



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **COLMENA SEGUROS S.A.**
DEMANDADO: **SURAMERICANA S.A.**
RADICACIÓN: **110013105-005-2018-00396-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **REEMBOLSO PRESTACIONES ECONOMICAS**

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

Teniendo en cuenta que 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. La sociedad COLMENA SEGUROS S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. a reembolsar a favor de COLMENA S.A., el valor de las prestaciones económicas por concepto de incapacidad permanente parcial (IPP) que esta última ha asumido con ocasión de las enfermedades laborales de Roberto Luis Gallego Rojas, Miguel Ángel Díaz Cuaspud, Gladys Manzanares Díaz, Michelle Lizbeth Lara Patiño y Dora Angélica Sánchez, los intereses moratorios, y cualquier otro derecho legal o extralegal, y las costas procesales; de manera subsidiaria solicita que SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. reconozca y pague a favor de COLMENA S.A., las sumas de dinero que correspondan según el tiempo de exposición al riesgo durante la afiliación de los afiliados Roberto Luis Gallego Rojas, Miguel Ángel Díaz Cuaspud, Gladys Manzanares Díaz, Michelle Lizbeth Lara Patiño y Dora Angélica Sánchez, y la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que COLMENA SEGUROS S.A. en su calidad de administradora de riesgos laborales ha asumido el pago de prestaciones económicas derivadas de enfermedades laborales de los afiliados Roberto Luis Gallego Rojas, Miguel Ángel Díaz Cuaspud, Gladys Manzanares Díaz, Michelle Lizbeth Lara Patiño y Dora Angélica Sánchez, en lo que tiene que ver con el pago de incapacidades permanentes parciales (IPP); que los afiliados relacionados en precedencia, antes de afiliarse a COLMENA SEGUROS S.A. venían afiliados a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., y que durante ese lapso estuvieron expuestos al riesgo que posteriormente dio lugar a la pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de las prestaciones económicas a cada uno.

2. Contestación de SEGUROS DE RIESGOS LABORALES

SURAMERICANA S.A.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que la ARL COLMENA S.A. asumió el valor de las prestaciones económicas bajo la cobertura del riesgo asumido y con el pago de los aportes realizados por el empleador; que la entidad demandada no tiene obligación al pago de indemnizaciones de afiliados a la ARL COLMENA S.A., aunado a que, durante la afiliación de los trabajadores a SURAMERICANA S.A., está respondió por lo que le correspondía. Como excepciones de mérito rotuló la inexistencia de responsabilidad de la ARL SURA sobre las indemnizaciones que se cobran, caducidad, y prescripción.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de diciembre de 2019, mediante la cual el Juzgado condenó a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. a reconocer y pagar a favor de COLMENA SEGUROS S.A., la suma de \$ 3.345.447, por concepto de reembolso de lo pagado por indemnización por incapacidad permanente parcial cancelada a Roberto Luis Gallego Rojas, suma que ordenó indexarse desde el mes de julio de 2017 hasta la fecha en que se efectuó su pago; condenó en costas a la entidad demandada; declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión de reembolsar el 100 % de las indemnizaciones pagadas, y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido respecto de los intereses moratorios y la de inexistencia de la obligación respecto a los afiliados Miguel Ángel Díaz Cuaspud, Gladys Manzanares Díaz, Michelle Lizbeth Lara Patiño y Dora Angélica Sánchez Hernández (fls. 420 a 422 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 776 de 2002, en principio la ARL donde se encontraban afiliados los trabajadores, debe asumir la IPP durante el tiempo a la exposición al riesgo; no obstante, en el caso de autos solo hay lugar a imponer condena en el caso de Roberto Luis Gallego Rojas, ya que se allegó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, lo que no sucede en los restantes casos, pues brilla por su ausencia tal dictamen, y aquel resulta relevante para verificar los antecedentes y el tiempo de exposición al riesgo; ahora frente a la prescripción y caducidad propuesta por la entidad demandada, manifestó que sobre el tema de la prescripción se atiene a lo establecido en la ley 1562 de 2012, artículo 5° que establece el término de 5 años para reclamar el reembolso, y se cuenta a partir de la calificación de pérdida de capacidad laboral, y que como los casos puestos en conocimiento del despacho databan del año 2016 y 2017, ninguna se encontraba afectada por la prescripción; no obstante, consideró que resultaba insuficiente impartir condena solo con el comunicado de la ARL COLMENA dirigida a los afiliados respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, siendo imperioso que se allegue los dictámenes, máxime cuando fueron emitidos por la propia demandante; que en el caso de Roberto Luis Gallego Rojas se impone condena, pero a la ARL SURAMERICANA solo le corresponde un 45.53 %, ya que el afiliado antes de estar en SURAMERICANA S.A. venía laborando, y su exposición data desde el 6 de septiembre de 2003, es decir, antes de afiliarse a SURAMERICANA; que sobre la suma de dinero que se logró condenar debe indexarse desde julio de 2017, sin que sea procedente los intereses moratorios, ya que no está frente a un tema pensional.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por las partes procesales, así:

