención cumplió con su deber de brindar al demandante una información de carácter cierta, clara, suficiente y oportuna para la fecha del traslado, poniéndole de presente las ventajas y desventajas, al igual que las consecuencias de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. Agregó que la decisión del actor, fue libre y voluntaria, donde no mediaron presiones por parte de la encartada, y en la que el demandante decidió manifestar su intención de trasladarse al régimen de ahorro individual.

Dijo que en el expediente obra prueba documental de precálculo donde se evidencia que la actora podría pensionarse antes que, en el régimen de prima media, de modo que si le era más beneficioso permanecer en el RAIS.

Por último, adujo que es pertinente que se tengan en cuenta los múltiples traslados realizados por la demandante en el RAIS, debido a que realizó aportes en COLFONDOS, PORVENIR y HORIZONTE, situación que evidencia que su intención era de la permanecer en este régimen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos y si es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación, que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la parte actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la accionante?, (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Blanca Cecilia Briceño Sánchez cotizó al ISS entre el 20 de marzo de 1985 y el 30 de enero de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 77); que el 23 de febrero de 1996, firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS, según se constata en el formulario de afiliación (fol. 151), vinculación que tuvo efectividad desde el 1º de abril de 1996, como se indica en el historial de vinculaciones visible a folio 155.

Igualmente, se observa que la accionante el 22 de febrero de 1999, se trasladó a la AFP Porvenir; el 12 de agosto de 2005, se trasladó a Horizonte; el 30 de septiembre de 2008, se trasladó a ING; el 22 de julio de 2009 se trasladó a OLD Mutual; el 14 de mayo de 2014, regresó a Porvenir y finalmente, el 17 de julio de 2017 retornó a Colfondos (fol. 155).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria en este tipo de procesos, debe decirse que la misma recae en la administradora de fondos de pensiones, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que el afiliado se encuentra en desventaja probatoria, además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponde al afiliado, sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en los silencios que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e, incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Así las cosas, considera la Sala que no resulta acertada la posición del Juzgado de primera instancia, en tanto que consideró que no eran procedentes las pretensiones de la demanda, al encontrar algunas contradicciones entre los hechos indicados en el escrito de demanda y lo manifestado por la convocante, y ello porque si bien, en efecto la señora Blanca Cecilia Briceño Sánchez al absolver su interrogatorio de parte (CD fol. 357) indicó que al momento de su traslado al RAIS no le fue suministrada información alguna en relación con la pensión anticipada de vejez, lo cual resulta inconsistente con el hecho 7 en el que se afirma lo contrario, lo cierto es que ello no es óbice para exigir de la encartada la demostración del cumplimiento del deber de información ante la parte accionante cuando firmó el formulario de afiliación.

Tampoco lo es el hecho de que la demandante se contradijera en torno a la explicación que suministró sobre la razón que la motivó a efectuar diferentes traslados entre administradoras de fondos de pensiones al RAIS, en tanto adujo que ello obedeció a que ninguna había tramitado su bono pensional, y después dijo que OLD Mutual sí había logrado concretar ese trámite, y aun así siguió trasladándose, pues muy a pesar de esas contradicciones, ello no subsana la falta de actividad probatoria que asumieron las demandadas en este proceso, quienes en primer lugar

solo allegaron los formularios de afiliación de la actora, y en segundo lugar no lograron su confesión, dado que ella misma indicó de manera clara que no conoce las características de ninguno de los regímenes pensionales y que la única información que recibió al momento del traslado, fue que el ISS iba a desaparecer y que los ahorros de 11 años de trabajo también tendrían la misma suerte.

Luego es claro que, como lo señala el apoderado de la parte demandante, en el presente caso tienen todo su efecto las negaciones indefinidas contenidas en la demanda, esto es, que Colfondos nunca suministró información suficiente, amplia, completa y compresible correspondiente al RAIS, tampoco hizo una comparación de regímenes pensionales, ni indicó sus ventajas y desventajas, y nunca proporcionó información relevante que le permitiera a la demandante escoger la opción más favorable a su situación pensional, las cuales se encuentran contenidas en la demanda.

En ese orden, no resulta acertada la posición del *a quo*, en la medida que en el presente caso, las demandadas no se encargaron de desvirtuar esas negaciones indefinidas, pues no demostraron si al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, ésta fue debidamente informada por el asesor de Colfondos, como primera administradora de fondos de pensiones a la que se afilió.

En este punto, cumple advertir frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1996- la CSJ ha señalado que se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS, la AFP PROTECCIÓN S.A., la AFP PORVENIR S.A., y la AFP OLD MUTUAL S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Blanca Cecilia Briceño acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la

que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Colfondos estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Siendo claro que el simple paso del tiempo, o los diferentes traslados realizados por la convocante a distintas administradoras del RAIS, no tienen la virtud o aptitud de sanear o subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega, brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de la información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP a la que está actualmente afiliada la convocante, está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con

COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora BLANCA CECILIA BRICEÑO SÁNCHEZ y, en consecuencia, se ordena a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A., a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP ING hoy PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y los gastos de administración y comisiones provenientes de la AFP OLD MUTUAL S.A., la AFP PORVENIR S.A. y la AFP ING hoy PROTECCIÓN, así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP COLFONDOS, AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR, AFP OLD MUTUAL y de COLPENSIONES.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GLORIA ACOSTA BERNAL***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTRO***
RADICACIÓN:	***1100131050-30-2018-00403-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el presente proceso se encuentra entre las excepciones dispuestas por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL como apoderada principal de Colpensiones y a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gloria Acosta Bernal instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por vicio en el consentimiento. Como consecuencia, se ordene a la AFP accionada realizar los trámites que le permitan su retronó al RAIS y trasladar todos los valores de su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, a quien a su vez debe ordenársele a que los reciba. Finalmente, solicita se condene a las demandadas a las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones entre los años 1981 y 1998, acumulando un total de 764 semanas de cotización; que el 31 de enero de 1998 trasladó sus aportes al RAIS a tavés de Colfondos, en tanto fue atraída por capañas comerciales que no fueron relizadas con transparencia y claridad, en las que se prometía una mejor rentabilidad económica que la ofrecida por Colpensiones; que solicitó reiteradamente ante las demandadas su traslado al RPMPD, sin embargo, la respuesta siempre fue en sentido desfavorable; que incluso formuló acción de tutela para efectos de logar su retorno a Colpensiones, pero la misma no fue fallada a

su favor; que Colfondos no le asesoró sobre los cambios introducidos por la Ley 797 de 2003, sobre el término de gracia dado para trasladarse al RPMPD.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 101); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que a la demandante no se le vulneró el derecho a la información, en tanto que el asesor de la AFP se la brindó en su totalidad, siendo además respetada por Colpensiones la decisión de aquella de trasladarse libremente al RAIS. Agregó que no es beneficiaria del régimen de transición, amén que ésta no acredita ningún vicio en el consentimiento, siendo además claro de las pruebas documentales obrantes en el proceso que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre y voluntaria por la parte convocante. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fols. 103 y s.s.).

4. Contestación de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que brindó la debida asesoría a la demandante sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional. Agregó que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación de la accionante al RAIS fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, menos aun cuando ésta suscribió el formulario de afiliación de manera libre y con su consentimiento expreso. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica. (fols. 126 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de septiembre del 2019, en la que el Juzgado declaró nulo e ineficaz el traslado realizado por la demandante del ISS a Colfondos S.A.; declaró válidamente vinculada a la accionante al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permanenció la convocante en el RAIS, los cuales deben ser devueltos del propio patrimonio del fondo demandado debidamente indexado; ordenó a Colpensiones que una vez reciba los dinerios provenientes del RAIS, actualice la información de la actora en su historia laboral, para que proceda a estudiar el derecho pensional de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP Colfondos. (C.D. fol. 176 Min. 31:55).

Como sustento de su decisión indicó que la demandangte al 1º de abril de 1994 contaba con menos de 35 años y no acredita 15 años de servicios cotizados, además, solicitó su traslado el 3 de septiembre de 2011, esto es, cuando le faltaban menos de 1o años para cumplir la edad mínima de pensión, de manera que no puede retonar en cualquier época al RPMPD.

Dijo que de la documental se advierte que si bien el traslado en su origen tuvo objeto y causa lícita, asi como que la actora tenía capacidad para celebrar el acto y su consentimiento no se vio afectado por la fuerza y el error, lo cierto es que la AFP no

cumplió con la obligación civil de manejar los negocios ajenos con aquel cuidado y diligencia que suele tener una persona en sus propios negocios.

Adujo que la CSJ ha establecido que las demandas de nulidad de traslado, se deben analizar a la luz de la ineficacia ante la falta de la debida información del el afiliado a la hora de realizar el traslado de régimen, de manera que habrá de declararse igualmente esa ineficacia en el presente caso.

Finalmente, indicó que el derecho pensional tiene el carácter de fundamental y por lo mismo resulta imprescriptible, suerte que igualmente corre la petición sobre la nulidad del traslado de régimen, por tratarse de una materia integrante de la pensión.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que respetó el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera que el traslado de la demandante es válido, siendo Colpensiones un tercero de buena fe.

Indicó que quedó demostrado en el proceso que la actora de manera libre y voluntaria decidió trasladarse conforme a los beneficios que ofrecía el RAIS administrado por la AFP Colfondos.

Agregó que no se evidencia dolo como lo indica el Juzgado de primera instancia, en tanto que a la demandante de ninguna manera se le indujo a engaño, el cual debe ser probado por quien lo alega, carga que no fue cumplida en el presente caso, de manera que no queda demostrado el vicio aludido y mucho menos la nulidad en el traslado.

Señaló que la demandante ha permanecido por más de 18 años en el RAIS, gozando de los beneficios que le ofrece el mismo, como es el amparo de una posible pensión de vejez, de invalidez o ante la muerte, de manera que no puede pretender ahora beneficiarse del RPMPD, ocasionando fallas y una descapitalización en el mismo.

Adujo que la actora tuvo la oportunidad para retornar al RPMPD conforme al término dado por la Ley 797 de 2003, y aun así no ejerció su derecho en tiempo, además, se observa formulario de afiliación firmado por la demandante en el que acepta los términos allí consagrados. (C.D. fol. 176 Min. 01:19:50).

7. Alegatos parte demandante. El apoderado de la parte actora indicó que quedó demostrado claramente que el traslado realizado por la actora del fondo público INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al fondo privado COLFONDOS S.A. es nulo e ineficaz habida cuenta que esta sociedad, no probó en modo alguno el cumplimento de alguno de los requisitos relacionados con el deber de información integral y completa sobre las consecuencias e implicaciones del traslado de régimen pensional, carga probatoria que le correspondía asumir.

Finalmente, dijo que como lo ha indicado la jurisprudencia que la firma del formulario de afiliación no tiene la virtud de acreditar ese deber de información.

8. Alegatos Colpensiones. La apoderada de Colpensiones indicó que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

En ese orden, dijo que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, lo cual se deduce al suscribir el respectivo fiormulario de afiliación.

Concluyó manifestando que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y que la nuldiad pretendida quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que las condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a su favor lo que no haya apelado y le sea desfavorable, conforme al artículo 69 del CPT y de la S.S.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos secundarios: (i) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al indicar que en el presente caso se encuentra probado el dolo como vicio del consentimiento, y por ende no es procedente declarar la nulidad del traslado?; (ii) ¿El hecho de suscribir el formulario de afiliación es suficiente para tener por acreditado que el traslado fue el resultado de una decisión libre y voluntaria?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la accionante?, (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Gloria Acosta Bernal cotizó al ISS entre el 11 de marzo de 1981 y el 31 de enero de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 2 y que el 18 de diciembre de 1997, firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS, según se constata en el formulario de afiliación (fol. 146), afiliación que tuvo efectividad desde el 1º de febrero de 1998, como se indica en el historial de vinculaciones visible a folio 145.

Del vicio del consentimiento y la nulidad declarada por el juzgado

Sobre la consideración del Juzgado en torno a la demostración del dolo como vicio en el consentimiento, que a su juicio tuvo lugar cuando la actora se trasladó de régimen pensional, ha de precisar la Sala que no resulta adecuada para el presente caso, en tanto que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento, esto es, el error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se

acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

No obstante, ha de indicarsele a la apoderada de Colpensiones que la imprecisión en la que incurrió el Juzgado de primera instancia al estudiar el presente caso desde la perspectiva de la nulidad, sustentada en la existencia de dolo como vicio del consentimiento, no conlleva a la revocatoria de la sentencia recurrida, pues en esta instancia no existe discusión en cuanto a que la carga probatoria sobre el deber de información, que también fue mencionado por el Juzgado, recae en cabeza de las AFP PRIVADAS.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1998- la CSJ ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Gloria Acosta Bernal acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Del formulario de afiliación

La Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la*

Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019.

De la aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin

deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

De la excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ANGELA VIRGINIA FAJARDO FAJARDO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-39-2016-00671-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ángela Virginia Fajardo Fajardo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar a Colpensiones los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos; condenar a Colpensiones a recibir las sumas que le sean trasladadas y aceptar a la demandante en el RPMPD desde el 1º de octubre de 1999 sin solución de continuidad, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 6 de septiembre de 1960; que estuvo vinculada al RPMPD hasta el 1º de diciembre de 1999 fecha en que se trasladó al RAIS; que los asesores de la AFP Porvenir no le informaron en el momento de la afiliación a dicha administradora, sobre las implicaciones de su traslado, la naturaleza propia del RAIS, ni acerca de los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; que muy a pesar de su traslado nunca presentó comunicación escrita en la que constara que la selección del RAIS lo hizo de manera, libre, espontánea y sin presiones; que el 8 de febrero de 2008 solicitó su traslado al ISS, el cual le fue negado a pesar que le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión; que reclamó su traslado a través de acción de tutela, la cual fue negada en primera y segunda instancia.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 45), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que no existe prueba dentro del expediente de la existencia de algún vicio del consentimiento. Adujo que la demandante mediante acción de tutela pretendió el traslado de régimen pensional, lo cual denota que su vinculación al RAIS fue totalmente válida. Finalmente, dijo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición de manera que su traslado no implicó la pérdida de algún beneficio, y que la actora no hizo uso adecuado de los plazos establecidos en la ley para retornar al RPMPD, por lo que no puede beneficiarse de su inactividad para el efecto. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fols. 46 y s.s.)

4. Contestación de la AFP Porvenir. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante jamás se afilió a la sociedad el 1º de diciembre de 1999, pues ello ocurrió hasta el 1º de junio de 2003. Igualmente, dijo que su traslado al RAIS lo efectuó a través de la AFP Colmena hoy Protección, a quien le corresponde pronunciarse sobre el presunto incumplimiento de los deberes legales de información en relación con la accionante. Propuso como excepciones falta de integración del Litis consorcio necesario y pleito pendiente; de fondo propuso las de falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 96 y s.s.)

5. Contestación de la AFP Protección en calidad de litis consorcio necesario. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que el desconocimiento de la ley no genera ningún vicio en el consentimiento. Agregó que en caso de existir nulidad la misma ya se encontraría saneada, amén que la obligación de información y buen consejo sí fue atendida por la AFP convocada al momento del traslado de la convocante. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fols. 199 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la demandante; condenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y comisiones por administración, e igualmente condenó a Protección a transferir los valores por concepto de administración y comisiones a Colpensiones; ordenó a esta última entidad a recibir las sumas de dinero provenientes de Porvenir y Protección, así como reactivar la afiliación de la actora al RPMPD sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir y a Protección. (CD fol. 441)

La decisión de la Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP conforme lo ha establecido la CSJ. Que en el caso no se cumplió con esa carga, pues el único medio de convicción obrante en el proceso corresponde al interrogatorio de parte de la demandante, en el cual solamente indicó que no le fueron informadas las implicaciones de su traslado al RAIS. Que independientemente de la formación académica de la demandante, ésta debe ser asimilada a un afiliado lego, porque no

se trata de una persona que tena conocimiento sobre la materia que se debate, en tanto es profesional en medicina. Que el formulario no tiene la virtud de probar el cumplimiento del deber de asesoría debida por parte de la AFP. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que la demandante tomó una decisión informada, lo cual dejó plasmado en el formulario de afiliación que suscribió, no pudiendo hasta ahora aducir que no se le asesoró de la manera requerida por la ley: que a la actora se le realizaron proyecciones en el año 2014 y la sociedad efectuó campañas en los medios de comunicación, como en el periódico, a fin de dar a conocer la posibilidad de retornar al RPMPD, no obstante, la demandante ratificó su permanencia al RAIS porque continuó afiliada a Porvenir y posteriormente realizó un traslado a Protección.

Agregó que en su interrogatorio de parte, la actora indicó que no fue presionada, ni coaccionada, además, que recibió la información al momento del traslado y con posterioridad a través de extractos.

Igualmente, dijo que existió completa negligencia y falta de interés de la convocante, quien tampoco hizo uso de los canales dispuestos por la AFP para brindarle información.

Señaló que no deben devolverse los gastos de administración y comisiones en la medida que ello llevaría a la desestabilización del sistema, además, sin los mismos la AFP no hubiera podido adelantar su mandato de administración de recursos de la afiliada con diligencia.

Por su parte, la **AFP Protección** interpuso recurso de apelación manifestando que debe analizarse el interrogatorio de parte rendido por la actora, por cuanto en él ella manifestó que su traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, siendo claro que su pretensión de ineficacia, se sustenta en la falta de conveniencia y como forma de subsanar su actuar producto de un descuido, pues contó con bastante tiempo para acercarse a la AFP y consultar sobre su futuro pensional.

También sostuvo que el error de derecho no vicia el consentimiento, precisando que toda la información que echa de menos la actora, se encuentra establecida en la ley 100 y sus decretos reglamentarios, no pudiendo entonces aducir que no conocía las consecuencias de su traslado.

Finalmente, anotó que siempre ejerció con suma diligencia y cuidado la administración de los dineros de la actora, lo cual se constata en los rendimientos positivos que obtuvo a su favor, de suerte que no deben descontarse los gatos de administración y comisiones.

9. Alegatos demandante. Indicó que debe confirmarse la decisión de primera instancia, por cuanto hubo una omisión al deber de dar información sobre las ventajas v desventajas de trasladarse de un fondo de pensiones a otro, lo que en derecho implica concluir que en efecto hubo un vicio de consentimiento y en este caso en concreto las demandadas PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. desconocieron el cumplimiento de ese deber, aunado a que los asesores de cada fondo omitieron hacerle al momento de la afiliación una proyección de la pensión

(monto de la pensión) en cada uno de los sistemas, lo cual desconoce lo que la normatividad y la jurisprudencia han establecido sobre este aspecto.