COLMENA SEGUROS S.A.: Insiste en que debe prosperar el reconocimiento del 100% de la IPP a cargo de SURAMERICANA S.A. en relación con el afiliado Roberto Luis Gallego Rojas, ya que la exposición al riesgo fue desde que estaba afiliado en SURAMERICANA S.A.; que respecto de los otros afiliados, debe tenerse en cuenta la documental anexada para cada uno, en la que obra comunicación del porcentaje de pérdida de capacidad y fecha de estructuración; que en el caso de Dora Angélica Sánchez Hernández, se encuentra un dictamen de pérdida de capacidad laboral, con la cual se puede establecer el grado de exposición al riesgo; que si bien no están los dictámenes, si se encuentra la comunicación dirigida a cada afiliado, donde se encuentra el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración; que obran incapacidades que demuestran que desde antes de la afiliación a COLMENA S.A. venían expuestos al riesgo, además que las incapacidades únicamente tienen relación con las enfermedades laborales.

SURAMERICANA S.A.: No se encuentra conforme con la condena impuesta por IPP, aduciendo que el señor Roberto Luis Gallego Rojas, ingresó a laborar desde el año de 1993, y ello hace que se amplíe la exposición al riesgo, y en consecuencia, SURAMERICANA S.A. no debe responder por el 45.53 % sino menos; que no está de acuerdo con la indexación, ya que COLMENA S.A. nunca elevó reclamación y solo con la demanda se ordena el pago de una suma de dinero, razón por la cual, la indexación debe ser a partir de la sentencia que ordena el reconocimiento y pago; finalmente, no está de acuerdo con la imposición de costas, ya que COLMENA S.A. no hizo reclamación, y además la entidad demandada solo resultó condenada en un solo caso y de manera proporcional, lo que significa que debería ser absuelto en costas de conformidad con el CGP; que se está frente a una demandada temeraria, ya que la entidad demandada resultó absuelta en el 90 % de las pretensiones incoadas por COLMENA S.A..

5. Alegatos de conclusión: En la oportunidad procesal, solo presentó alegatos la entidad demandante, quien solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, y en su lugar se declare que SURAMERICANA S.A. debe responder por el pago total de las indemnizaciones reconocidas a los afiliados por COLMENA S.A., ya que quedó demostrado que la exposición al riesgo de los afiliados ocurrió bajo la cobertura de la ARL demandada.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales 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) ¿Hay lugar al reembolso de las prestaciones económicas a cargo de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.? y en caso positivo (ii) ¿SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. debe ser condenado en costas?

PRESTACIONES ASISTENCIALES Y ECONOMICAS SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES.

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que los señores Roberto Luis Gallego Rojas, Miguel Ángel Díaz Cuaspad, Gladys Manzanares Díaz, Michelle Lizbeth Lara Patiño y Dora Angélica

Sánchez, estuvieron afiliados en el sistema de riesgos laborales ante SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. en los lapsos de tiempo expuestos en la documental de folios 345 a 349, y que posteriormente se trasladaron o afiliaron a COLMENA SEGUROS S.A. - ARL en el interregno de tiempo que se detalla en las diferentes certificaciones allegadas a folios 72, 96, 110, 183, y 315; **ii)** que COLMENA SEGUROS S.A., procedió a reconocer durante la vigencia de la afiliación diversas prestaciones económicas en favor de cada uno de los 5 afiliados (Fol. 78, 99, 121, 185, y 316), siendo el punto de disenso establecer si procede el reembolso de las sumas canceladas por COLMENA SEGUROS S.A. a cargo de SURAMERICANA S.A. por concepto de incapacidad permanente parcial.

Pues bien, la Corte Constitucional en sentencia T-341 de 2013, hace todo el andamiaje normativo respecto del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales e indica que con la Ley 100 de 1993 se implementó un sistema integral de seguridad social, con instituciones, normas y procedimientos, con el fin de cumplir con la cobertura integral de las contingencias, en especial las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional.

A su paso, delineó lo siguiente:

"Posteriormente, el Decreto 1295 de 1994 incorporó esos criterios al establecer en el artículo 34, que todo afiliado al SGRP tendrá derecho a que se le brinden los servicios asistenciales y se le reconozcan las prestaciones económicas a que haya lugar, en el evento de sufrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que éstas generen incapacidad, invalidez o muerte. En consecuencia, incluyó dentro de las funciones de las entidades administradoras de riesgos laborales la de garantizar la prestación del servicio de salud y reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas a las que tienen derecho.

En lo relativo a las prestaciones asistenciales, dispuso que (i) los servicios de salud que demande el afiliado deben ser prestados a través de su entidad promotora de salud, a menos que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, caso en el cual estarán a cargo de la ARL correspondiente; (ii) los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional deben ser prestados por las administradoras de riesgos profesionales; (iii) la atención inicial de urgencia podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al SGRP; (iv) las empresas promotoras de salud podrán prestar los servicios médicos asistenciales que se requieran, sin perjuicio de la facultad que ostentan para repetir contra la administradora de riesgos profesionales correspondiente, por concepto de atención de urgencias y servicios asistenciales, mediante el mecanismo de reembolsos entre entidades.

Las prestaciones económicas fueron previstas en el capítulo V, donde se establecieron los conceptos de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, de sobrevivientes y de auxilio funerario, la manera de calcular su monto y los criterios a los que se sujetaría su reconocimiento. Sin embargo, dichas normas fueron declaradas inexecutable por esta corporación, mediante la sentencia C-452 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería, debido a que el legislador extraordinario no había sido facultado para regular aspectos sustanciales del SGRP.

Atendiendo a los efectos diferidos del fallo, el Congreso expidió una nueva legislación para suplir el vacío normativo mediante la Ley 776 de 2002 ("por la

cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales"). Esta disposición normativa se ocupó de ratificar la responsabilidad a cargo de las entidades administradoras de riesgos profesionales frente al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un evento de origen profesional.

Al respecto en el párrafo 2º del artículo 1º, advirtió que la entidad responsable de reconocer las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente o enfermedad profesional será la administradora de riesgos a la que se encuentre afiliado el trabajador al momento del accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al requerir la prestación".

Igualmente, debe tenerse en cuenta la Ley 776 de 2002, párrafo segundo, en la que establece:

"Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

(....).

La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar".

En lo que respecta a la prestaciones económicas generadas de la enfermedad profesional o accidente de trabajo, acota la Sala que el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 776 de 2002, hace precisión que tal reembolso es procedente según el tiempo de afiliación en cada AFP, siempre que se acredite: *"el tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura"*, lo que en líneas generales no se logra demostrar por la entidad demandante respecto de los afiliados Miguel Ángel Díaz Cuaspud, Gladys Manzanares Díaz, Michelle Lizbeth Lara Patiño y Dora Angélica Sánchez, pues solo se allega unas comunicaciones dirigidas a cada uno de los afiliados, en las que de manera general COLMENA S.A. les hace saber la existencia de un dictamen de pérdida de capacidad laboral, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el derecho prestacional al que pueden acceder, esto es, la indemnización por incapacidad permanente parcial, pero considera la Sala que al

igual como lo estimó el cognoscente de instancia, no se puede de aquellos documentos dar por acreditada la exposición al riesgo durante la afiliación de cada trabajador en el ARL SURAMERICANA S.A., ya que indefectiblemente se requiere del dictamen de pérdida de capacidad laboral para verificar los diagnósticos, la evolución de su historia clínica, la fecha de estructuración y demás elementos integrantes de la calificación de pérdida de capacidad laboral, que lleven al juzgador a tener el convencimiento suficiente de la exposición al riesgo, y su consecuente responsabilidad proporcional al tiempo de vigencia de la afiliación.