10. Alegatos AFP Porvenir. Manifestó que el traslado inicial realizado por la demandante lo fue a la AFP Colmena hoy Protección, precisando que en todo caso, su vinculación a Porvenir lo fue de manera libre, espontánea y sin presiones como lo dejó consignado en el formulario de afiliación. Agregó que cuando se expidió la Ley 100 de 1993 no estableció la manera en como debían llevarse a cabo las asesorías de los afiliados, ni tampoco la obligación de documentarlas. Dijo que la actora contaba con 5 días para retractarse, no obstante, no hizo uso de ese mecanismo, ni tampoco decidió retornar al RPMPD, antes que entrara a regir la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Finalmente, adujo que la carga de la prueba no puede radicar en cabeza suya, por cuanto el traslado inicial no se realizó a dicha administradora, y en todo caso la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima cuando se vinculó al RAIS.

11. Alegatos Colpensiones. Manifestó que no es procedente acceder a lo peticionado por la actora, en la medida que no hizo uso de su derecho al retracto sobre su elección del RAIS. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD establecida en la Ley 797 de 2003, sumado a que no se alegó la nulidad dentro del término establecido en el artículo 1750 del C.C., la cual en todo caso se encuentra saneada. Finalmente, adujo que no es procedente imponer en su contra condena en costas, por cuanto ha actuado dentro de los términos de ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos** secundarios: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones? (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información

debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Angela Virginia Fajardo Fajardo cotizó al ISS entre el 22 de julio de 1993 y el 30 de noviembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 53); que el 3 de octubre de 1999 se trasladó a la AFP Colmena, la cual fue cedida por fusión a la AFP ING hoy Protección el 1º de abril de 2000; posteriormente, se vinculó a la AFP Porvenir desde el 1º de julio de 2003. (fol. 124 vuelto).

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1999- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características,

ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Ángela Virginia Fajardo Fajardo acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, resulta importante advertir que la actora no confesó al absolver el interrogatorio de parte haber recibido la información necesaria al momento del traslado, contrario a lo dicho por las AFPs demandadas en sus apelaciones, pues fue enfática al señalar que sólo le dijeron al momento del traslado que en el RAIS se iba a pensionar en las mismas condiciones o mejores que en el ISS, de manera que el solo hecho de indicar que firmó el formulario de manera libre y voluntaria, no puede considerarse como una aceptación del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP privada.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019, al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica y al no hacerlo se

debe declarar la ineficacia del traslado; razón por la cual se confirma el fallo apelado en su integridad.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones y los correspondientes rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Por tanto, se debe ordenar a todas las AFPs a las cuales perteneció la demandante que devuelvan de su propio patrimonio las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones con destino a Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de las AFP los **aportes** efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta **imprescriptible** y así se dejó sentado

por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo del 2019 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ELSA CAROLINA UREÑA ESCOBAR***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-09-2017-00362-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA-11567 del 5 de junio de 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA VIVIANA FONSECA CORREA como apoderada de OLD Mutual, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra a folios 329 y s.s., conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ELSA CAROLINA UREÑA ESCOBAR instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP COLFONDOS y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en el deber de información. Como consecuencia, se ordene a OLD Mutual trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, y a esta última entidad recibir dichas sumas sin solución de continuidad, con la debida corrección y actualización de su historia laboral, además, se condene a lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 115 y s.s.; subsanación fols. 131 y s.s.)

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 12 de agosto de 1962; se afilió al ISS hoy Colpensiones el 18 de noviembre de 1983 y cotizó un total de 541 semanas; el 1º de mayo de 1996 se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A.; a la fecha ha cotizado un total de 1.514 semanas en el Sistema General de Pensiones; a la fecha de traslado no recibió la debida ilustración por parte del fondo privado, tampoco fue informada hacia el año 2003, sobre su posibilidad de retornar al RPMPD y muchos menos se le indicó que al faltarle 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, no podría trasladarse a Colpensiones; solicitó ante las demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS; en comunicación remitida por OLD Mutual se le informó que al

cumplir los 57 años edad, podría recibir una mesada pensional equivalente a $2.800.000, muy a pesar que el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años asciende a $11.650.500.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 138 a 139); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado de la demandante se efectuó de manera libre, espontánea y voluntaria; además, el asesor del fondo privado suministró información clara, precisa y oportuna respecto de los efectos jurídicos de dicho traslado. Agregó que en el presente caso, no se acredita ningún vicio en el consentimiento, pues el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, sumado a que a la demandante le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. Propuso como excepciones de fondo las de imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 150 y s.s.).

4. Contestación de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Dio respuesta con oposición a la pretensión relacionada con la declaración de nulidad de traslado y a la condena en costas, argumentando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su traslado, dándole a conocer igualmente, la opción legal de retracto. También señaló que el contrato suscrito por la actora no se encuentra afectado por ningún vicio en el consentimiento que pudiera invalidarlo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (fols. 221 y s.s.).

5. Contestación de OLD MUTUAL. Dio respuesta indicando que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones de la demanda, además, sostuvo que la afiliación de la demandante a dicha administradora se realizó de manera voluntaria, quien en todo caso no hizo uso de su derecho al retracto cuando se vinculó a Colfondos, a Porvenir o a Old Mutual. Agregó que la actora en casi 22 años de afiliación al RAIS tuvo la posibilidad de retornar al RPMPD, no obstante, prefirió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, afiliándose a diferentes administradoras de fondos de pensiones. Igualmente, señaló que la actora se encuentra inhabilitada para trasladarse al RPMPD, pues a la fecha le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse y no cuenta con 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. (fols. 174 y s.s.).

6. Contestación de PROTECCIÓN en calidad de litis consorcio necesario. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que de la nulidad alegada por la demandante se deduce la existencia del error por desconocimiento de la ley, el cual no vicia el consentimiento como lo

dispone el C.C. Agregó que tampoco se acredita que Protección haya actuado de manera dolosa, precisando que, de aceptarse la existencia de nulidad relativa por vicio en el consentimiento, la misma se encontraría saneada por la ratificación de la demandante de permanecer en el RAIS, dentro del cual, además, realizó traslados a diversas AFP. Finalmente, dijo que el precedente de la CSJ no resulta aplicable al caso, en tanto el mismo no versa sobre casos análogos al aquí planteado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 296 y s.s.).

7. Contestación de PORVENIR en calidad de litis consorcio necesario. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que a la demandante se le brindó la información suficiente por parte de los asesores al momento de la afiliación y su traslado estuvo precedido de una decisión libre e informada. Adujo que no existe vicio alguno en el consentimiento de la demandante, máxime que al momento de suscribir el formulario de vinculación al fondo efectuó una declaración relacionada con su voluntad para afiliarse, dejando plena constancia de que lo hizo de forma libre y sin presiones, amén que no hizo uso de su derecho al retracto, a pesar de haber sido informada del mismo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 265 y s.s.).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de octubre del 2019 en la que el Juzgado declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al RAIS, ordenó a OLD Mutual trasladar a Colpensiones al totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los intereses y rendimientos, asi como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual, asimismo, ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora y recibir los conceptos que le fueren trasladados, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas Colfondos, OLD Mutual y Colpensiones. (C.D. fol. 351).

Como sustento de su decisión indicó que la AFP a la que se afilió la demandante debió demostrar que le brindó a ésta la información suficiente para que pudiese tomar una decisión libre y voluntaria al efectuar su traslado al RAIS, como lo ha definido la CSJ, no obstante, la demandada ni siquiera allegó al presente caso el formulario por medio del cual se surtió el traslado de la accionante, el cual tampoco recuerda haber suscrito como lo informó en su interrogatorio, aunado a que los formularios allegados por las administradoras de fondos de pensiones que suscribió para trasladarse dentro del RAIS, tampoco dan cuenta la información dada a la accionante, quien en su declaración no confiesa que se le hubiere documentado de manera clara, completa y oportuna, omisión que no se sanea por su vinculación en distintas AFP.

9. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que *"si bien es cierto aquí a la demandante se le brindaron todos los supuestos fácticos para poder hacer su traslado, y pues siendo así no hay una nulidad o vicio alguno expuesto en la demanda, para poder ratificar esa ineficacia."* (CD fol. 351).

10. Alegatos demandante. Manifestó que la codemandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 1 de Mayo de 1996 por la demandante, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de éste, razón por la cual se vulneró el deber de información

contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los Artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que acertó el fallador de primera instancia en dar aplicación al precedente jurisprudencial construido de manera pacífica, unificada y reiterada por la honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sobre la materia.

11. Alegatos Colpensiones. Manifestó que en el proceso aquí debatido no se aportan pruebas suficientes que acrediten la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante, pues de su interrogatorio de parte se pudo determinar que el motivo por el cual se siente engañada en el RAIS es por no habérsele indicado adecuadamente las características del régimen pensional y el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen, por lo que en caso de existir algún tipo de error este seria sobre un punto de derecho y no de hecho, que de c

Por otra parte, dijo de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y la consecuente ineficacia del traslado, se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones, esto es, recursos cuenta individual de ahorro, rendimientos, bonos pensionales, seguros previs

Señaló que la prescripción extintiva de la acción laboral debe aplicarse ya que las ineficacias de traslado no gozan de aquella imprescriptibilidad del derecho a la seguridad, en tanto el problema jurídico se relaciona con el acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales, que no es un aspecto consustancial a la prestación pensional y por lo mismo, no goza del carácter de imprescriptible.

Finalmente, dijo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible tenerla como afiliada al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal, sino también el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrear

12. Alegatos Old Mutual. Indicó que el principio de confianza legítima se aplica cuando cualquiera de los órganos del poder público genera una modificación o alteración intempestiva, abrupta e inesperada de las condiciones en las que se venía desarrollando cualquier acto jurídico. Así, afirmó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo que tiene que ver con la Nulidad de Traslados de Regímenes Pensionales, ha incurrido en una violación indiscutible al principio constitucional de la confianza legítima, sobre todo en relación con el Deber de Información/Asesoría impuesto a las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues en vez d

Agregó que la comisión de administración está direccionada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales que conforman el Sistema General de Pensiones y entre la cuales se encuentra Colpensiones; luego dicha comisión no es del afiliado porque tanto en el RAIS como en el RPM la ley dispone dicho porcentaje a favor de las administradoras de pensiones, de manera que ordenar que se devuelva el porcentaje de comisión de administración es generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no podrá cumplir en forma retroactiva con dicha obligación.

Finalmente, sostuvo que está acreditado con las pruebas documentales adjuntas a la contestación de la demanda que cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, por lo que no resulta procedente reintegrar la comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de las

obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. cumplió con cada una de ellas y sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a su favor lo que no haya apelado y le sea desfavorable, conforme al artículo 69 del CPT y de la S.S.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Se encuentra probado que a la demandante se le brindó la debida información al momento de realizar su traslado al RAIS, y por ende, resulta improcedente la ineficacia de dicho acto?; (ii) ¿La AFP privada a la que se encuentra afiliada la demandante está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la accionante?, (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por omisión de la información, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión de esa obligación debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Elsa Carolina Ureña cotizó al ISS entre el 11 de marzo de 1986 y el 31 de marzo de 1996, conforme a la historia labora allegada por Colpensiones (fols. 147); además firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS el 21 de marzo de 1996, vinculación que tuvo efectividad desde el 1º de mayo de 1996, como se indica en la certificación visible a folio 207.

Igualmente, se observa que la accionante el 14 de agosto de 2000 se trasladó a la AFP ING hoy Protección; el 29 de junio de 2001, se trasladó a Porvenir, según da cuenta la documental obrante a folio 255 y finalmente, el 22 de enero de 2011, se trasladó a la AFP Skandia hoy Old Mutual, como se aprecia del formulario visble a folio 185.

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1996- la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A., la AFP PROTECCIÓN S.A., la AFP PORVENIR S.A., y la AFP OLD MUTUAL S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Elsa Carolina Ureña, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las

administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019, al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, no obstante, contrario a lo afirmado por Colpensiones, ello no se advierte pronado por dicha sociedad.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada a la que está afiliada la demandante se encuentra obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019, **que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019), por lo que se confirma este punto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir la AFP privada de

sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de Prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta **imprescriptible** y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019, por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A., a la AFP PORVENIR S.A., a la AFP ING hoy PROTECCIÓN y a la AFP COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GLORIA CRISTINA MUÑOZ MONTOYA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-29-2019-00266-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***RETROACTIVO PENSIÓN SOBREVIVIENTES***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gloria Cristina Muñoz Montoya instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el fin de que se DECLARE que adquirió el estatus de pensionada el 25 de julio de 1998, día siguiente al fallecimiento del causante; en consecuencia, se condene al pago de la totalidad de mesadas causadas entre la fecha en mención y el momento en que la demandada reconoce el derecho pensional, junto con la indexación y las costas del proceso. (fols. 15 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Yuri Vargas Barragán cotizó a la demandada 247,43 semanas; que el afiliado falleció el 24 de julio de 1998 en la ciudad de Bogotá; que en calidad de cónyuge supérstite elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por el entonces ISS mediante Resolución 024698 de 2002; que posteriormente reclamó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, no obstante, mediante Resolución GNR 332681 del 3 de diciembre de 2013, la demandada reconoció la pensión de sobrevivientes a la luz del Acuerdo 049 de 1990; que en todo caso la pensión no le fue concedida desde la fecha de fallecimiento del causante, y sin explicación alguna se le otorgó a partir del año 2009, muy a pesar de efectuar diversas reclamaciones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 23); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el causante falleció el 24 de julio de 1998 y la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 8 de mayo de 2018, de manera que la misma se reconoció mediante Resolución GNR 32681 del 3 de diciembre de 2013, a partir del 8 de mayo de 2009, en tanto se dio aplicación a

la prescripción cuatrienal. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 73 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, declaró probada la excepción de prescripicón y condenó en costas a la parte actora. (CD fol. 35).

Su decisión se basó en que no existe duda que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, pues la misma le fue reconocida por la demandada en el año 2013. Precisó que las mesadas pensionales están sujetas a sufrir afectación por el fenómeno de la prescripción, conforme a los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPT y de la SS. Adujo que la actora solicitó el reconocimiento pensional el 6 de mayo de 2002, lo cual le fue negado mediante acto administrativo notificado el 10 de enero de 2003, por lo que tenía un término de 3 años desde esta última fecha para interrumpir nuevamente la prescripción; no obstante elevó solicitud el 8 de mayo de 2013, esto es, 10 años después, siendo reconocida la prestación por parte de Colpensiones aplicando la prescripción especial de 4 años establecida en el Acuerdo 049 de 1990, y es por ello que se conceden las mesadas pensionales desde el año 2009. En ese orden, concluyó que la encartada actuó conforme a lo artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPT y de la SS, máxime que no media prueba de la cual se pueda constatar que entre 2003 y 2013 la demandante haya desplegado acciones para reclamar su derecho pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandada efectuó un estudio desfavorable y es por eso que negó el derecho en la resolución expedida hacia el año 2002; sin embargo, ello no le resulta endilgable a la convocante, en tanto efectuó las reclamaciones pertinentes, al punto que elevó solicitud de indemnización sustitutiva y Colpensiones, entrando en razón, procedió a reconocer la prestación, siendo claro que la actora ha gestionado el reconocimiento de su pensión desde el año 2002. (C.D. fol. 35).

6. Alegatos de conclusión. Las partes no emitieron ningún pronunciamiento dentro del término de traslado establecido en el auto del 4 de agosto de 2020, notificado mediante estado del 6 de agosto del mismo año.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al no reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la actora desde la fecha de fallecimiento del causante?

De la calidad de pensionada

En el presente caso no existe discusión en cuanto a que con ocasión al fallecimiento del señor Yuri Alberto Vargas Barragán, el cual tuvo lugar el 24 de julio de 1998 (fol. 2), a la demandante le fue reconocida una pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge,

mediante la Resolución GNR 332681 del 03 de diciembre de 2013, a partir del 8 de mayo de 2009, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente. (fols. 7 y s.s.)

Del retroactivo pensional

En el presente asunto reprocha la parte actora que su pensión de sobrevivientes le haya sido reconocida desde el 8 de mayo de 2009, cuando el causante falleció desde el 24 de julio de 1998, y a partir del año 2002 ha realizado diferentes peticiones en aras de lograr el reconocimiento del derecho pensional.

Para efectos de resolver la inconformidad planteada, advierte la Sala que en el presente caso no existe discusión en cuanto a que la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge el señor Yuri Alberto Vargas Barragán, pues así lo reconoció la encartada mediante Resolución GNR 332681 del 03 de diciembre de 2013.

Ahora bien, conforme al artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990, norma que sustenta el reconocimiento pensional de la parte convocante, se tiene que la pensión de sobrevivientes se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado.

No obstante, no debe dejar de lado la parte recurrente que conforme a los lineamientos legales que regulan el fenómeno de la prescripción, como son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social *"Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible…"*, según la primera disposición en mención y *"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*, como lo estipula el segundo artículo en referencia.

En este punto, resulta pertinente precisar que si bien, hace algún tiempo la Magistrada Ponente consideró que el término de prescripción aplicable para reclamaciones de pensión propias del ISS, correspondía al consagrado en el artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990 (4 años), con base en las sentencias 17771 del 25 de julio de 2002 y 27365 del 19 de octubre de 2006 de la CSJ, lo cierto es que estudiado nuevamente el tema, se advierte que conforme a los criterios establecidos en dichas decisiones, el mencionado término se circunscribía a reclamaciones ante el ISS, sin cabida o aplicación en materia judicial, en tanto que en último caso, rigen los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, ya citados con antelación.

Conforme a lo anterior, descendiendo al caso concreto se observa que, si bien el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible desde el 24 de julio de 1998, cuando falleció el causante, lo cierto es que la demandante elevó solicitud hasta el 6 de mayo de 2002, como da cuenta la Resolución 024698 del 18 de octubre de 2002, que inicialmente negó el reconocimiento de la prestación (fol. 4).

Por tanto, la demandante interrumpió el fenómeno de la prescripción en la fecha de la reclamación, el cual comenzó a correr nuevamente el 13 de enero de 2003, data en la que se le notificó el acto administrativo anteriormente mencionado (fol. 5), de suerte que la actora podía formular la correspondiente acción para reclamar su derecho vía judicial hasta el 13 de enero de 2006.

No obstante, la demandante no formuló ninguna acción judicial, y solo hasta el 8 de mayo de 2013, elevó nueva reclamación del derecho pensional como da cuenta la Resolución GNR

332681 del 3 de diciembre de 2013 visible a folios 7 7 s.s., es decir, que esperó un poco más de 10 años para elevar una nueva solicitud tendiente a obtener el reconocimiento de su derecho, el cual en efecto le fue concedido mediante el acto administrativo en mención, que fue confirmado por la Resoluciones GNR 277067 del 5 de agosto de 2014 y VPB 11958 del 12 de febrero de 2015 (fols. 13 y s.s.), siendo preciso advertir que contrario a lo indicado en la alzada, no se observa ninguna otra reclamación administrativa o judicial por parte de la convocante entre el 6 de mayo de 2002 y el 8 de mayo de 2013.

Así las cosas, no existe duda que la señora Gloria Cristina Muñoz Montoya no tiene derecho a las mesadas pensionales que reclama, esto es, las causadas entre el 24 de julio de 1998 y el 7 de mayo de 2009, pues la nueva reclamación vía administrativa se realizó el 8 de mayo de 2013 y solo hasta el 23 de abril de 2019 formuló la presente demanda, por lo que es claro que sobre ellas operó el fenómeno de la prescripción (fol. 20).

Colofón de lo dicho no queda otro camino que confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

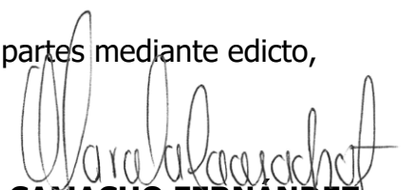
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA-SALA LABORAL							
Proceso 016 2018 00720 01							
1995	marzo	$ 578.821,00	105,24	26,15	$ 2.329.450,17	30	$ 19.412,08
	febrero	$ 578.821,00	105,24	26,15	$ 2.329.450,17	30	$ 19.412,08
	enero	$ 578.821,00	105,24	26,15	$ 2.329.450,17	30	$ 19.412,08
						90	$ 58.236,25
1994	diciembre	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	noviembre	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	octubre	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	septiembre	$ 645.205,00	105,24	21,33	$ 3.183.374,32	30	$ 26.528,12
	agosto	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	julio	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	junio	$ 468.338,00	105,24	21,33	$ 2.310.730,95	30	$ 19.256,09
	mayo	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	abril	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	marzo	$ 1.030.345,00	105,24	21,33	$ 5.083.614,99	30	$ 42.363,46
	febrero	$ 468.339,00	105,24	21,33	$ 2.310.735,88	30	$ 19.256,13
	enero	$ 438.381,00	105,24	21,33	$ 2.162.926,23	30	$ 18.024,39
						360	$ 260.221,11
1993	diciembre	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	noviembre	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	octubre	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	septiembre	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	agosto	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	julio	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	junio	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	mayo	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	abril	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	marzo	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	febrero	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
	enero	$ 337.782,00	105,24	17,4	$ 2.042.998,72	30	$ 17.024,99
						360	$ 204.299,87
1992	diciembre	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	noviembre	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	octubre	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	septiembre	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	agosto	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	julio	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	junio	$ 270.225,00	105,24	13,9	$ 2.045.933,74	30	$ 17.049,45
	mayo	$ 270.224,00	105,24	13,9	$ 2.045.926,17	30	$ 17.049,38

	abril	$ 243.202,00	105,24	13,9	$ 1.841.336,58	27	$ 13.810,02
	marzo	$ 270.224,00	105,24	13,9	$ 2.045.926,17	30	$ 17.049,38
	febrero	$ 270.224,00	105,24	13,9	$ 2.045.926,17	30	$ 17.049,38
	enero	$ 270.224,00	105,24	13,9	$ 2.045.926,17	30	$ 17.049,38
						357	$ 201.353,70
1991	diciembre	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	noviembre	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	octubre	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	septiembre	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	agosto	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	julio	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	junio	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	mayo	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	abril	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	marzo	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	febrero	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
	enero	$ 213.111,00	105,24	10,96	$ 2.046.332,27	30	$ 17.052,77
						360	$ 204.633,23
1990	diciembre	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	noviembre	$ 219.206,30	105,24	8,28	$ 2.786.143,84	29	$ 22.443,94
	octubre	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	septiembre	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	agosto	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	julio	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	junio	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	mayo	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	abril	$ 174.681,00	105,24	8,28	$ 2.220.220,83	30	$ 18.501,84
	marzo	$ 163.254,00	105,24	8,28	$ 2.074.982,00	30	$ 17.291,52
	febrero	$ 163.254,00	105,24	8,28	$ 2.074.982,00	30	$ 17.291,52
	enero	$ 81.627,00	105,24	8,28	$ 1.037.491,00	30	$ 8.645,76
						359	$ 213.687,45
1989	diciembre	$ 133.340,00	105,24	6,57	$ 2.135.875,43	30	$ 17.798,96
	noviembre	$ 172.479,21	105,24	6,57	$ 2.762.817,67	30	$ 23.023,48
	octubre	$ 133.340,00	105,24	6,57	$ 2.135.875,43	30	$ 17.798,96
	septiembre	$ 133.340,00	105,24	6,57	$ 2.135.875,43	30	$ 17.798,96
	agosto	$ 133.340,00	105,24	6,57	$ 2.135.875,43	30	$ 17.798,96
	julio	$ 133.340,00	105,24	6,57	$ 2.135.875,43	30	$ 17.798,96
	junio	$ 133.340,00	105,24	6,57	$ 2.135.875,43	30	$ 17.798,96
	mayo	$ 166.996,58	105,24	6,57	$ 2.674.995,45	30	$ 22.291,63
	abril	$ 177.263,00	105,24	6,57	$ 2.839.445,68	30	$ 23.662,05
	marzo	$ 165.529,34	105,24	6,57	$ 2.651.492,81	30	$ 22.095,77
	febrero	$ 124.734,00	105,24	6,57	$ 1.998.022,25	30	$ 16.650,19

	enero	$ 74.840,50	105,24	6,57	$ 1.198.814,95	30	$ 9.990,12
						360	$ 224.507,01
1988	diciembre	$ 130.896,57	105,24	5,12	$ 2.690.538,09	30	$ 22.421,15
	noviembre	$ 130.192,68	105,24	5,12	$ 2.676.069,85	30	$ 22.300,58
	octubre	$ 131.895,06	105,24	5,12	$ 2.711.061,74	30	$ 22.592,18
	septiembre	$ 99.787,00	105,24	5,12	$ 2.051.090,60	30	$ 17.092,42
	agosto	$ 99.787,00	105,24	5,12	$ 2.051.090,60	30	$ 17.092,42
	julio	$ 128.490,42	105,24	5,12	$ 2.641.080,43	30	$ 22.009,00
	junio	$ 128.930,66	105,24	5,12	$ 2.650.129,43	30	$ 22.084,41
	mayo	$ 130.838,36	105,24	5,12	$ 2.689.341,60	30	$ 22.411,18
	abril	$ 131.718,83	105,24	5,12	$ 2.707.439,39	30	$ 22.561,99
	marzo	$ 122.338,16	105,24	5,12	$ 2.514.622,65	30	$ 20.955,19
	febrero	$ 122.338,16	105,24	5,12	$ 2.514.622,65	30	$ 20.955,19
	enero	$ 93.346,00	105,24	5,12	$ 1.918.697,86	30	$ 15.989,15
						360	$ 248.464,87
1987	diciembre	$ 76.513,00	105,24	4,13	$ 1.949.692,04	30	$ 16.247,43
	noviembre	$ 94.337,26	105,24	4,13	$ 2.403.886,98	30	$ 20.032,39
	octubre	$ 91.007,60	105,24	4,13	$ 2.319.041,12	30	$ 19.325,34
	septiembre	$ 91.007,60	105,24	4,13	$ 2.319.041,12	30	$ 19.325,34
	agosto	$ 91.007,60	105,24	4,13	$ 2.319.041,12	30	$ 19.325,34
	julio	$ 91.007,60	105,24	4,13	$ 2.319.041,12	30	$ 19.325,34
	junio	$ 91.007,60	105,24	4,13	$ 2.319.041,12	30	$ 19.325,34
	mayo	$ 91.007,60	105,24	4,13	$ 2.319.041,12	30	$ 19.325,34
	abril	$ 90.517,88	105,24	4,13	$ 2.306.562,15	30	$ 19.221,35
	marzo	$ 90.762,74	105,24	4,13	$ 2.312.801,64	30	$ 19.273,35
	febrero	$ 90.762,74	105,24	4,13	$ 2.312.801,64	30	$ 19.273,35
	enero	$ 89.905,71	105,24	4,13	$ 2.290.962,93	30	$ 19.091,36
						360	$ 229.091,28
1986	diciembre	$ 59.872,07	105,24	3,42	$ 1.842.379,14	30	$ 15.353,16
	noviembre	$ 74.802,30	105,24	3,42	$ 2.301.811,13	30	$ 19.181,76
	octubre	$ 74.600,77	105,24	3,42	$ 2.295.609,66	30	$ 19.130,08
	septiembre	$ 74.600,77	105,24	3,42	$ 2.295.609,66	30	$ 19.130,08
	agosto	$ 74.701,53	105,24	3,42	$ 2.298.710,24	30	$ 19.155,92
	julio	$ 74.600,77	105,24	3,42	$ 2.295.609,66	30	$ 19.130,08
	junio	$ 57.101,00	105,24	3,42	$ 1.757.107,96	30	$ 14.642,57
	mayo	$ 71.166,30	105,24	3,42	$ 2.189.924,39	30	$ 18.249,37
	abril	$ 71.065,53	105,24	3,42	$ 2.186.823,50	30	$ 18.223,53
	marzo	$ 64.939,00	105,24	3,42	$ 1.998.298,35	30	$ 16.652,49
	febrero	$ 65.006,68	105,24	3,42	$ 2.000.381,00	30	$ 16.669,84
	enero	$ 56.583,79	105,24	3,42	$ 1.741.192,42	30	$ 14.509,94
						360	$ 210.028,81

1985	diciembre	$ 43.707,82	105,24	2,79	$ 1.648.677,77	30	$ 13.738,98
	noviembre	$ 43.707,77	105,24	2,79	$ 1.648.675,88	30	$ 13.738,97
	octubre	$ 68.696,67	105,24	2,79	$ 2.591.267,94	30	$ 21.593,90
	septiembre	$ 46.181,62	105,24	2,79	$ 1.741.990,57	30	$ 14.516,59
	agosto	$ 55.488,04	105,24	2,79	$ 2.093.032,73	30	$ 17.441,94
	julio	$ 43.707,77	105,24	2,79	$ 1.648.675,88	30	$ 13.738,97
	junio	$ 43.707,77	105,24	2,79	$ 1.648.675,88	30	$ 13.738,97
	mayo	$ 43.707,77	105,24	2,79	$ 1.648.675,88	30	$ 13.738,97
	abril	$ 43.707,77	105,24	2,79	$ 1.648.675,88	30	$ 13.738,97
						270	$ 135.986,24
						IBL	$ 2.190.509,83
						75%	$ 1.642.882,37

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EDGARDO PARMEDIO VELASQUEZ CAMACHO***
DEMANDADO:	***UGPP***
RADICACIÓN:	***1100131050-16-2018-00720-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA-11567 del 5 de junio de 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EDGARDO PARMENIO VELASQUEZ CAMACHO instauró demanda ordinaria contra la UGPP, con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar su pensión de jubilación por aportes desde el 9 de marzo de 2011, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante el último año de servicios, junto con todos los factores salariales, como lo son el sueldo básico, la prima anual, la prima semestral, extra diurno, prima de navidad, bonificación por recreación, prima de vacaciones, recargo nocturno ordinario, vacaciones, incremento vacaciones, extra nocturno, conforme a los artículos 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

De manera subsidiaria, solicitó condenar a la demandada a reliquidar su pensión de jubilación por aportes desde el 9 de marzo de 2011, teniendo en cuenta la indexación del IBL hallado con los aportes efectuados en los últimos 10 años, junto con todos los factores salariales anotados con anterioridad; asimismo, se condene a la indexación de las sumas debidas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 25 y s.s.)

Como fundamento de sus pretensiones indicó que Caprecom le reconoció una pensión de jubilación por aportes mediante la Resolución 000896 del 6 de junio de 2013, bajo los parámetros del régimen de transición en concordancia con la Ley 71 de 1988, a partir del 9 de marzo de 2011, en cuantía inicial de $1.645.154, la cual fue liquidada teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% y sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el ultimo año de servicios (sueldo básico, prima anual, prima semestral, extra diurno, prima de navidad, bonificación por recreación, prima de vacaciones, recargo nocturno ordinario, vacaciones, incremento vacaciones, extra nocturno) o en los últimos 10 años. Finalmente, dijo que el 19 de julio de 2018, solicitó ante la UGPP la reliquidación

de su prestación, la cual le fue negada mediante la Resolución RDP039365 del 28 de septiembre de 2018.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 37 a 38); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor adquirió el estatus de pensionado en el año 2011, de manera que su prestación debe ser liquidada teniendo en cuenta el IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y los factores salariales dispuestos por el Decreto 1158 de 1994. Igualmente, dijo que los salarios del actor fueron actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor certificados por el DANE hasta el 9 de marzo de 2011. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y prescripción. (fols. 39 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de diciembre del 2019, en la que el Juzgado absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra, declaró probada la expceción de inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante. (C.D. fol. 173).

Como sustento de su decisión indicó que no hay discusión sobre la calidad de pensionado del actor, a quien se le reconoció una pensión de jubilación por aportes desde el 9 de marzo de 2011, a la luz de la Ley 71 de 1988, la cual fue liquidada con base en una IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los ultimos 10 años de servicios, considerando los factores salariales de que trata el Decreto 1158 de 1994 y aplicando una tasa de reemplazo del 75%.

Dijo que conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ los beneficiarios del régimen de transición a quienes les hacía falta menos de 10 años para pensionarse al 1º de abril de 1994, se les aplica el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de determinar su IBL, y a aquellos que les faltaba mas de 10 años, se les aplica el artículo 21 de la misma norma, de suerte que como el actor se encuentra inmerso en el último supuesto, esto es, que le faltaban mas de 10 años para adquirir la pensión, su IBL se encuentra regulado por el articulo 21 de la Ley 100 de 1993, especialmente, el promedio de lo cotizado durante los ultimos 10 años, siendo claro que no procede la reliquidación de su prestación con el promedio de lo cotizado durante el ultimo año.

Adujo en cuanto a las pretensiones subsidiarias que la CSJ ha establecido que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, deben tenerse en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran enlistados los que echa de menos la parte actora en su demanda.

En cuanto a la indexación reclamada en la demanda, señaló que procedió a hacer la liquidación de la pensión teniendo en cuenta la atualización de los salarios de los últimos 10 años conforme a los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y considerando además, los factores estatuidos en el Decreto 1158 de 1994, así, obtuvo un IBL actualizado a marzo de 2011 de $2.157.867, que al aplicarle una tasa de reempalzo del 75%, se halló una mesada de $1.618.376, la cual resultó menor a la reconocida al actor.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que tanto para las pretensiones principales como subsidiarias, ha de tenerse en cuenta el principio de inescindibilidad de la norma, de manera que debe considerarse para la liquidación de la

pensión todos los factores salariales referenciados en la demanda, conforme a la Ley 71 de 1988 y el artículo 8º del Decreto 2709 de 1994, pues si bien dichas normas fueron derogadas, en las sentencias 24272011 del 15 de mayo de 2014, 4683 de 2013 y 68007233103201710702307 del 2 de febrero de 2017, el Consejo de Estado dispuso su aplicación en respeto del principio en mención y de la favorabilidad que opera en materia laboral y de seguridad social, a fin de garantizar los derechos establecidos en el artículo 48 de la C.P. Finalmente, solicitó revisar la liquidación efectuada por el Juzgado de primera instancia. (CD fol. 173).

6. **Alegatos parte demandante.** Manifestó que existe suficiente precedente jurisprudencial que permite obtener la reliquidación de la Pensión de Jubilación por Aportes de acuerdo a lo señalado en los artículos 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994 mediante el cual se reglamentó la Ley 71 de 1988, esto es, tenie

7. **Alegatos parte demandada.** Indicó que el IBL no es el correspondiente al último año de la prestación del servicio, si

Dijo que lo anterior, ha sido reiterado por la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia –Sala Laboral y ha sido asumido en sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado el día 28 de agosto de 2018 Magistrado Doctor Cesar Palomino Cortes, en la que se establecieron las reglas y subreglas para el IBL conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, señaló que lo dicho se acompasa con lo que al respecto ha definido la Corte Constitucional. Por tal motivo, solicitó confirmar la decisión del *a quo*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: (i) ¿La pensión de jubilación por aportes del demandante debe ser reliquidada con el promedio de los factores salariales señalados en la demanda, devengados en el último año de servicios o en los últimos 10 años?

Del estatus de pensionado

Sea lo primero indicar que el señor Edgardo Parmenio Velasquez Camacho, fue pensionado mediante la Resolución 000896 del 6 de junio de 2013, proferida por Caprecom, a la luz de la Ley 71 de 1988, por remisión del régimen de transición, con base en un IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 75%, a partir del 9 de marzo de 2011, en cuantía inicial de $1.645.154. (Fols. 9 y s.s.).

De la reliquidación pensional

En cuanto al problema jurídico relacionado con la reliquidación reclamada en el escrito de demanda, ha de precisar la Sala que conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el régimen de transición garantizó la aplicación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100/93 tan sólo en tres

aspectos puntuales: l**a edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación, entendiendo éste último como la tasa de reemplazo** (Sentencia SL 494-2016). No así, en tratándose del IBL, pues éste debe determinarse conforme a lo señalado en el inciso tercero del art. 36 de la Ley 100 de 1993, para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, o conforme a las reglas del art. 21 de la Ley 100 de 1993, cuando al afiliado le hagan falta más de 10 años para adquirir el derecho. (Criterio expuesto en la sentencia CSJ SL 14700-2016)

Ahora bien, conforme a esa pacífica, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se ha establecido que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos que causaron sus prestaciones en vigencia de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994. (CSJ sentencia SL3291-2018).

El criterio expuesto es el que acoge esta Sala de Decisión, por cuanto constituye doctrina probable, en los términos del artículo 4° de la Ley 169 de 1986, la cual resulta vinculante conforme a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 del 2001, respecto de la cual, además, la Colegiatura no encuentra razones para apartarse.