Nótese que, la ARL COLMENA S.A. allega certificados del pago de las IPP, haciendo relación al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero en ellos no se establece ni siquiera la fecha de estructuración de la invalidez y los diagnósticos, aspectos que son esenciales para configurar el reembolso de que trata el artículo 1° de la ley 776 de 2002, y que en últimas solo se encuentran detallados en los dictámenes emitidos por las entidades competentes; ahora, no puede alegar COLMENA S.A. que se trata de una prueba en poder de la demandada, o que su aducción al proceso le fue imposible, ya que fueron dictámenes efectuados durante la vigencia de cada uno de los afiliados en COLMENA S.A., y además, si COLMENA S.A., procedió a realizar un pago a los afiliados y les comunica que el porcentaje de PCL fue producto de un dictamen, bien sea realizado por COLMENA S.A. o por la JRCI o JNCI, lo más sensato era haber añejado para cada afiliado el dictamen de pérdida de capacidad laboral; empero, como ello no aconteció, resulta imposible para la Judicatura impartir condena solo con la certificación de afiliación y el pago realizado.

De lo que viene dicho, la parte activa de la relación procesal incumplió con lo pregonado en el artículo 167 del CGP, que dispone, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, lo que traduce en el sub examine que no se demuestra acreditado el presupuesto del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, consistente en el tiempo de exposición al riesgo en cada una de las entidades de riesgos laborales donde haya estado afiliado el beneficiario de la prestación económica, requisito que no se suple con verificar la afiliación en cada una de las entidades, sino con la constatación de que los diagnósticos o patologías calificadas se hayan generado o por lo menos evidenciado desde la afiliación en la ARL antecesora a la entidad reclamante.

En lo que respecta a la afiliada MICHELE LIZBETH LARA PATIÑO y DORA ÁNGELICA SANCHEZ HERNÁNDEZ, si bien se allegaron unos dictámenes, no corresponden al que dio origen al reconocimiento de la IPP, pues respecto de la primera, los dictámenes solo hacen referencia al origen de la enfermedad sin porcentaje de calificación, y peor aún, uno de aquellos dictámenes datado el 09 de abril de 2015 le califica la enfermedad como "común" con el 36.86 % (Fol. 147), siendo que la IPP le fue reconocida por una PCL del 14.7 %, circunstancias que solo se podían cristalizar arrojando al proceso el dictamen de pérdida de capacidad laboral que le dio el 14.7%, para de allí entrar a verificar sus diagnósticos y los antecedentes de la calificación a efecto de determinar si la exposición al riesgo venía presentándose desde la afiliación realizada en SURAMERICANA S.A; en lo que respecta a la segunda afiliada, se llega a la misma conclusión, pues se aporta un dictamen donde se califica solo el origen sin porcentaje de PCL, y una serie de incapacidades, pero no se allega el dictamen que le dio el 12.8% de PCL, pues en dado caso, las incapacidades rotuladas al expediente hubieren servido para afianzar la exposición al riesgo que dio como resultado la PCL en un 12.8 % en relación con los diagnósticos tenidos en cuenta en el dictamen de PCL, pero se itera, al no allegarse tal documento, no se

pueden hacer conjeturas o asumir que las incapacidades allegadas correspondan al diagnóstico o patología que le arrojó el 12.8 % de PCL.

Frente a la prestación económica de incapacidad permanente parcial reconocida a ROBERTO LUIS GALLEGRO ROJAS, cumple precisar que estuvo afiliado a SEGUROS SURAMERICANA S.A. entre el 01 de abril de 2010 hasta el 30 de abril de 2016, luego se afilió a COLMENA S.A. desde el 01 de mayo de 2016 con afiliación vigente (fol. 345 y 72 del expediente), y se allega un documento datado el 14 de diciembre de 2017 (fol. 78), con el reporte de que se reconoció incapacidad permanente parcial (IPP) por valor de \$ 7.346.236, correspondiente a enfermedad laboral, y producto del dictamen de pérdida de capacidad laboral que milita a folios 53 a 54, que contiene una PCL 19.30 %, con los diagnósticos de Epicondilitis Medial Bilateral y Otro dolor crónico.