A lo anterior, se suma que la Corte Constitucional en la sentencia SU- 230 de 2015, comparte el criterio de la CSJ, en cuanto a que el IBL no hace parte de los beneficios que cobija el régimen de transición, lo cual fue ratificado en la sentencia SU 023 de 2018, decisiones que resultan **vinculantes** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Así las cosas, se tiene que en el presente caso no es procedente reliquidar la pensión del actor con el promedio de los factores devengados en el último año de servicios, pues al faltarle al 1º de abril de 1994 más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, en tanto cumplió 60 años el 9 de marzo de 2011, como se deduce de la copia de su cédula de ciudadanía (fol. 4), la norma llamada a regular su IBL es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, de manera que el mismo debe hallarse con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, al acreditar 1.255 como se observa de la Resolución 000896 del 6 de junio de 2013 (fols. 9), en cuya liquidación deben tenerse en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los que además, no se encuentran determinados la prima anual, la prima semestral, la prima de navidad, la bonificación por recreación, la prima de vacaciones, y el incremento vacaciones.

Por tanto, la Sala procedió a realizar nuevamente la liquidación de la prestación como se observa del documento anexo, con base en el IBL hallado con el promedio de los últimos 10 años como lo peticionó el demandante, teniendo en cuenta las certificaciones salariales allegadas con la demanda (fols. 20 y s.s.) e incluyendo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, con la debida indexación de los salarios al 9 de marzo de 2011;

así se obtuvo como IBL el valor de $2.190.509,83, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, resulta una primera mesada de $1.642.882,37, la cual si bien es superior a la definida por el Juzgado, no es mayor a la hallada por la demandada, que se insiste, asciende a la suma de $1.645.154, de suerte que acertó el Juzgado de primera instancia al no acceder a la reliquidación reclamada.

Finalmente, ha de precisar la Sala que no se efectúa la revisión del IBL del actor teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral, en tanto ello no fue materia de las pretensiones formuladas en la demanda.

Colofón de lo dicho, no que otro camino que confirmar la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

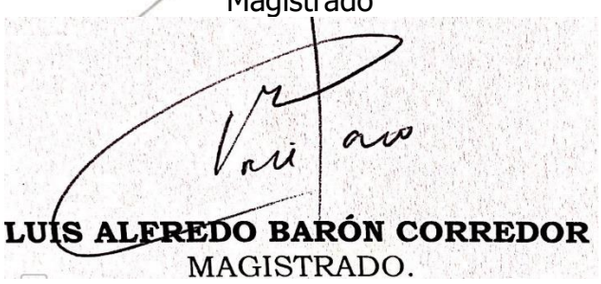
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***IVAN ENRIQUE ARIZA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-23-2018-00319-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PROTECCIÓN***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio de 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. OLGA BIBIANA HERNÁNDEZ TÉLLEZ, como apoderada de la AFP Protección, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Iván Enrique Ariza instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se declare la nulidad (ineficacia) de su afiliación al RAIS por omisión en el deber legal de información. Como consecuencia, se ordene su traslado a COLPENSIONES y la devolución de todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gatos de administración, por parte de PORVENIR y con destino a Colpensiones. Asimismo, se condene a Porvenir que en caso de otorgarle su pensión antes de proferirse sentencia, continúe pagando las respectivas mesadas pensionales, hasta tanto sean trasladados todos los dineros a Colpensiones y sea incluido en nómina de pensionados, además, se condene a lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 15 y s.s.; subsanación fols. 214 y s.s.)

Como fundamento de sus pretensiones indicó que se afilió al Sistema General de Pensiones el 7 de enero de 1974; que el 26 de junio de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección; que a la fecha de su traslado el promotor de la AFP en mención se limitó a llenar un formato prestablecido para su afiliación, y no le brindó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, ni tampoco sobre los beneficios o consencuencias negativas de dejar el RPMPD y en general, las implicaciones que dicha decisión tendría respecto de sus derechos pensionales; que los fondos privados de pensiones publicitaron información falsa que faltaba a la verdad, en tanto indicaron que en el RAIS la gente se podía pensionar a una edad más temprana, omitiendo que ello implicaría la negociación anticipada del bono pensional, y por ende, la disminución de la mesada pensional, que la pensión sería más alta en el fondo que en el ISS, sin ninguna proyección que así lo soportara y que el ISS iba a desaparecer, lo cual podrían en riesgo los aportes de sus afiliados; que el 25 de octubre de 2017 solicitó ante Colpensones la anulación de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta de manera desafvorable por la entidad en mención; que elevó la misma solicitud a Protección y a Porvenir, la cual igualmente fue negada por las demandadas en mención; que actualmente se encuentra afiliado a la AFP Porvenir.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 258), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a las pretensiones relacionadas con el traslado de los dineros del demandante al RPMPD y las costas procesales, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, lo cual se encuentra debidamente acreditado por su voluntad de trasladarse y suscribir el formulario de afiliación. Agregó que el actor al 1º de abril de 1994 solo contaba con 34 años y no acreditaba 750 semanas de cotización, por lo que no es beneficiario del régimen de transición y ni era posible realizar algún tipo de proyección cuando solo contaba con 567,67 semanas de cotización al ISS. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la genérica. (fols. 261 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Dio respuesta con oposición a las pretensiones relacionadas con la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS y las costas procesales, argumentando que el actor se vinculó de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habérsele brindado la asesoría pertinente para la toma de la decisión, por lo que su afiliación claramente se encuentra exenta de cualquier vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de aportes y la genérica. (fols. 349 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Dio respuesta con oposición a todas y cada unas de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado del demandante se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de

1993 y sus decretos reglamentarios, así como atendiendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Agregó que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el accionante, amén que su afiliación se encuentra precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 304 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de noviembre del 2019 en la que el Juzgado declaró la ineficiacia del traslado del demandante al RAIS; condenó a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con ocasión a la afiliación del demandante entre el 1º de julio de 1995 y el 31 de diciembre de 1995, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos en intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posbilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por cualquier otro concepto, autorizando realizar el descuneto del dinero que trasfirió a la AFP Porvenir con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el 1º de enero de 1996; condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con ocasión a la afiliaicón del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por cualquier otro concepto; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Protección. (C.D. fol. 407).

Como sustento de su decisión refirió que la CSJ ha indicado de manera reiterada que es un deber de las administradoras de fondos de pensiones sumunistrar información suficiente, completa y necesaria sobre las implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras; además, ha establecido la Alta Corporación que en este tipo de procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

En ese orden, adujo que Protección no allegó ningún elemento probatorio tendiente a acreditar que ante el accionante cumplió ese deber de información, lo cual no se satisface con el formulario de afiliación allegado al proceso, amén que no media confesión sobre ello en el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada Protección** interpuso recurso de apelación indicando que se debe revocar la sentencia en lo que tiene que ver con la condena en contra de ficha AFP, sobre la devolución de los gastos de administración que corresponden a los periodos en los cuales el demandante estuvo afiliado a la sociedad, en tanto que dichos dineros se descontaron en aplicación de una disposición legal, válida y exequible, además porque se tratan de comisiones ya pagadas por la administración de las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Igualemente, dijo que no procede el traslado de los aportes con todos los rendimientos, en la medida que éstos tuvieron su origen en la gestión y la buena administración de la AFP Protección, por tanto, solo hay lugar a trasladar los aportes acreditados a la fecha de declaración de la nulidad de traslado, sin los rendimientos generados, al no existir vínculo contractual alguno con el demandante. (C.D. fol. 407).

8. Alegatos demandante. Manifestó que la decisisón proferida por el Juzgado no solo se encuentra respaldada en fundamnentos jurídicos y jurisprudenciales vigentes, sino también en las pruebas allegadas al proceso, precisando que los deberes de información amplica y suficiente ante la persona que se traslade de régimen se encuentra a cargo de la AFP, lo cual debe ser demostrado por esta última como lo establece el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la reiterada jurisprudencia de la CSJ.

9. Alegatos Protección. Manifestó que que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo, pues podía retractarse de su decisión o elección de régimen pensional en los 5 días siguientes a la suscripción del formulario, posibilidad que no usó la parte demandante; tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003 literal e), la cual consiste en de trasladarse de régimen pensional cuando ha permanecido en el mismo durante 5 años siempre y cuando no le falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez; igualmente, tampoco optó por regresar al RPM en el periodo o año de gracia otorgado por el art. 1º del Decreto 38010 de 2003, a pesar de que esta prerrogativa fue ampliamente publicitada por las Administradoras de fondos de pensiones a través de Asofondos mediante aviso en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004.

10. Alegatos Colpensiones. Dijo que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el demandante, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez.

Igualmente, adujo que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor, esto es en el año de 1995, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el cual, estableció en el numeral 1. ° 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"*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP Protección se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos**: (i) ¿La AFP Protección está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y

rendimientos?; (ii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del accionante?, (iii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de regimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Iván Enrique Ariza, cotizó al ISS entre el 7 de enero de 1974 y el 31 de diciembre de 1995 conforme aparece en el historial laboral expedida por Colpensiones (fols. 53 y s.s.); que el 29 de junio de 1995, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN, conforme da cuenta el formulario de vinculación a la AFP (fol. 381) y que el 1º de enero de 1996 se trasladó a la AFP PORVENIR según el historial de afiliaciones de Asofondos (fol. 315).

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, y que la misma no fue cumplida en el presente caso, pues la parte pasiva no acreditó por ningún medio de convicción que atendió el deber de información ante el actor al momento de su traslado al RAIS, lo cual fue establecido por el Juzgado de primera instancia y no fue apelado por ninguna de las partes.

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP Privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por tanto, es claro que acertó el Juzgado de primera instancia al ordenar a la AFP Protección devolver esas sumar percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones, siendo además oportuno advertir, que como el demandante ya no se encuentra afiliado a dicha AFP, según se advierte en la alzada y se constata a folio 315, ésta deberá entregar a Colpensiones el capital ahorrado y los rendimientos del actor con ocasión a la afiliación que tuvo lugar entre el 1º de julio de 1995 y el 31 de diciembre de 1995, siempre y cuando tenga dichos dineros a su cargo.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume, de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de Prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 el 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de precisar que la AFP

Protección deberá devolver a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual del accionante, con todos los rendimientos que se hubieren causado, con ocasión a la afiliación que tuvo lugar entre el 1º de julio de 1995 y el 312 de diciembre de 1995, siempre que aun tenga en su poder dichos dineros. Igualmente, la AFP en mención deberá devolver los gastos de administración y comisiones que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ASARIAS SEGUNDO VALENCIA HERRERA***
DEMANDADO:	***CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO***
RADICACIÓN:	***1100131050-18-2017-00536-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Asarías Segundo Herrera Valencia instauró demanda ordinaria contra la Caja Colombiana de Subsidio Familiar- Colsubsidio con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual fue terminado sin justa causa por el empleador y, en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor la suma de $26.613.100 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; subsanación 25 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 3 de junio de 1997, para desempeñar el cargo de Jefe de Negocio I en el Supermercado Mazuren de propiedad de la convocada; que percibió como último salario la suma de $1.947.300, pagadera de manera quincenal; que ejecutó la labor encomendada de forma personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo el horario de trabajo, sin presentar queja o llamado de atención alguno; que la relación laboral se mantuvo vigente hasta el 7 de junio de 2017, fecha ésta en la que la convocada decidió dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa causa, esto es, mala administración de congelados del Supermercado, en tanto que el 21 de mayo de 2017, no había la cantidad suficiente de producto para proveer a los clientes; que en diligencia de descargos haciendo uso de su derecho al debido proceso, dio las explicaciones de lo ocurrido el 21 de mayo de 2017 en relación con la falta de pollo congelado en el área de congelados, sin embargo, la encartada prescindió de sus servicios sin justa causa y sin atender los argumentos ofrecidos como trabajador.

2. Contestación la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR-COLSUBSIDIO. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, argumentando que el contrato de trabajo celebrado con el demandante fue terminado con justa causa, con fundamento en las gravísimas faltas cometidas por este, descritas en la carta de fecha 7 de junio de 2017, mediante las cuales violó de manera grave sus obligaciones legales y contractuales, en tanto que el 21 de mayo de 2017 a las 12 del mediodía se encontró la nevera de exhibición de pollo fresco, y no congelado, totalmente desabastecida y sin producto disponible para la venta, generando quejas de varios clientes, una mala presentación del supermercado y una pérdida de ventas por tener producto agotado, siendo responsabilidad del actor prever con anticipación la realización de los pedidos de pollo fresco y la programación de horarios de los trabajadores de la sección.

Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, ausencia de la obligación en la demandada y prescripción. (fols. 40 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de abril del 2019, en la que el Juzgado declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de junio de 1997 y el 7 de junio de 2017, el cual terminó sin justa causa; condenó a la convocada a reconocer y pagar a favor del actor de manera indexada la suma de $26.627.380,20, por concepto de indemnización por despido injusto; condenó en costas a la accionada y declaró no probada la excepción de prescripción. (CD fol. 104).

Su decisión se basó en que no media discusión sobre la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, el cual se ejecutó entre el 3 de junio de 1997 y el 7 de julio de 2017, pues ello fue aceptado por la demandada en su contestación, al igual que el salario y el cargo desempeñado por el actor, hechos que también se constatan de la prueba documental allegada al proceso.

Señaló que el demandante demostró que la relación laboral finiquitó por decisión de la demandada, conforme se observa de carta del 7 de junio de 2017, en la cual se indica que el 21 de mayo de la misma anualidad, la nevera de pollo fresco se encontraba totalmente desabastecida y sin producto para las ventas, lo cual generó quejas de varios clientes, una mala presentación del supermercado y una pérdida de ventas ante la falta de producto; así, adujo la empleadora que el actor incumplió los numerales 1, 3, 5 y 6 del artículo 58 del CST, e incurrió en las faltas 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 11, 23, 35, 37 y 30 del artículo 48 del Reglamento Interno del Trabajo, así como en las faltas 13, 14 y 50 del artículo 50 del mismo reglamento, por lo que a juicio de la encartada se configuraron las justas causas de los numerales 2, 4 y 6 del artículo 62 del CST.

Dijo que los artículos citados como violados por parte de la demandada, contenidos en el Reglamento Interno de Trabajo, no pueden ser verificados, en la medida que dicha norma no fue traída al proceso por la encartada.

Agregó que, del acta de descargos, la queja formulada por un empleado de la demandada, las fotografías y los testimonios arrimados al proceso, permiten constatar que hubo un desabastecimiento parcial de la nevera de pollo el 21 de mayo de 2017, siendo obligación del demandante el abastecimiento de productos, de manera que sí se advierte incumplido ese deber, no obstante, esa falta no debe ser considerada de tal gravedad como para dar por terminado el contrato de trabajo.

Adujo que la demandada tampoco demostró un grave detrimento a su imagen por la falta de producto, y si bien uno de los testigos expuso la pérdida de venta en suma aproximada de $600.000, lo cierto es que ese valor no resulta representativo, pues el supermercado en donde prestaba sus servicios genera al mes más de $1.200.000.000.

En ese orden, concluyó que la demandada debió sopesar la gravedad de la falta y la antigüedad del trabajador, quien tenía alrededor de 20 años de servicios, sin presentar llamados de atención o queja alguna, como lo aceptó la demandada en su declaración de parte, de manera que el despido devino en injusto, como lo señaló el demandante en su escrito inicial.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que como quedó estaeblcecido por el Juzgado de primera instancia, exsitió un incumplimiento de las obligacionbes del trabajador el 21 de mayo de 2017, por cuanto la nevera dispuesta para el pollo fresco se encontró totalmente desabastecida, lo cual generó una mala imagen de la demandada, múltiples quejas de sus clientes y una pérdida económica para el supermercado; no obstante, adujo que no se comparte lo concluido por el *a quo* en cuanto a que la falta en mención no resulta grave, ya que lo sucedido tuvo lugar en el tercer supermercado de mayor importancia en las ventas, un día domingo, en el que además, existe gran afluencia de clientes, dada la ubicación estratégica del establecimiento.

Agregó que el producto sobre el cual tuvo lugar la falta cometida por el trabajador, correspondía al pollo fresco y no el congelado, como equivocadamennte lo quizo hacer ver el actor, el que además, presenta una condición especial, pues al ser perecedero tiene una alta rotación y es suceptible de agotarse rápidamente, de manera que el demandante tenía la obligación de abastacimiento de las neveras y de realizar las proyecciones necesarias en las cantidades y presentaciones que se requerían, conforme a la dinámica de venta del producto, establecida para el 21 de mayo de 2017.

Señaló que la testigo Katherina Guerrero, claramente indicó que el 20 de mayo de 2017, el pollo fresco tenía establecida una promoción, siendo claro que dicho producto presentaría una alta rotación; además, si se realiza un análisis retrospectivo de la venta del pollo fresco, en los domingos anteriores, e incluso posteriores, se evidencia una pérdida económica, pues al medio día la nevera estaba totalmente desabastecida.

En ese orden, precisó que considerando la venta del pollo fresco el día sábado en un valor aproximado de $2.000.000, el actor debió proyectar el doble de producto solicitado, sin embargo, ello no fue realizado en el caso, no siendo atendible lo aducido por éste en su diligencia de descargos, en relación con la existencia de una venta sobredimensionada. (C.D. fol. 104).

Insistió en que además de la pérdida económica sufrida por la empresa, ésta tuvo una afectación en su imagen, en la medida que como lo afirmó el testigo Juan Pablo Murcia, ese día cerca de 15 clientes se le acercaron para formular queja por falta de producto.

Finalmente, señaló que la antigüedad del trabajador no le da ningún tipo de inmunidad para ser despedido con justa causa, al cometer una falta grave.

5. Alegatos de conclusión Colsubsidio. La demandada insisitió en la gravedad de la falta cometida por el accionante, aduciendo que el día en el que el trabajador

incurrió en ella coincidió en ser un domingo, calenda en el que el Supermercado tiene mayor afluencia de clientes; el Supermercado donde se presentó la falta se encuentra ubicado en un sector estratégico de la zona de Mazurén, pues queda colindante a una iglesia; el estabelcimiento se encuentra en el "ranking 3" de los supermercados de la Corporación que generan mayor afluencia e ingreso económico; el producto sobre el cual se dio la falta fue el pollo fresco siendo éste un perecedero, de alta rotación y venta, por lo que era de gran facilidad identificar que se requería de un gran volumen de producto; el Supermercado Mazurén cerraba ese día a las 9:00 p.m., lo cual indica que, desde el mediodía, el estabelcimiento se quedó sin abastecimiento de pollo fresco, perdiendose la posibilidad de generar una venta mayor de dicho producto en una franja considerable de tiempo; el pollo fresco tenía una dinámica comercial ese fin de semana, es decir, se encontraba a precio especial, siendo esto de conocimiento del demandante.

Finalmente, adujo que la falta cometida por el actor se encuentra estabelcida como grave en el reglamento interno de trabajo, por lo que el Juzgado solo debió verificar su ocurrencia y reconocer la justeza del despido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente .

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Si la falta cometida por el demandante, contario a lo afirmado por el Juzgado, debe calificarse como grave, y por ende, si su despido sí lo fue con justa causa?

De la existencia de la relación laboral

No existe discusión en esta instancia frente a la declaratoria de existencia de relación laboral entre las partes, regida por un contrato de trabajo celebrado a término indefinido, el cual se ejecutó desde el 3 de junio de 1997 hasta el 7 de junio de 2017, en virtud del cual el actor desempeñó como último cargo el de Jefe de Negocio I en el Supermemrcado Mazuren, teniendo como última asignación la suma de $1.947.300, pues en la alzada no se enuncia ningún reparo frente a esta decisión del juez primigenio.

Los anteriores hechos son además corroborados por esta colegiatura con las pruebas arrimadas al informativo, dentro de las cuales se encuentra la confesión de la pasiva dentro del escrito de contestación de la demanda, y el contenido de las pruebas documentales tituladas contrato de trabajo (fols. 53 y s.s.), certificación laboral expedida por la empleadora (fol. 17) y carta de despido (fol. 61 y s.s.).

De la justeza del despido del demandante

En cuanto al problema relacionado con la justeza del despido del señor Asarias Segundo Valencia Herrera, debe la Sala rememorar que de tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que, para el evento del despido, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron.

Igualmente, se tiene que el parágrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la

extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos; artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-594 de 1997, siendo enfática en determinar que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar el contrato, no siendo suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

Igualmente, la CSJ, entre otras, en la sentencia SL005-2019, indicó que el empleador no se encuentra compelido a citar la norma en que se adecuen los hechos invocados como fundamento de la justa causa, pues *"basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que dieron lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento conocer los móviles que generaron esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al Juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable."*

En el presente caso, no existe duda que la parte convocada fue quien dio por terminado el contrato de trabajo existente con el demandante, como se observa de la carta de fecha 7 de junio de 2017, en la cual le indicó al trabajador lo que a continuación se transcribe:

> *"Esta corporación ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del 7 de junio de 2017, ello debido a que la Corporación tuvo conocimiento mediante Reporte del Administrador y adjuntos (Documentos que hacen parte integral de esta decisión y que se le pusieron de presente en su diligencia de Descargos) allegados al departamento de relaciones Laborales, además de las investigaciones y validaciones en que tuvo que incurrir la Corporación, de que Usted injustificadamente transgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales, por haber sido gravemente negligente en el desempeño de su cargo e incurrir en graves actos de indisciplina, porque el 21 de mayo de 2017 a las 12 del mediodía, fue encontrada la nevera de exhibición de pollo fresco totalmente desabastecida y sin producto disponible para la venta generando quejas de varios clientes, una mala presentación del supermercado de (sic) y una pérdida de ventas por tener el producto agotado…*
>
> *Las situaciones antes enunciadas se encuadran entre otras, en los numerales 1, 3, 5 y 6 del artículo 58 y numerales 2,4 (parte final) y 6 (primera parte) del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, así como en los numerales 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 11, 23 , 35, 37 y 40 del artículo 48, numerales 1, 13, 14 17 y 50 del artículo 5 y numerales 1, 6, 14, 20 y 58 del articulo 55 del Reglamento Interno de Trabajo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO, además de las obligaciones y prohibiciones derivadas de su contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo y una clara violación de sus obligaciones legales y contractuales que impiden que el contrato de trabajo celebrado con usted pueda seguir vigente"* *(fols. 7 y s.s.)*

Conforme a dicha carta y del restante material probatorio obrante en el proceso, el Juzgado, concluyó que no se encontraban acreditadas las justas causas aducidas por la parte empleadora para dar por terminado el vinculo laboral, resaltando que si bien era función del demandante abastecer la nevera de pollo, la cual no se advirtió cumplida para el 21 de mayo de 2017, dicha falta no puede ser calificada como grave y por ende, dar por terminado el vinculo laboral aduciendo justa causa, aspecto puntual que controvierte el recurrente en el recurso de apelación, pues a su juicio considera que la falta cometida por el trabajador sí tiene la connotación de grave, por las razones anotadas en su alzada.

En ese sentido, conforme a los puntos de apelación formulados por el recurrente, la Sala centrará su estudio en establecer si en el presente caso la falta endilgada al trabajador, debe ser calificada como grave, es decir, sin en el presente caso, se configuró la causal 6ª del literal A del artículo 62 del CST, que a la letra dispone:

"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."

Para el efecto, se tiene que conforme lo reconoció el demandante en su interrogatorio de parte (CD fol. 85), su responsabilidad como Jefe de Negocio consistía en hacer la proyección de la venta y el pedido para cubrir la demanda de esta, así como programar los auxiliares que se encargaran de atender a los clientes y abastecer la nevera.

Igualmente, de las testimoniales allegadas al proceso (CD fol. 101), se advierte que el 21 de mayo de 2017, hacia el medio día, la nevera se encontraba desabastecida de pollo fresco, en la medida que el producto disponible para la venta se había agotado por la insuficiencia de pedido.

Con base en lo anterior, el Juzgado de primera instancia, concluyó que en efecto se encontraba acreditado que el demandante cometió la falta que se le endilga al encontrarse a su cargo la realización de los pedidos para la venta, lo cual en todo caso no consideró que fuera de tal gravedad para dar lugar a un incumplimiento grave de las obligaciones encomendadas al trabajador, conclusión que comparte esta Sala de decisión, pues de lo afirmado por la testigo Khaterina Guerrero, allegada por la propia demandada, se tiene que si bien el domingo 21 de mayo de 2017 hubo una pérdida de ventas de alrededor de $600.000, o lo que es lo mismo, del 50% del pollo fresco en comparación con días anteriores, lo cual soporta la testigo en las documentales que allegó y que fueron adosadas a folios 90 y s.s., lo cierto es que dicha pérdida económica no resulta tan representativa para la Colegiatura, como lo quiere hacer ver la parte apelante.

Lo anterior, porque el establecimiento en donde prestaba sus servicios el actor, no se dedicaba exclusivamente a la venta de pollo fresco, en tanto que se trata de un Supermercado como bien lo reconoció la demandada, el cual como su nombre lo indica, se dedica a la venta de todo tipo de víveres, de suerte que la pérdida económica alegada no puede verse solamente desde la perspectiva de la sección de pollo y congelados, sino también teniendo en cuenta todos los productos que hacen parte del negocio de las ventas de dicho local.

Igualmente, ha de considerarse que como lo dijo la testigo Katherina Guerrero, en calidad administradora del Supermercado Mazuren, dicho establecimiento tiene una venta mensual de alrededor de $1.600.000.000, de manera que un promedio diario de ventas representa para el negocio un total de $53.333.333, por lo que, la pérdida de $600.000 que se le endilga al demandante no resulta ser superior al 1,125% del 21 de mayo de 2017.

Por tanto, a pesar de que el Supermercado Mazuren sea uno de los 3 más importantes de la demandada en términos de ventas, y tenga una afluencia considerable de clientes por su ubicación estratégica , y más un día domingo en que se ofrecen promociones de diversos productos como en el caso del pollo fresco, según lo aducido en el recurso, ello por sí solo no permite concluir que la falta cometida por el actor pueda advertirse como grave, pues al ser analizada la pérdida económica desde el punto de vista porcentual, en relación con la venta total, se advierte que la misma para el negocio no fue muy significativa.

A lo anterior, se suma que como lo dijo el Despacho, en el presente caso no se encuentra demostrado el daño a la imagen del Supermercado Mazuren, pues aunque los testigos mencionaron que el 21 de mayo de 2017, se presentaron quejas de

distintos clientes ante el desabastecimiento del pollo fresco, lo cierto es que no se observa que ello haya trascendido mas allá de unas protestas verbales, en tanto que no se advierte que la falta de pedido haya generado la pérdida del cliente o haya motivado una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio relacionada con una falta de inventario o con publicidad engañosa.

Por manera que, contrario a lo dicho por el apelante tanto en su alzada como en sus alegatos de conclusión, no encuentra demostrado la Sala que la imprecisión del trabajador en relación con el pedido del pollo fresco, que devino en un desabastecimiento de la nevera para el día 21 de mayo de 2017, hubiere generado un daño económico o en la imagen del negocio de tal envergadura, que permita concluir que el demandante claramente incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales, y menos aun cuando en el presente caso no se allegaron documentos o cualquier otra prueba, que demuestren que el trabajador recibió capacitación para el desempeño de la labor y en cuál era el procedimiento específico para desarrollar la función relacionada con el pedido y abastecimiento de pollo fresco, lo cual resulta importante en aras de verificar que a pesar de ser capacitado sobre el mismo por parte de la encartada como es su obligación, no lo atendió constituyendo en esa medida una grave negligencia.

Ahora, si bien la antigüedad del trabajador no puede ser un obstáculo para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, ante un incumplimiento grave de las obligaciones y las prohibiciones que incumben a éste de acuerdo a la Ley, el reglamento y el contrato, como se indica en la alzada, lo cierto es que en este caso en particular la empleadora sí debió valorar la conducta que el señor Asarías Segundo Valencia tuvo a lo largo de tantos años de servicios, la cual conforme a lo dicho por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, no generó más que algunos llamados de atención verbales, que además, dicho sea de paso, no se evidencia que fueren por la misma causa que dio lugar a la terminación del vínculo, en tanto que la reincidencia en la conducta reprochable del trabajador es la que puede dar lugar a la gravedad de la falta, que como se dijo en el *examine* no tuvo lugar, pues como quedó probado solo se trató de un solo hecho ocurrido el 21 de mayo de 2017.

Por lo anterior, concluye la Sala que no se equivocó el Juzgado de primera instancia al no calificar la falta cometida por el trabajador como grave, por lo que sí resulta procedente catalogar el despido como injusto y dar paso a la indemnizaicón reclamada, máxime que no se hace ningún otro reproche a las demás consideraciones proferidas por el *a quo*, por lo que tampoco es atendible el argumento presentado en los alegatos de conclusión en relación con la calificación de la falta como grave en el Reglamento Interno de Trabajo, que dicho sea de paso, no obra en el proceso.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de abril del 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CHARLIN DANIELA CASTILLO***
DEMANDADO:	***COLEGIO DE LOS ANDES LTDA.***
RADICACIÓN:	***1100131050-28-2017-00802-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Charlin Daniela Castillo instauró demanda ordinaria contra el Colegio de los Andes Ltda. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual fue terminado sin justa causa por el empleador, así como que la demandada adeuda las siguientes sumas dinero: $180.267 por los salarios de los días comprendidos entre el 26 y el 29 de enero de 2015, $495.946 por concepto de descuentos injustificados, $6.670.000 a título de indemnización por despido sin justa causa, $65.000 por dotación, junto con la indemnización moratoria y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 26 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato a término fijo con la demandada el 26 de enero de 2015, con el objeto de desempeñar el cargo de Docente de Inglés en sus instalaciones; el 30 de enero de 2015 el señor Álvaro E. Sánchez Mojica le indicó a sus compañeros y a ella, que los días comprendidos entre el 26 y el 30 de enero de 2015 no serian remunerados, en tanto los mismos hacían parte de la capacitación docente; el salario devengado ascendió a la suma de $1.352.000 pagaderos de manera mensual; el 18 de marzo de 2015, su empleadora hizo entrega de un memorando aduciendo el reiterado incumplimiento del horario de trabajo, aun cuando el mismo no fue establecido en el contrato de trabajo, por manera que presentó su inconformidad mediante correo electrónico; prestó sus servicios entre las 6:30 a.m. y las 2:30 p.m. sin derecho a descanso; debió comprar el uniforme de dotación por valor de $65.000; el 6 de mayo de 2015, recibió de la señora Melissa Marín memorando en el que se le imputaba el cargo de abuso de confianza, por sustraer artículos de la institución; el 22 de julio de 2015, fue terminado su contrato de trabajo por parte de la demandada, aduciendo la causal *"asistir puntualmente a*

clases" y *"abuso de confianza"*, sin observar su derecho al debido proceso; el 10 de julio de 2015, recibió el pago de su liquidación de prestaciones sociales, en la cual se efectuó el descuento injustificado de $495.946.

2. Contestación del COLEGIO DE LOS ANDES LTDA. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la actora, argumentando que la terminación del contrato de trabajo se produjo por justa causa, con ocasión a los reiterados incumplimientos por parte de la trabajadora de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias. Agregó que no puede invocarse como causa de los reiterados retardos, el desconocimiento del horario de trabajo, que en todo caso se señala en el hecho séptimo de la demanda.

Precisó que la trabajadora no puede desconocer que sin autorización retiró de las instalaciones del Colegio un elemento de la institución; que no se dedujo ninguna suma de dinero distinta a las legalmente previstas y autorizadas por la trabajadora y que el contrato se suscribió a partir del 30 de enero de 2015.

Propuso como excepciones de fondo las de terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador diferente a la imposición de sanción disciplinaria, cobro de lo no debido y la genérica. (fols. 44 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de agosto del 2019, en la que el Juzgado declaró probadas las excepciones denominadas terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a la demandante. (CD fol. 93).

Su decisión se basó en que conforme al artículo 101 del CST los contratos celebrados con los docentes de establecimientos particulares se presumen celebrados por el tiempo del año escolar, a menos que las partes hubieren estipulado algo distinto.

Dijo que conforme a la documental obrante en el proceso, se pactó como duración del vinculo laboral celebrado entre las partes 10 meses contados desde el 30 de enero de 2015, de manera que el empleador se encontraba obligado a pagar el salario desde dicha data, luego, el hecho de que la demandante hubiere asistido a las instalaciones de la encartada 4 días antes, no da lugar al pago de ninguna remuneración adicional.

De otro lado, señaló que la demandante demostró que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral de la encartada, quien adujo como justas causas el incumplimiento reiterado de la cláusula 4ª literal c) del contrato de trabajo, esto es, asistir puntualmente a clases, y abuso de confianza originado el 30 de abril de 2015, por haber tomado la demandante elementos de la institución sin la debida autorización de la institución; además precisó que revisado el contrato de trabajo se tiene que en la cláusula 8ª, las partes pactaron como falta grave que acarrea la terminación del contrato de trabajo, la violación de las obligaciones contenidas en las cláusulas 1ª y 4ª.

Igualmente, señaló que el despido no es una sanción disciplinaria, de manera que la demandada conforme a la potestad que le fue otorgada dio por terminado el contrato de trabajo, sin que fuere necesario seguir un proceso disciplinario, como lo ha establecido la CSJ.

En ese orden, adujo que del interrogatorio de parte se tiene que la trabajadora reconoció que su jornada laboral iniciaba a las 6:30 a.m. y terminaba a las 12:00 m., por tanto, de los memorandos allegados por la actora y la respuesta que ella suministró a los mismos, se observan un total de 12 retardos durante los meses de marzo, abril y mayo de 2015, así como dos días de ausencia el 6 de marzo y el 5 de mayo de 2015, lo cual constituye una falta grave, máxime que no son atendibles las justificaciones dadas por la convocante.

En lo que respecta al abuso de confianza, dijo que dicha justa causa no podía ser aducida por la demandada, en tanto no obra decisión judicial que atribuya tal delito a la demandante.

Por tanto, concluyó que se encuentra acreditado uno de los motivos señalados por la convocada en la carta de despido, hecho que hace improcedente la indemnización reclamada, en la medida que el despido de la trabajadora lo fue con justa causa.

Respecto al descuento realizado a la convocante, señaló que el mismo se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el artículo 50 del CST, pues fue realizado para un préstamo del fondo de empleados del colegio demandado, que fue claramente autorizado por la convocante.

Finalmente, dijo que la actora no era merecedora de ninguna dotación, por cuanto su salario superaba el monto de 2 SMLMV, de suerte que el empleador no estaba obligado a dicha prestación en los términos del artículo 230 del CST.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que *"hubo despido injustificado debido a que la demandada simplemente hizo una enuncia (sic) de que mi poderdante sacó elementos de la institución educativa, cuando solamente los tomó de la biblioteca, y debe ser una carta motivada para poder hacer el despido injustificado"* (C.D. fol. 93).

5. Alegatos de conclusión demandante. Indicó en resumen que el juzgado de primera instancia se equivocó al negar que el contrato de trabajo inció desde el 26 de enero de 2015, fecha esta en la cual comenzó a prestar sus servicios la demandante.

De otro lado, dijo que la terminación del contrato laboral carece de motivación, en primer lugar, porque se debió indicar la norma en la cual se sustentó el despido, y en segundo lugar, porque debe hacerse una relación específica y detallada de los hechos por los cuales se realizó el mismo. Igualmente, dijo que la parte demandada no aportó o siquiera demostró que siguió un debido proceso, así como que el despido tuvo lugar respetando los derechos constitucionales y laborales.

6. Alegatos de conclusión demandada. Indicó que la trabajadora rindió descargos respecto de los hechos en los que fue sustraída una película de las instalaciones del Colegio como está consignado en la comunicación de 13 de mayo de 2015. De igual manera, dijo que la señora CASTILLO ya había recibido un memorando el 18 de marzo de 2015, por el reiterado incumplimiento de su horario de trabajo.

En ese orden, adujo que estas conductas fueron suficiente razón para que el Colegio diera por terminado el contrato de trabajo con justa a la demandante, en virtud de los dispuesto en el artículo 62 de C.S.T.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente .

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La carta de despido emanada de la encartada carece de motivación, y por ende, la terminación del contrato de trabajo celebrado entre las partes se tornó injusto?

De la existencia de la relación laboral y su terminación

No existe discusión en esta instancia frente a la declaratoria de existencia de relación laboral entre las partes, regida por un contrato de trabajo celebrado con profesor de establecimiento particular, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de docente en el Área de Humanidades-Inglés preescolar y primaria, cuya duración se estipuló entre el 30 de enero de 2015 y el 30 de noviembre de la misma anualidad, pues en la alzada no se enuncia ningún reparo frente a esta decisión del juez primigenio.