El apoderado judicial de SURAMERICANA S.A. reprocha que la exposición al riesgo data del año 1993, y no 2003 como lo expuso el a quo, aspecto que no es así, pues de la documental de folio 49 a 81, se observa que en los antecedentes laborales se detalla el cargo y la empresa para la cual estuvo laborando, con fecha de ingreso el 06 de septiembre de 2003, mientras que para la fecha del 06 de septiembre de 1993, no se menciona cargo ni la empresa a la que estuvo vinculado, y más adelante aparece una casilla con error en la fecha de retiro, aspectos que llevan a desestimar la alzada, pues son datos que se llenan en un formato, sin que haya una certificación u otra documental para corroborarlo, al contrario, en la fecha detallada del 03 de septiembre de 2003, si se precisa el cargo de "abastecedor horno 1 y sellador" para la empresa "LOCERIA COLOMBIANA S.A.S", y esto permite darle asertividad a las consideraciones del a quo, ya que conforme los diagnósticos del afiliado, y lo reportado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, da cuenta que la exposición al riesgo data incluso desde el 2003, pero como COLMENA S.A. solo demandó a SURAMERICANA S.A. con quien la afiliación fue desde el 10 de abril de 2010, se debe hacer la proporcionalidad según los periodos de exposición al riesgo, descontando los días que arrojen entre el 06 de septiembre de 2003 y el 10 de abril de 2010.

En lo referente a la exposición al riesgo, nótese que desde la calificación que hizo COLMENA S.A. el 26 de noviembre de 2016 (Folio 57 a 59), hace alusión a que el trabajador presenta enfermedad laboral de "epicondilitis medial lateralidad diestro", con síntomas que iniciaron aproximadamente desde el 2013, recibiendo terapia sin mejoría, es decir, que desde antes de afiliarse a COLMENA S.A. (01 de mayo de 2016) ya venía expuesto al riesgo, y por esa vía, debe SURAMERICANA S.A. responder de manera proporcional por la indemnización de incapacidad permanente parcial reconocida por COLMENA S.A. al afiliado.

En este punto, debe decir la Sala que no le asiste razón al apoderado judicial de COLMENA S.A. en lo relativo a que SURAMERICANA S.A. debe responder por el 100% de lo pagado por IPP, fundamentado en que la exposición al riesgo tuvo ocurrencia desde que estaba afiliado en SURAMERICANA S.A., ya que si se tiene en cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el mismo estructura la PCL el 27 de octubre de 2016, fecha para la cual ya se encontraba el trabajador afiliado a COLMENA S.A., aunado a que precisamente la Ley 776 de 2002 estipula que quien debe responder por las prestaciones económicas es la última entidad donde se encuentre afiliado el trabajo, para este caso, COLMENA S.A., quien puede repetir contra la ARL donde haya estado afiliado el trabajador y según el tiempo de exposición al riesgo.

La condena en concreto se determina de manera proporcional al tiempo de afiliación en cada ARL, ello así, si su afiliación al sistema general de riesgos profesionales va desde el 06 de septiembre de 2003 hasta el 15 de febrero de 2017 (fecha del dictamen de PCL), correspondiente a 4.839 días, se entendería que por los días transcurridos desde el 01 de abril de 2010 hasta el 30 de abril de 2016 (vigencia de la afiliación en SURAMERICANA S.A.), esto es, 2.190 días, le arrojaría un porcentaje del 45.25 % a cargo de SURAMERICANA S.A. Aplicando la operación aritmética de rigor sobre el valor de la incapacidad tenemos: valor total de la incapacidad permanente parcial \$ 7.346.236, a cargo de SURAMERICANA S.A. \$ 3.324.171,79 (45.25 %). Como el valor que le arrojó al a quo fue superior (\$3.345.447) se modificará la sentencia en este tópico, pues consideró que le correspondería a SURAMERICANA S.A. el 45.53 %; no obstante, no resulta ajustado si tenemos en cuenta que el a quo tuvo en cuenta un total de 4809 días entre el 6 de septiembre de 2003 hasta el 15 de febrero de 2017, cuando lo correcto son 4.839 días.

En lo referente a la indexación, tal condena se mantendrá pues los efectos de la devaluación de la moneda por el paso del tiempo hace imperioso que se actualice el valor que reconoció por IPP la ARL COLMENA S.A., indexación que corre desde julio de 2017 (fecha de reconocimiento de la prestación) hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación por parte de SURAMERICANA S.A.

Finalmente, como no hay más puntos objeto de apelación, no queda otro camino para la Sala que modificar la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones atrás vertidas.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia ya que ambas partes fueron recurrentes. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP se imponen a la parte vencida en el proceso, como procedió el a quo, y frente al monto de las mismas, que es el reproche de la alzada, ha de decirse que de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 *ejusdem*, no es el momento procesal para controvertirlas.