Los anteriores hechos son además corroborados por esta colegiatura con las pruebas arrimadas al informativo, como se advierte del contrato de trabajo, visible a folio 7.

Igualmente, se encuentra probado que la demandada, mediante misiva del 22 de junio de 2015, dio por terminado el vínculo laboral a partir de la fecha en mención, como se observa de la documental visible a folio 11.

Del despido injusto aducido por la trabajadora

De la interpretación del recurso de apelación formulado por la parte actora, entiende la Sala que la inconformidad de la recurrente con el fallo de primera instancia radica en que en contrario a lo decidido, en el presente caso sí existió despido sin justa causa, en tanto que de la carta mediante la cual la demandada finiquitó el vínculo, no se advierte la debida motivación para el efecto.

Para desatar el reparo planteado, debe la Sala rememorar que de tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que para el evento del despido, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron.

Igualmente, se tiene que el parágrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos; artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-594 de 1997, siendo enfática respecto a que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar el contrato, no siendo suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

Igualmente la CSJ, entre otras, en la sentencia SL005-2019, indicó que el empleador no se encuentra compelido a citar la norma en que se adecuen los hechos invocados como fundamento de la justa causa, pues *"basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador y que dieron lugar a su despido, de manera que le permitan en ese momento*

conocer los móviles que generaron esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al Juez de trabajo verificar si dichos motivos invocados están o no tipificados en el ordenamiento legal aplicable."

En el presente caso, no existe duda que la parte convocada fue quien dio por terminado el contrato de trabajo existente con la demandante, como se observa de la carta de fecha 22 de junio de 2015, en la cual le indicó a la trabajadora lo que a continuación se transcribe:

> *"De acuerdo al memorando UNO con fecha 18 de Marzo de 2015, donde se le solicita por parte de su jefe inmediato "Coordinadora Melissa Marín Silva" se sirva explicar el incumplimiento reiterado de la CLAUSULA CUARTA LITERAL C del contrato de trabajo, "Asistir puntualmente a Clases". (sic) Fue contestado hasta el día 13 de Mayo de 2015. Sus explicaciones no fueron satisfactorias.*
>
> *El segundo memorando de fecha 6 de Mayo de 2015 y su correspondiente respuesta fechada el 13 de Mayo de 2015 de igual manera no evidencia un compromiso serio para el cumplimiento de su contrato de trabajo siendo sus explicaciones NO satisfactorias.*
>
> *Por otra parte, el tomar cualquier elemento de la institución sin la debida autorización (memorando 2) siguiendo el conducto regular, tipificó el abuso de confianza que se dio por parte suya el día jueves 30 de abril.*
>
> *Como Rector de la institución COLEGIO DE LOS ANDES LTDA. y después de haber analizado detenidamente los reportes y los hechos presentados en cada uno de los memorandos y los correspondientes descargos que usted hizo, concluyo claramente el reiterado incumplimiento de los compromisos firmados. En consecuencia y de acuerdo a lo estipulado en el contrato de trabajo firmado entre las partes se evidencia JUSTA CAUSA para dar por terminado el mismo a partir de la fecha (…)"* (fol. 11).

De lo anterior, se advierte que contrario a lo afirmado en la alzada, la parte demandada sí motivó la carta de despido, pues nótese que soportó su decisión por una parte, en el incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo, esto es, asistir puntualmente a clases, cuyas explicaciones de la trabajadora no resultaron de recibo para la empleadora, y por otra parte, expuso que la demandante tomó material de la institución convocada, sin la debida autorización y agotamiento del procedimiento regular para el efecto, conducta que además, catalogó de abuso de confianza por parte de la trabajadora.

Por tanto, no puede la Sala calificar el despido de la convocante como injusto por la falta de motivación de la carta, como se pretende en el recurso de apelación, por cuanto la demandada sí indicó las razones concretas que se le imputaron a la trabajadora para dar por terminado su contrato de trabajo.

Ahora bien, en el presente caso el Juzgado de primera instancia concluyó que uno de los motivos aducidos por la demandada para dar por terminado el vínculo se encontraba probado, pues dijo que en efecto la trabajadora incumplió su deber de asistir puntualmente a clases, lo cual a la luz de la clausula 8ª del contrato de trabajo constituyó una falta grave, que a su vez se encuentra tipificada como justa causa de despido en el numeral 6º literal A del artículo 62 del CST, por tanto, la Sala habrá de confirmar dicha consideración, en tanto que la demandante no la discutió a través del recurso de apelación.

Así las cosas, se torna innecesario estudiar el otro motivo aducido por la encartada para la terminación del contrato de trabajo, razón por la cual no queda otro camino que confirmar el fallo atacado, no sin antes precisar respecto de los alegatos de

conclusión allegados por la demandante que los mismos no han sido considerados en su totalidad, en tanto algunos puntos desbordan el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de agosto del 2019, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CILIA PATRICIA NOVOA CELI***
DEMANDADO:	***NTN 24 S.A.S.***
RADICACIÓN:	***1100131050-24-2018-00633-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO TÉRMINO FIJO-INDEMNIZACIÓN DESPIDO INJUSTO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Cilia Patricia Novoa Cely instauró demanda ordinaria contra NTN 24 S.A.S. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 15 de mayo de 1998, el cual se ejecutó hasta el 14 de septiembre de 2018, fecha esta en la que fue terminado sin justa causa imputable al empleador; en consecuencia, se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa equivalente al valor de los salarios que se causen hasta el mes de mayo de 2019, junto con los intereses legales más altos, la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de trabajo a término fijo con TRR Televisión, por un término de 4 meses, contados desde el 15 de mayo de 1998, de manera que su fecha de terminación estaba establecida para el 14 de septiembre de 1998; que el contrato de trabajo se prorrogó indebidamente y sin atender lo establecido en el articulo 42 del CST, pues las primeras dos prórrogas atendieron el término inicialmente pactado (4 meses), pero desde la tercera prórroga no se renovó por el término de un año y así sucesivamente; que desempeñó el cargo de periodista y tuvo como último salario la suma de $2.340.000; que en vigencia del contrato de trabajo tuvo lugar la figura de la sustitución patronal; que el 09 de agosto de 2018, recibió comunicación de la demandada, en la cual se le indicó que su contrato de trabajo vencía el 14 de septiembre de 2018, cuando en realidad la fecha de vencimiento lo era el 14 de mayo de 2019, de suerte que la terminación obedeció a una decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada; que elevó

reclamación de la indemnización aquí peticionada el 26 de septiembre de 2018, sin embargo, la misma fue negada mediante comunicación de fecha 2 de octubre de 2018.

2. Contestación de NTN 24 S.A.S. Contestó la demanda aceptando la existencia de la relación laboral y oponiéndose a las demás pretensiones, argumentando que el contrato de trabajo a término fijo de cuatro meses suscrito con la demandante, finalizó por la causa legal y objetiva prevista en el literal c del artículo 61 del CST, como lo es la expiración del plazo fijo pactado, previa remisión de la misiva en que se le informó con más de 30 días de anterioridad a la fecha de vencimiento, sobre la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo.

Agregó que el contrato se prorrogó en 3 oportunidades por el término inicialmente pactado, y posteriormente, a partir de la cuarta prórroga, las renovaciones correspondieron al lapso de un año, en atención a lo establecido en el artículo 46 del CST. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho. (fols. 37 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de agosto del 2019, en la que el Juzgado declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 15 de mayo de 1998 y el 14 de septiembre de 2018, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas por la actora y le condenó en costas (CD fol. 71).

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, su modalidad y el último salario devengado, en tanto la demandada lo aceptó en la contestación de la demanda, por manera que se encuentra acreditado que entre las partes existió un contrato a término fijo desde el 14 de mayo de 1998, el cual se pactó inicialmente por un término de 4 meses, teniendo como última asignación $2.340.000, lo cual también se corrobora de los documentos allegados al proceso.

Dijo que el contrato fue terminado mediante comunicación del 9 de agosto de 2018, en la que la empleadora le indicó a la demandante, que por motivos de reestructuración se decidió no prorrogar el vínculo, el cual terminaba el 14 de septiembre de 2018.

Señaló que verificadas las prórrogas del contrato de trabajo se tiene que una vez vencido el término inicialmente pactado, éste se prorrogó por ese lapso en tres ocasiones, y después se prorrogó por el término de un año hasta el 14 de septiembre de 2018, fecha en la cual finalizó por la causa legal y objetiva del vencimiento de plazo pactado, pues desde el 9 de agosto de 2018, la encartada le había informado a la trabajadora, que su contrato no se prorrogaría mas allá de la ultima fecha anotada, lo cual atendió los términos del artículo 46 del CST.

Precisó que se equivoca la parte actora en afirmar que el contrato realmente terminaba el 14 de mayo de 2019, pues no está realizando una debida interpretación de la norma en mención, en tanto que la duración de un año solo tiene lugar después de las tres primeras prórrogas, ya que el término inicial de 4 meses no tiene esa connotación.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que *"las fechas y las formas en que se prorrogaron los contratos y la interpretación que se está dando al artículo 46 no corresponde a varias aplicaciones que se han hecho y a varias sentencias que han dado origen a este tipo de situaciones, por ello sustento mi petición*

en que el estudio se debe hacer conforme a lo que corresponde a la realidad y a las fechas establecidas en los contratos."

5. **Alegatos demandante.** La parte actora indicó que estuvo vinculada con la encartada un total de 20 años, por lo que en la realidad lo que existió entre las partes fue un contrato a término indefinido, no obstante, la demanda no se encaminó para mostrar esa realidad. Agregó que resulta injusto que un trabajdor que prestó servicios por tanto tiempo, sea desvinculado sin el más minimo reconocimiento de los beneficios legales. Finalmente, hizo referencia a la sentencia SL1064-2018.

6. Alegatos demandada. Dijo que el apoderado de la demandante no precisó la finalidad de su recurso apelación, y delimitó su intervención a la inconformidad presentada frente a la contabilización de las prórrogas dispuestas por la Juez de Primera Instancia, omitiendo en todo caso su obligación de argumentar sus razones y manifestarse respecto a todas las pretensiones no concedidas por el *a quo*.

Adujo que se encuentra de acuerdo con la forma en como el Juzgado definió las prórrogas del contrato existente entre las partes, precisando que el mismo terminó por el vencimiento del plazo pactado, lo cual implicó la debida notificación del preaviso dentro del término de ley, siendo claro que el mismo finiquitó el 14 de septiembre de 2018. Por ello, solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Contrario a lo afirmado por el Juzgado de primera instancia, el contrato de trabajo existente entre las partes se prorrogó hasta el 14 de mayo de 2019, y, por ende, su terminación lo fue por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador?

De la existencia de la relación laboral

No existe discusión en esta instancia frente a la declaratoria de existencia de relación laboral entre las partes, regida por un contrato de trabajo celebrado a término fijo inferior a un año, siendo pactado por el término de duración de 4 meses, cuyo extremo inicial corresponde al 15 de mayo de 1998, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de periodista, siendo su último salario la suma de $2.340.000, pues en la alzada no se enuncia ningún reparo frente a esta decisión del juez primigenio.

Los anteriores hechos son además corroborados por esta colegiatura con las pruebas arrimadas al informativo, dentro de las cuales se encuentra la confesión de la pasiva dentro del escrito de contestación de la demanda, y el contenido de las pruebas documentales tituladas contrato de trabajo (fols. 10 y s.s.), liquidación de prestaciones sociales (fol. 17) y certificación laboral expedida por la encartada el 14 de septiembre de 2018 (fol. 18).

De la fecha de terminación del contrato y la indemnización reclamada.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, debe rememorar la Sala que conforme al artículo 46 del CST *"El contrato de trabajo a término fijo debe constar*

siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. 1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente…" (Subraya fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que las partes celebraron el contrato de trabajo por un período de 4 meses, contado desde el 15 de mayo de 1998, en consecuencia, el término inicial fenecía el 14 de septiembre de 1998, vencido el cual, podía ser objeto de hasta tres prorrogas consecutivas por el mismo periodo pactado inicialmente y luego renovable indefinidamente, por un término no inferior a un año.

De cara a los expuesto se tiene que, las prórrogas de 4 meses tuvieron lugar, así: la primera prórroga del contrato tuvo lugar desde el 15 de septiembre de 1998 hasta el 14 de enero de 1999; la segunda prórroga, desde el 15 de enero de 1999 hasta el 14 de mayo de 1999; la tercera prórroga, desde el 15 de mayo de 1999 15 de mayo de 1999 hasta 14 de septiembre de 1999.

A partir de la última data mencionada, el contrato continuó renovándose por períodos de un año, desde el 15 de septiembre de 1999 hasta el 14 de septiembre de 2018.

Para una mejor comprensión, se discriminan las fechas de la siguiente manera:

DESDE	HASTA	NÚMERO DE PRORROGA	TÉRMINO DE PRORROGA
15 de mayo de 1998	14 de septiembre de 1998	No hay	Es término inicial
15 de septiembre de 1998	14 de enero de 1999	1	4 meses
15 de enero de 1999	14 de mayo de 1999	2	4 meses
15 de mayo de 1999	14 de septiembre de 1999	3	4 meses
15 de septiembre de 1999	14 de septiembre de 2000	4	1 año
15 de septiembre de 2000	14 de septiembre de 2001	5	1 año
15 de septiembre de 2001	14 de septiembre de 2002	6	1 año
15 de septiembre de 2002	14 de septiembre de 2003	7	1 año
15 de septiembre de 2003	14 de septiembre de 2004	8	1 año
15 de septiembre de 2004	14 de septiembre de 2005	9	1 año
15 de septiembre de 2005	14 de septiembre de 2006	10	1 año
15 de septiembre de 2006	14 de septiembre de 2007	11	1 año
15 de septiembre de 2007	14 de septiembre de 2008	12	1 año
15 de septiembre de 2008	14 de septiembre de 2009	13	1 año
15 de septiembre de 2009	14 de septiembre de 2010	14	1 año
15 de septiembre de 2010	14 de septiembre de 2011	15	1 año
15 de septiembre de 2011	14 de septiembre de 2012	16	1 año
15 de septiembre de 2012	14 de septiembre de 2013	17	1 año
15 de septiembre de 2013	14 de septiembre de 2014	18	1 año
15 de septiembre de 2014	14 de septiembre de 2015	19	1 año
15 de septiembre de 2015	14 de septiembre de 2016	20	1 año
15 de septiembre de 2016	14 de septiembre de 2017	21	1 año
15 de septiembre de 2017	14 de septiembre de 2018	22	1 año

Es preciso advertir que, finalizado el último período anotado, el contrato no se prorrogó, en tanto que la encartada avisó a la trabajadora su intención de no renovar el contrato

mediante misiva del 9 de agosto de 2018, esto es, con más de 30 días de anticipación, veamos:

> *"por motivos de restructuración la Empresa ha decidido no prorrogar su contrato de trabajo a término fijo, que vence el 14 de septiembre de 2018."* (fol. 12)

La anterior comunicación fue recibida por la demandante, como ella misma lo reconoció en su interrogatorio de parte (CD fol. 71).

Así las cosas, considera la Sala que contrario a lo afirmado en la alzada, el Juzgado interpretó y aplicó adecuadamente el contenido del artículo 46 del CST, pues quedó demostrado que la accionada cumplió con la ritualidad allí impuesta, que prevé la posibilidad de terminar el contrato a término fijo preavisando al trabajador con mínimo 30 días de antelación, configurándose la causa legal de terminación del contrato consagrada en el literal c) del art. 61 del mismo estatuto denominada "expiración del plazo fijo pactado'', la cual no da lugar al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa estatuida en el artículo 64 ibídem.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto del 2019, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

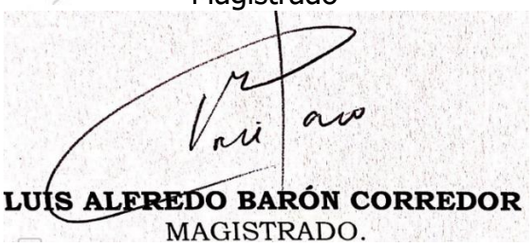
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***OLGA LUCIA ARMERO MULKY***
DEMANDADO:	***LA PREVISORA S.A.-PATRIMONIO AUTÓNOMO PÚBLICO CAJA AGRARIA PENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-19-2012-00204-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-UGPP***
TEMA:	***PAGO RETROACTIVO PESIONAL***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. OLGA LUCÍA ARMERO MULKY instauró demanda ordinaria contra la PREVISORA S.A.-PATRIMONIO ATÓNOMO PÚBLICO-CAJA AGRARIA PENSIONES con el fin de que se condene a la demandada a la devolución de la suma de $14.828.846, abonada por el ISS a la Caja Agraria en Liquidación en la cuenta de ahorros No. 108200092849, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el entonces ISS mediante acto administrativo del año 2001, reconoció a su favor una pensión de vejez y ordenó pagar la suma de $14.828.846 a título de retroactivo pensional causado entre el 10 de mayo de 1997 y el 31 de octubre de 2001, con destino a la Caja Agraria en Liquidación; que el 19 de septiembre de 2002, solicitó a la Caja Agraria en Liquidación depositar a su favor el valor del retroactivo pensional que le fue girado por el ISS, por cuanto la pensión de vejez reconocida por el administrador del RPMPD era compatible con la pensión de jubilación convencional reconocida a su favor por la Caja Agraria; que el entonces ISS mediante comunicación de fecha 8 de octubre de 2003 le indicó que el retroactivo pensional aquí reclamado fue abonado a la Caja Agraria en Liquidación en la cuenta de ahorros 108200092849; que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia dio cumplimiento a decisión judicial en la que se ordenó la devolución de los dineros descontados por efectos de la compartibilidad pensional mediante Resolución 590 del 3 de marzo de 2011, no obstante, en dicho acto administrativo no se ordenó la devolución de la suma de $14.828.846 que trasladó el ISS por concepto de retroactivo de la pensión de vejez; que contra la anterior resolución formuló el recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable mediante la Resolución 1686 del 30 de junio de 2011; que

elevó reclamación administrativa ante el Patrimonio Autónomo de la Caja Agraria, solicitando el reconocimiento de la suma aquí peticionada, la cual fue resuelta en sentido negativo, bajo el argumento que si bien el Tribunal Superior de Bogotá ordenó revocar la compartibilidad pensional, y cancelar lo que se le había descontado, la suma anteriormente mencionada no fue señalada en ninguno de los apartes de la sentencia proferida por dicha Corporación; que elevó la misma petición ante Fogafín y el Banco Agrario de Colombia, quienes al contestar le manifestaron que la Fiduprevisora es la entidad que debe proceder a la devolución de los dineros discutidos.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 268), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la Fiduprevisora S.A.-Patrimonio Autónomo Público Caja Agraria Pensiones No. 31-0392. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones indicando que con la demandante no ha existido ninguna clase de relación o vínculo; además, que lo peticionado en la demanda escapa del objeto social del contrato de fiducia mercantil 3-10392 celebrado con el liquidador de la Caja Agraria, que dicho sea de paso, fue el convocado al proceso, pues el mismo fue creado para que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia realice todas las gestiones administrativas y operativas necesarias, a fin de que a través de acto administrativo reconozca o no las pensiones que estaban a cargo de la Caja Agraria, precisando además, que las sumas pretendidas hacen parte del pasivo cierto no reclamado. Propuso como excepciones de fondo las de ausencia de nexo causal, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, imposibilidad de dictar sentencia de fondo contra la entidad demandada, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, pago, cumplimiento de sentencia judicial, buena fe y la genérica. (fols. 45 y s.s.).

4. Contestación del Patrimonio Autónomo-PAR Caja Agraria Remanentes. Mediante auto del 1º de agosto del 2013 el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte del Patrimonio Autónomo-PAR Caja Agraria Remanentes. (fol. 251).

5. Contestación de la UGPP. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no se encuentra demostrado en el proceso que el dinero reclamado por la actora en efecto haya sido consignado por el ISS a la cuenta 108200092849, de manera que no se puede exigir a la UGPP el reconocimiento de sumas que no hacen parte de su haber. Agregó que de acuerdo con la comunicación Nº 255146 proferida por el Banco Agrario de Colombia, la cuenta bancaria anteriormente mencionada se encuentra cancelada desde el año 2007. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada, buena fe, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, no configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero, indemnización, ni moratoria, ni actualización de intereses, prescripción y la genérica. (fols. 292 y s.s., subsanación fols. 359 y s.s.).

6. Contestación del Fondo de Pasivo social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando que no es la entidad llamada a reconocer la suma dineraria reclamada, pues conforme al Decreto 2721 de 2008, asumió el pago de las pensiones y los fallos judiciales que estaban a cargo de la Caja Agraria, mientras se implementaba la UGPP, entidad que asumió dichas competencias por virtud de los

Decretos 255 de 2000, 2282 de 2003, 2127 y 2842 de 2013. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, prescripción y la genérica (fols. 411 y s.s.).

7. Contestación de La Nación-Ministerio del Trabajo-Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional-Fopep. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando que carece de competencias constitucionales o legales para reconocer derechos pensionales y determinar de manera autónoma el pago de sumas relacionadas con dicho concepto. Agregó que la UGPP asumiría el reconocimiento y administración de los derechos pensionales y prestaciones económicas que por disposición legal dejarían de reconocer otras entidades, como es el caso del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Finalmente, señaló que el FOPEP es un mero pagador de las pensiones reconocidas por la UGPP y las demás entidades subrogadas en el pago de las diferentes cajas o fondos insolventes del sector público nacional que determine el gobierno. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica (fols. 495 y s.s.).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de marzo del 2019, en la que la falladora de primera instancia condenó a la UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante la suma de $14.828.647 a título de retroactivo pensional debidamente indexada al momento del pago, absolvió a las demás demandadas de las pretensiones invocadas en la demanda, condenó en costas a la UGPP y la absolvió de las demás pretensiones, declarando no probadas las excepciones propuestas. (CD fols. 512).

Su decisión se basó en que conforme al artículo 9º del Decreto 2721 de 2008, mientras se implemente la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, que tendrá a su cargo el reconocimiento de las pensiones y la administración de la nómina de pensionados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación, el Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reconocerá las pensiones que estaban a cargo de la Caja Agraria en Liquidación, las cuotas partes pensionales que correspondan y adelantará las labores de revisión y revocatoria de pensiones, para lo cual se subrogará en la administración del contrato Fiduciario que la Caja Agraria en Liquidación celebre para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de la nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor.

Igualmente, sostuvo que de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 575 de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.

En ese orden, señaló que la UGPP es la entidad encargada de reconocer las pretensiones elevadas en el escrito de demanda, más aun cuando se encuentra demostrado que a la parte actora le fue reconocida pensión de vejez desde el 10 de mayo de 1997 conforme al Acuerdo 049 de 1990, generándose un retroactivo pensional que fue girado a la Caja Agraria por haber ésta reconocido una pensión de

jubilación a la demandante, que en todo caso conforme a decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá es compatible con la prestación de vejez.

Finalmente, dijo que debe reconocerse la indexación de las sumas adeudadas, lo cual hace improcedente el pago de los intereses moratorios reclamados en la demanda.

9. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que: *"solicito se tenga en cuenta que hay una demora bastante larga en relación con el pago y que los dineros fueron recibidos por la Caja Agraria, el Banco Agrario etc, como se encuentra demostrado en el proceso, por lo tanto, solicito se tenga en cuenta en razón a que se trata de mesadas pensionales que fueron descontadas y que no fueron pagadas a la demandante, por lo tanto, de acuerdo con la Ley 100 artículo 141 se deben cancelar los intereses moratorios desde la fecha en que fueron descontados hasta la fecha de pago, o sea el ingreso a nómina."*

Por su parte formuló recurso de apelación la **UGPP** indicando que se revise *"el respectivo expediente y analice todas las pruebas, todas vez que este Despacho pasa por alto la comunicación emitida o redactada por el Banco Agrario No. 255146 en el cual indica que esa cuenta aludida se encuentra cancelada desde el año 2007, dicha comunicación con fecha del 5 de octubre del 2011, firmada por la gerencia del servicio al cliente, es por esta razón que la defensa no comparte los argumentos expuestos por el despacho judicial y por tal razón se solicita que dicha sentencia sea revocada y se absuelva a mi representada."* (CD fol.512).

10. Alegatos demandante. Solicitó acceder al reconocimiento de las sumas pretendidas con cargo a la UGPP, por tratarse de la entidad encargada de ordenar la devolución de las mismas; asimismo, peticionó que se acceda a los intereses moratorios, la indexación y las sumas reconocidas.

11. Alegatos UGPP. Señaló que en el proceso no existe prueba que pueda demostrar que las sumas dinerarias reclamadas por la actora fueron efectivamente consignadas en la cuenta 108200092849 que se aduce en el proceso, por lo que no es procedente acceder a la devolución de las mismas.

Agregó que en todo caso, el Banco Agrario de Colombia certificó en el proceso que la aludida cuenta se encuentra cancelada desde el año 2007, por lo que no existe claridad absoluta sobre la consignación de los dineros a su favor. Por tanto, solicitó revocar la decisión proferida por el *a quo*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al condenar a la UGPP por el retroactivo pensional reclamado por la parte actora? y (ii) ¿Debe accederse a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 e 1993?

De la calidad de pensionada de la demandante

En el presente caso, se encuentra acreditado que mediante Resolución 3136 del 15 de febrero de 1984 la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoció a favor

de la demandante una pensión de jubilación convencional, a partir del 9 de mayo de 1983, en cuantía inicial de $34.578.23. (fols. 76 y s.s.).

Igualmente, se advierte que mediante Resolución 10444 del 10 de octubre de 2001 el entonces ISS reconoció a favor de la actora una pensión de vejez conforme a los términos del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 10 de mayo de 1997, en cuantía inicial de $175.806; además, sobre el retroactivo pensional causado hasta 31 de octubre de 2001 por valor de $14.828.846, ordenó su pago a favor de la Caja Agraria en Liquidación por ser la entidad que viene pagando el 100% de la jubilación en el mes de diciembre de 2001 (fol. 7).

Mediante Resolución 02190 del 25 de noviembre de 2002, la Caja Agraria en Liquidación, compartió con el ISS la pensión de vejez a la señora OLGA LIGIA ARMERO a partir del 10 de mayo de 1997 (fols. 88 y s.s.), no obstante, la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 28 de febrero de 2007, estableció que dichas prestaciones no pueden compartirse y, por ende, ordenó que la Caja Agraria en Liquidación pagar a la actora la totalidad de la pensión de jubilación, así como las sumas que le descontó cuando decidió compartir las pensiones, sin hacer mención del retroactivo pensional que recibió por parte del ISS.

De la condena impuesta a la UGPP a título de retroactivo pensional reclamado por la actora

En cuanto al reproche que la UGPP hace a la decisión de primera instancia, advierte la Sala que, conforme a la interpretación de los argumentos expuestos en la alzada, la encartada considera que no está llamada a asumir la suma reclamada por la demandante, por cuanto la misma no se encuentra en su poder, al haber sido cancelada la cuenta bancaria a la cual se giró, según certificación expedida por el Banco Agrario, que se encuentra debidamente adosada al expediente.

Al respecto, se tiene que conforme a las comunicaciones del 31 de julio de 2003 y del 20 de octubre de la misma anualidad, expedidas por el Instituto de Seguro Social (fols. 10 a 11), los dineros correspondientes al retroactivo de la pensión de vejez de la convocante por valor de $14.828.846, fueron abonados a la Caja Agraria en Liquidación, en la cuenta de Ahorros No. 108200092849, para la nómina de noviembre de 2001.

Igualmente, se informa a folio 35 en comunicación del 5 de octubre de 2011 expedida por el Banco Agrario de Colombia, que la cuenta No. 108200092849 aparece bloqueada desde el año 2007 a nombre de la Caja Agraria en Liquidación.

Frente a ello, ha de decir la Sala que dicha situación no es un argumento atendible para no acceder al reconocimiento de las sumas reclamadas, por cuanto no hay duda que el retroactivo pensional solicitado por la actora sí fue recibido por la Caja Agraria y entró en su haber por lo menos desde el año 2002, pues como se observa en la Resolución 02100 del 25 de noviembre de 2002, mediante la cual dicha entidad comparte la pensión de jubilación con la pensión de vejez reconocida por el ISS, se reconoce que recibió las sumas aquí reclamadas, lo cual se concluye porque allí se indica que el ISS ordenó el giro del retroactivo al patrono por valor de $14.828.847 por el período comprendido entre el 10 de mayo de 1997 y el mes de octubre de 2001, y solo reclama a la convocante los dineros que a su juicio pagó de más desde noviembre de 2001 hasta noviembre de 2002.

Así las cosas, al no existir duda que la suma dineraria reclamada fue recibida por la Caja Agraria sin ser su verdadero titular, por cuanto la pensión de jubilación a cargo de ésta no es compartible con la pensión de vejez que el ISS reconoció a la convocante, según decisión judicial, se concluye que en aras de evitar un enriquecimiento sin causa, en principio la UGPP debería asumir el pago del valor reclamado, más aun cuando dicha entidad no formula discusión sobre la obligación legal que a ésta le asiste respecto de la misma.

No obstante, no puede pasar por alto la Sala de Decisión que la accionante solicitó su reembolso ante la Caja Agraria el 30 de enero de 2002, como se advierte de la comunicación visible a folio 81, respecto de la cual la entidad en mención le requirió para que se allegaran unos documentos a fin de dar trámite a dicha solicitud; además, se observa que la convocante insistió en la devolución de las sumas aquí debatidas el 20 de septiembre, el 11 y el 30 de octubre de 2002, como dan cuenta las comunicaciones del 21 de octubre y del 12 de noviembre de 2002 (fols. 84 y 96), en las que, además, la Caja Agraria le informó que estaba efectuando el estudio de los respectivos documentos, a fin de decidir sobre su petición.

Ahora bien, observada la Resolución 02190 del 25 de noviembre de 2002 (fols. 88 y s.s.), advierte la Sala que en dicho acto administrativo la Caja Agraria dispuso no solo compartir la pensión de jubilación reconocida a la actora con su pensión de vejez, sino que además se negó a reconocer a su favor el retroactivo pensional que recibió por parte del ISS, pues en sus considerandos hizo suya la suma de $14.828.846 que le fue girada por dicha entidad, quedando así agotada la solicitud que había formulado la demandante en relación con su devolución.

Así las cosas, la actora tenía hasta el 25 de noviembre de 2005 -tres años después de expedida la Resolución 02190 del 2002- para reclamar por vía judicial el reconocimiento y pago de la suma anteriormente mencionada, no obstante, la demanda solo fue propuesta hasta el 12 de marzo de 2012, como se constata del acta de reparto (fol. 1), siendo claro que sobre ella ha operado la excepción de prescripción formulada por la demandada UGPP, en los términos del artículo 151 del CPT y de la SS.

En este punto, resulta importante advertir que el Juzgado se equivocó al considerar que la actora había interrumpido la prescripción con la reclamación que formuló el 4 de marzo de 2011 ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pues la primera petición que tuvo esa virtud, lo fue la elevada el 30 de enero de 2002, como ya se anotó.

En ese orden, habrá de declararse el medio exceptivo propuesto, lo cual resulta procedente por virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la UGPP, y en su lugar, se le absolverá de las pretensiones formuladas por la demandante.

Lo anterior, releva a la Sala de estudiar el problema jurídico relacionada con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción formulada por la UGPP sobre el retroactivo pensional reclamado por la señora Olga Ligia Armero Mulky y, en consecuencia, se absuelve a la entidad en mención de las pretensiones formuladas en la demanda.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen a cargo de la parte actora.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ROSA TULIA CAGUA CORTÉS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-3105-024-2018-00112-02***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA:	***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROSA TULIA CAGUA CORTÉS instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR, solicitando se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, así como que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, que tiene la condición de beneficiaria del régimen de transición y es merecedora de una pensión de vejez desde el 21 de marzo de 2014; como consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle una pensión de vejez, calculada sobre un IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, junto con los intereses moratorios, lo que se pruebe ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 5 de agosto de 1958 y al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad; se afilió al ISS el 10 de marzo de 1984, entidad a la cual aportó 886.29 semanas hasta el 30 de junio de 2001; el 24 de mayo de 2001, se afilió a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir; su traslado obedeció a una imposición por parte de su empleador Médicos Asociados, pues éste indicó a todos sus trabajadores que el ISS iba a desaparecer, motivo por el cual debían trasladarse al RAIS; al suscribir el formulario de afiliación ante la AFP, ningún asesor le informó los alcances jurídicos de su traslado, tales como la pérdida del régimen de transición, además, no se le presentó ningún tipo de proyección pensional ni se le señalaron los requisitos para pensionarse en el RAIS; a la entrada en vigencia del Acto

Legislativo 001 del 2005, cuanta con más de 1000 semanas y ha cotizado hasta la fecha un total de 1.740.29 semanas; solicitó ante las demandadas el traslado al RPMPD, peticiones que le fueron resueltas en sentido desfavorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 71); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, replicando que a la demandante se le suministró toda la información requerida sobre las características y diferencias entre el RAIS y el RPM, motivo por el cual su afiliación se realizó de forma autónoma y plenamente consciente. Que en proceso anterior (007-2015-00836) ya fueron resueltas las pretensiones aquí formuladas, de manera desfavorable a sus peticiones. Que la demandante al 1° de abril de 1994 no cuenta con 15 años de servicios cotizados. Propuso como excepción previa la de cosa juzgada y de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación. (fol. 106 y s.s.).

4. Contestación de Colpensiones. COLPENSIONES dio respuesta al líbelo introductor oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de su traslado al RAIS, pues los regímenes pensionales son de público conocimiento, dado que se encuentran regulados en la legislación colombiana. Que la accionante no acredita 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994, para que sea procedente un traslado en cualquier tiempo. Que el error de derecho no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, prescripción y la genérica. (fol. 83 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de agosto del 2019, en la que el Juzgado declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y que para todos los efectos legales siempre permaneció en el RPMPD; condenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la actora, junto con sus rendimientos; ordenó a Colpensiones reactivar su afiliación, así como actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros provenientes de Porvenir; igualmente, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante, en calidad de beneficiaria del régimen de transición y a la luz del Acuerdo 049 de 1990, una pensión de vejez, a partir de su desvinculación del sistema, con base en el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y una tasa de reemplazo del 90%, lo cual además, deberá hacerse una vez la AFP Porvenir traslade los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer condena en costas. (C.D. fol. 204 Hora 46:34).

Como fundamento de su decisión señaló que conforme al precedente definido por la CSJ, las AFP tienen el deber legal de información al momento en que un afiliado efectué el traslado de régimen pensional, so pena de ser declarado ineficaz dicho acto. Que la carga de la prueba establecida en el artículo 167 del CGP, radica en la AFP, la cual no fue atendida en el caso, pues no se aportaron elementos probatorios que dieran fe de la asesoría brindada a la actora cuando se trasladó al RAIS, siendo insuficiente el formulario de afiliación, en tanto contiene una manifestación muy genérica de la voluntad de la señora Cagua Cortés. Que la actora es beneficiaria del régimen de transición, en tanto al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años, además, acredita 1000 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 del 2005. Que al 5 de agosto del 2013, fecha en que completo 55 años, demuestra un total de 1516 semanas, por lo que causó su

pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990. Que conforme al interrogatorio de la accionante, ésta aún se encuentra cotizando al sistema, de manera que la prestación debe ser reconocida desde que se reporte la novedad de retiro, aplicando un IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o toda la vida laboral, según el más favorable, conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y una tasa de reemplazo del 90%. Que no se causan intereses moratorios, dado que por la falta de novedad de retiro no se ha incurrido en mora, amén que no se acredita la respectiva reclamación ante Colpensiones.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que en la fijación del litigio se determinó que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si era procedente la nulidad del traslado, lo cual resulta diferente a la ineficacia declarada por el Juzgado, pues ésta considera la inexistencia del acto jurídico por falta de información, mientras que aquélla implica retrotraer el acto por vicios del consentimiento. Que al momento del traslado de la convocante, el deber de información que radica en la AFP tenía unas exigencias legales distintas a las que actualmente se encuentran establecidas, por lo que el Juzgado no debió descartar el formulario de afiliación como prueba idónea, ya que se trata del documento oficial del traslado de la demandante avalado por la Superintendencia Financiera, en el cual se avizora que se le dio la información referente al régimen de transición. Que no debe darse aplicación al precedente, por cuanto los demandantes en los casos resueltos por la CSJ, ya tenían un derecho adquirido, lo cual no se ajusta a la situación de la demandante. Que no debe concluirse que la AFP desconoció su deber de información, por la simple afirmación de la demandante en su interrogatorio de no recordar los pormenores de la asesoría que le fue brindada, lo cual tampoco puede concluirse por no existir documentación adicional al formulario de afiliación. Que en el presente caso, como se fijó el litigio desde la nulidad de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir, se encuentra probada la excepción de prescripción y que ante la ratificación de esta de continuar vinculada al RAIS se saneó cualquier vicio que hubiere podido concurrir. (C.D. fol. 204 Hora 01:29:56).

Inconforme con la anterior decisión, la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación argumentando que obran dos reclamaciones administrativas elevadas ante Colpensiones, el 30 de abril del 2015 y el 21 de marzo del 2017, en las cuales se peticionó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por manera que procede el reconocimiento de dicha prestación desde las fechas indicadas. Que si bien la actora continuó cotizando al sistema, ello ocurrió porque en virtud de una proyección efectuada por la AFP Porvenir, debía continuar haciendo aportes hasta los 69 años para acceder al derecho a la pensión, siendo esta situación imputable a la administración. Que es procedente imponer costas en contra de Porvenir, dado que desconoció su deber de información. (C.D. fol. 204 Min. 01:25:31).

8. Alegatos demandante. Manifestó que tiene derecho a que se le reconozca la pensión a partir del 21 de Marzo de 2017 que corresponde a la fecha de la reclamación administrativa efectuada a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, toda vez que en dicha fecha ya tenía todos y cada uno de los requisitos para pensionarse con base en los criterios que prevé el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Además, dijo que si se encuentra cotizando a pensión es porque necesita trabajar para poder mantener su hogar, sumado a que esas cotizaciones posteriores a la reclamación administrativa no le van a servir para aumentar el Ingreso Base de Liquidación ya que las mismas se efectúan con base en un salario mínimo.

9. **Alegatos Colpensiones.** Señaló que no es procedente que se declare la nulidad del traslado ya que las pruebas arrimadas al proceso evidencian que la accionante se

encuentra afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, y consciente el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., siendo esta su actual administradora.

De otra parte, dijo que la actora nació el 5 de agosto de 1958, a la fecha de la reclamación contaba con 59 años, es decir que ya contaba con la edad para acceder a una pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, concluyendo con ello que no acredita los requisitos exigidos en la norma para que proceda el traslado de régimen.

Por otro lado, sostuvo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, situación que permite a un afiliado trasladarse al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, tampoco a la fecha del traslado contaba con una expectativa legítima, sino que por el contrario tenía una mera expectativa.

Finalmente, dijo que del interrogatorio de parte y los testimonios practicados, se puede extraer que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmó la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, pues su vocación de permanecer en el régimen privado se dio por un tiempo prolongado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y Porvenir se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se conocerá en consulta en favor de Colpensiones por no haber elevado recurso de apelación.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos secundarios: (i) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al resolver la controversia desde la ineficacia del traslado y no desde su nulidad, como lo había determinado en la etapa de fijación del litigio; (ii) ¿El hecho de haberse suscrito el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vi) ¿La actora tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague una pensión de vejez desde la fecha indicada en el recurso de apelación? y (vii) ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Porvenir?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Rosa Tulia Cagua Cortés cotizó al ISS entre el 10 de marzo de 1984 y el 30 de junio del 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 90 y s.s.), además, el 24 de mayo del 2001, firmó la solicitud de afiliación a la AFP Horizonte, conforme se observa en el respectivo formulario (fol. 125), traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de julio de 2001, según se constata en la documental visible a folio 153; así mismo, el 1° de enero del 2014, fue cedida por fusión a Porvenir, de acuerdo a lo informado por en la misma documental.

Ineficacia del traslado de régimen pensional- No nulidad

Sobre este tópico conviene precisar que si bien en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, estando en la etapa de fijación del litigio, el Juzgado estableció entre otras cosas, que el problema jurídico a resolver en el proceso, se circunscribía a determinar si es procedente declarar la nulidad del traslado de la actora al RAIS, no se debe desconocer que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Así las cosas, no resulta de recibo el reproche efectuado por Porvenir en su recurso de apelación, en cuanto a que el Juzgado se equivocó al analizar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS a través dicha AFP, pues acorde con el principio *iure nobit curia*, el Juez es quien debe establecer la norma o figura jurídica aplicable al caso, correspondiéndole a las partes probar los presupuestos fácticos expuestos en su demanda.

Del formulario de afiliación y el deber de información

Sea lo primero indicar que en este proceso no existe controversia en que la carga probatoria recae en la administradora de fondos de pensiones, por lo que no se hará ningún pronunciamiento al respecto.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e, incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, en virtud del principio de libertad probatoria.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A., como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Rosa Tulia Cagua, acerca de las diferentes modalidades de

pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Por manera que, con la simple leyenda contenida en el formulario de afiliación de la demandante, no es posible tener por acreditado el cumplimiento de esas obligaciones por parte de la AFP Porvenir como lo pretende el recurrente, pues el mismo no permite concluir que a la demandante se le suministró la asesoría que se requería en los términos señalados por la ley y la jurisprudencia.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.
Ahora bien, debe decirse que, al revisarse el interrogatorio rendido por la actora, a minuto 10:27 del audio contenido en el CD obrante a folio 204, esta no confesó haber sido asesorada en debida forma por la entonces AFP Horizonte hoy Porvenir; así nótese que según su dicho los asesores que visitaron su empresa, únicamente referenciaron que el ISS iba a desaparecer y que si no tenía deseos de pensionarse, podía solicitar la devolución de su dinero.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con**

un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** los **aportes** efectuados por la accionante a dicho régimen, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el RPMPD, conforme a lo considerado por la CSJ en sentencia SL4360-2019.

Esta devolución no genera ningún detrimento para COLPENSIONES pues Porvenir debe trasladar los **dineros** que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, que deben ser asumidos por la AFP de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, y por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Pensión de vejez

Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ésta es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de dicha normatividad – 1º de abril de 1994- contaba con 35 años de edad, en tanto nació el 5 agosto de 1958, como da cuenta la copia de la cedula de ciudadanía vista a folio 20 del expediente.

Ahora bien, como quiera que al 31 de julio de 2010, la demandante no acredita la edad mínima de pensión (55 años conforme al Acuerdo 049 de 1990), dado que a dicha fecha cuenta con 51 años, habrá de verificarse si extendió los beneficios del régimen de transición hasta el año 2014, conforme a lo definido por el Acto Legislativo 001 de 2005.

Se encuentra que conforme a las historias laborales expedidas por Colpensiones y la AFP Porvenir (fols. 90 a 92 y 126 a 152), la señora Cagua Cortés a la entrada en vigencia de la mencionada reforma constitucional, acredita más de 750 semanas, esto es, 1108, por lo que no existe duda que conservó los beneficios establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, más allá del 31 de julio del 2010.

Igualmente, cumple advertir que a la fecha en que reunió los 55 años de edad, es decir, al 5 de agosto de 2013, acredita un total de 1521 semanas (fols. 90 a 92 y 126 a 152), por lo cual tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición y a la luz del Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo indicó el Juzgado.

A fin de definir la fecha a partir de la cual se debe reconocer la prestación, debemos remitirnos al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el cual dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a la misma.

En ese orden, acertó el Juzgado de primera instancia al ordenar el reconocimiento de la prestación, una vez la actora reporte la novedad de retiro al Sistema General de Pensiones, pues como bien lo mencionó en su interrogatorio de parte, aún se encuentra realizando cotizaciones en calidad de trabajadora independiente, no siendo del caso echar mano de la jurisprudencia proferida por la CSJ en relación con el *"retiro tácito"*, como en el fondo lo pretende la actora en su recurso, porque en primer lugar, la demandante no está realizando aportes al sistema porque Colpensiones la haya inducido en error, ya que solo hasta la presente decisión la administradora del RPMPD adquiere competencia para asumir el derecho pensional reclamado, y segundo, porque dicho precedente ha sido aplicado de manera excepcional en aquellos casos en los cuales no existe duda de que Colpensiones es la llamada a reconocer la pensión de vejez.

En cuanto al valor de la mesada debe indicar la Sala que la misma debe calcularse conforme a lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues la accionante, al 1° de abril de 1994, le hacían falta más de 10 años para pensionarse. Así, ha de aplicársele como IBL el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, según le sea más favorable, dado que se acredita en su caso un total de 1.768 semanas al mes de mayo de 2018, como dan cuenta las historias laborales de Porvenir y de Colpensiones (fols. 90 a 92 y 126 a 152). Igualmente, habrá de aplicarse una tasa de reemplazo del 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo definió el *a quo*.

Como quiera que el derecho pensional se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011, la actora tiene derecho a 13 mesadas al año, conforme lo establece el Acto Legislativo 001 del 2005.

Excepción prescripción

Por lo anterior, debido a que aún no se ha generado el derecho al pago de la pensión, en tanto se itera, se requiere de la desafiliación del sistema, la Sala se releva del estudio de la excepción de prescripción.

Costas de primera instancia en cabeza de Porvenir

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Porvenir, tal y como lo señalo la parte actora en su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral décimo de la sentencia proferida el 21 de agosto del 2019, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar condenar en costas de primera instancia a la AFP Porvenir.

SRGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***DIANA PATRICIA CARRILLO DE MODESTO***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.-***
RADICACIÓN ***11001-3105-016-2018-00189-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA: ***INEFICACIA DE TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual fue allegado mediante correo electrónico, conforme lo dispone el art. 74 del CGP.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. DIANA PATRICIA CARRILLO DE MODESTO instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PROTECCIÓN S.A. solicitando se declare la nulidad de su afiliación al RAIS; en consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. ordenar su retorno al RPMPD, así como a enviar el valor de los aportes consignados en su cuenta de ahorro individual y reembolsar cobros y gastos de administración; condenar a Colpensiones a aceptarla en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado, recibiendo los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración; condenar a Protección a pagar la suma de 50 salarios mínimos legales, por su conducta atentatoria de su derecho pensional; condenar a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso. (fol. 21 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: estuvo vinculada al RPMPD hasta el 25 de octubre de 2000, fecha ésta en la cual fue inducida de manera

equivocada por los asesores de Protección, a vincularse al RAIS; nunca fue informada en relación con los riesgos que implicaba su traslado, como tampoco le suministraron información consistente, veraz y objetivamente verifcable que le permitiera corrobar las promesas que le fueron ofrecidas; nunca le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional en el RAIS y en el RPMPD; solicitó su traslado a Colpensiones, lo cual fue negado de manera rotunda por la AFP Protección.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 42); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no se probó ningún vicio en el consentimiento por parte de la actora. Que el paso del tiempo subsanó cualquier tipo de error. Que la demandante voluntariamente decidió vincularse al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica. (fol. 61 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Dio respuesta al líbelo introductor con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra, argumentando que el acto jurídico celebrado con la demandante es válido y produjo efectos, ya que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, como la manifestación de voluntad, amén que no se configuró ningún vicio del consentimiento, ni se ocultó ninguna información al momento en que la actora se afilió a Protección. Propuso como excepciones de mérito las de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones y la genérica. (fol. 95 y s.s.).

5. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de agosto del 2019, en la que se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora al RAIS, en consecuencia, se condenó a la AFP Portección a trasladar a Colpensiones todos lo valores recibidos por la afiliación de la demandante, como cotizacones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados; condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir el saldo de su cuenta individual; declaró no probadas las excepciones porpuestas y condenó en costas a las demandadas. fol. 125 Min. 04:08).

Como fundamento de su decisión hizo alusión a las subreglas que sobre el tema ha definido la jurisprudencia de la CSJ, para después concluir que si bien el formulario de afiliación suscrito por la demandante cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, la firma de ésta no resulta suficiente, en la medida que dicho documento no da cuenta del cumplimiento del deber de información de manera completa al momento de su traslado. Agregó que la AFP no demostró que a la fecha del traslado haya brindado a la actora explicación distinta a la que plasma el formulario de afiliación, lo cual tampoco puede advertirse confesado a través del interrogatorio de parte. Que si bien la demandante firmó unos documentos que dan cuenta de una simulación pensional y una re asesoría, lo cierto es que no existe prueba que los mismos le hayan sido entregados directamente, además la

proyección que se le hizo, lo fue desde la perspectiva del RAIS, pues contempló la edad de 63 años y no, la edad de 57 años exigida en el RPMPD. Que en todo caso el formato de re asesoría resulta ser muy genérico y no tiene la virtud de sanear el vicio legal, consistente en que al momento del traslado de la actora en el año 2000, no se le brindó la información suficiente.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Protección** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Que el formulario de afiliación suscrito por la actora cumple con las exigencias establecidas en el Decreto 692 de 1994. Que para la fecha de traslado, la normatividad no exigía que la información estuviera consignada en un documento. Que conforme a las documentales obrantes a folios 88 a 92 se le realizó una re asesoría a la actora, en la cual se le mencionaron las condiciones para acceder a la pensión de vejez en ambos regímenes, además, se le indicó que no le convenía quedarse en Protección, precisándosele hasta qué fecha podía retronar al ISS, sin embargo la actora prefirió aplazar esa decisión. Que por lo anterior, es claro que a la demandante se le brindó la debida información, no solo a la fecha de su traslado, sino durante toda su permanencia al RAIS. Que la actora no puede achacar a la AFP su negligencia, por cuanto su mesada resulta ser inferior en el RAIS que en el RPMPD. Que los afiliados no están exonerados de instruirse frente a la decisión de trasladarse de régimen pensional. (C.D. fol. 125 Min. 40:47).

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación indicando que la actora a la fecha de su traslado no contaba con un derecho adquirido ni con una expectativa legítima como para exigir de la AFP la realización de una proyección pensional, motivo por el cual además, no puede darse aplicación al precedente de la CSJ, pues el caso de la actora, no es igual a las situaciones analizadas por la Alta Corporación. Que para la época del traslado el único documento exigido por la ley como constancia de dicho acto, era el formulario de afiliación, el cual reúne todos los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, por lo que no es procedente exigir documentales adicionales demostrativas del cumplimiento del deber de información. Que la AFP en 2006 advirtió a la actora sobre el monto de su mesada pensional, sin embargo ésta no retornó al RPMPD, cuando aún se encontraba en la posibilidad de hacerlo. Que Colpensiones ha actuado de buena fe y se encuentra supeditada al actuar de terceros, de manera que no debe imponerse costas en su contra. (C.D. fol. 125 Min. 52:36).

7. Alegatos Colpensiones. Dijo que no hay razón a que se declare la nulidad de afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó ninguna de las causales como lo es el error, la fuerza o el dolo, si no que por el contrario la parte actora confesó haberse afiliado a dicha entidad por lo tanto existió voluntad de trasladarse de régimen pensional**.**

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se conocerá en consulta en favor de Colpensiones por no haber elevado recurso de apelación.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los **siguientes problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) Debe entenderse cumplido el deber de información por parte de la AFP demandada a partir de la asesoría realizada a la actora en el año 2006 (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vi) ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Diana Patricia Carrillo de Modesto cotizó al ISS entre el 16 de junio de 1983 y el 31 de octubre de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 55); y que el 25 de octubre del 2000 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Protección, según se constata en el respectivo formulario (fol. 77), traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de diciembre de 2000, conforme a la documental visible a folio 79.

Del formulario de afiliación y el deber de información

Respecto del problema en el que se plantea si el formulario de afiliación es suficiente para tener por demostrado el cumplimiento del deber de información, sea lo primero indicar que en este proceso no existe controversia en que la carga probatoria recae en la administradora de fondos de pensiones, por lo que no se hará ningún pronunciamiento al respecto.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e, incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Diana Patricia Carrillo de Modesto, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

De esta manera, con la simple leyenda contenida en el formulario de afiliación de la demandante, no es posible tener por acreditado el cumplimiento de esas obligaciones por parte de la AFP Protección, pues el mismo no permite concluir que a la demandante se le suministró la asesoría que se requería en los términos señalados por la ley y la jurisprudencia, siendo importante indicar además, que de ninguna manera se exige de la AFP demandada allegue una documental específica mediante la cual demuestre la asesoría brindada a la señora Carrillo de Modesto a la fecha de su traslado, pues ello puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, en virtud del principio de libertad probatoria.

En todo caso, no deben olvidar las recurrentes que la **custodia de la documentación,** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, de manera que desde dicha norma la AFP Protección sí estaba llamada a tener en su poder cualquier documento que se relacionara con el traslado de la demandante y que diera cuenta de la asesoría que le fue brindada, en caso de que se hubiere realizado algún registro documental adicional al formulario de afiliación.

Por lo anterior, no le queda otra alternativa a la Sala que concluir lo que ya había avizorado el *a quo*, esto es, que en el presente caso no existe prueba que permita establecer si la AFP convocada brindó la información necesaria y suficiente para que la demandante pudiera tomar una decisión consciente y libre de trasladarse al RAIS, en tanto no fueron aportados elementos de juicio para el efecto por parte de quien tenía la carga probatoria, esto es, por Protección, siendo oportuno advertir que ello tampoco puede deducirse del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

De la asesoría realizada a la actora en el año 2006

Sobre el problema jurídico relacionado con el cumplimiento del deber de información por parte de Protección, a través de la asesoría que brindó a la actora en el año 2006, se tiene que en efecto a folios 88 y s.s. obran las documentales que dan cuenta de una re asesoría pensional, que fueron firmadas por la convocante, y en las cuales se referencia una simulación pensional, tanto en el RAIS como en el RPMP, además, se observa la advertencia a la demandante que no le conviene quedarse en la AFP demandada y que la fecha límite para retronar al entonces ISS, lo es el 15 de febrero del 2007.

No obstante, ha de decirse que lo anterior no puede ser considerado como una prueba contundente en relación con el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección, en la medida que cualquier asesoría que le haya sido brindada a la demandante con posterioridad al momento en que se realizó el traslado, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP al momento de su traslado de régimen, pues se reitera que la Corte fue clara al señalar que lo que se debe revisar en estos casos es sí al afiliado se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico.

En ese sentido, toda la información que se relaciona en las documentales en comento (fols. 88 a 91), esto es, la proyección de la pensión en el RAIS y en el RPMPD, la tasa de negociación del bono pensional, las variables que influyen en el valor de la mesada dentro del RAIS, e incluso la indicación a la actora que no le convenía su afiliación a Protección, debió ser puesta en conocimiento a la fecha del traslado y no hasta el año 2006, como en realidad ocurrió.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de bbeneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la

sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas impuestas a Colpensiones

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderada en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso categóricamente a la ineficacia del traslado, como se puede observar de la contestación de la demanda. (fols. 61 y s.s.).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 5 de agosto del 2019 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-