DECISIÓN

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 diciembre de 2019, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. a reconocer y pagar a favor de COLMENA SEGUROS S.A. los siguientes conceptos:

- La suma de \$ 3.324.171,79, correspondiente al 45.25 % de las prestaciones económicas (IPP) a cargo de SURAMERICANA S.A. y que fueron reconocidas al señor ROBERTO LUIS GALLEGU ROJAS, por parte de la sociedad demandante.

- *Suma que deberá indexarse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de julio de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectuó el pago”.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

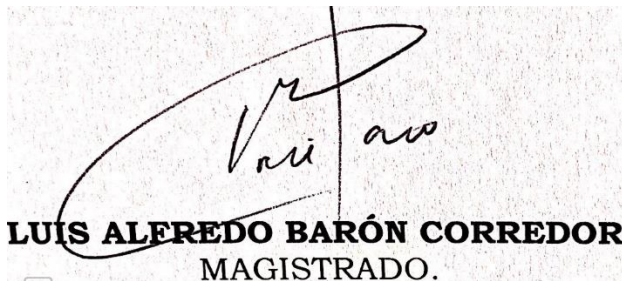
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: *RODULFO PATIÑO SOLER*
DEMANDADO: *FONCEP*
RADICACIÓN: *110013105-025-2019-00140-01*
ASUNTO: *APELACIÓN DEMANDANTE*
TEMA: *RELIQUIDCIÓN PENSIÓN – LEY 33 DE 1985.*

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintiunos (2021)

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. El señor RODULFO PATIÑO SOLER a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP (en adelante), a indexar y re liquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo normado por la ley 33 de 1985 en concordancia con el Decreto 1045 de 1978, la diferencia pensional, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se vinculó a la extinta Empresa Distrital de Servicios Públicos desde el 06 de marzo de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1994, cuando fue despedido; que desde la fecha de desvinculación hasta el 16 de noviembre de 2009 no devengó suma alguna; que la ley 100 de 1993 entró en vigencia en el Distrito Capital el 1 de enero de 1996, fecha para la cual el Distrito eliminó la Caja de Previsión Social del Distrito y vinculó a sus trabajadores al sistema general de pensiones; que jamás entró al sistema general de pensiones; que al momento de reconocerle la pensión de vejez la entidad de previsión social dio aplicación a la ley 33 de 1985 en lo referente a la edad, no así en la manera de liquidación de la pensión; que solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, pero le fue negada a través de resolución No 1429 del 28 de agosto de 2017; que interpuso recurso de reposición contra la negativa a la reliquidación, y le fue desestimado mediante resolución No 1621 del 18 de septiembre de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 218 a 220); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de FONCEP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que en el reconocimiento pensional dispensado al actor no se transgredió ninguna norma, ya que se efectuó con los factores salariales ordenados en la ley 100 de 1993, artículo 36, disposición que regía para la época del cumplimiento de los requisitos de la parte actora; que el ingreso base de liquidación conforme el régimen de transición fue el establecido en el parágrafo 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y para ello extractó varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación y cobro de no lo debido a la pretensión de reliquidación conforme la ley 33 de 1985, cumplimiento de los requisitos formales para la expedición de los actos administrativos objeto del medio de control y acorde a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU230-2015 y sentencia de unificación del Consejo de Estado, prescripción, y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que el FONCEP debe reliquidar al demandante la pensión de vejez en cuantía de \$ 1.242.815 a partir del 16 de noviembre de 2009; declaró probada la excepción de prescripción de manera parcial, con lo cual, ordenó el pago de las diferencias pensionales solo a partir del 22 de agosto de 2014, gravando en costas procesales al FONCEP (fls. 253 a 254 con CD de audiencia).

Su decisión se basó en que no era objeto de discusión el reconocimiento pensional que efectuó el FONCEP a través de resolución 2931 de 2010, en la que otorgó el valor de \$ 614.833 como mesada pensional, efectiva a partir del 16 de noviembre de 2009, y para la cual aplicó el 75 % del IBL de los últimos 10 años, en concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y lo indicado en la ley 33 de 1985, abordando el problema jurídico relativo a si le asiste derecho a la reliquidación con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios, ante lo cual, luego de dejar sentado que el demandante laboró para la extinta EDIS hasta el 30 de diciembre de 1994, y que la edad mínima de 55 años la acreditó el 16 de noviembre de 2009, sin que haya realizado cotizaciones o mantenido vínculo laboral vigente con posterioridad a la entrada en vigencia el sistema general de pensiones para el sector público del nivel territorial (30 de junio de 1995), encontró plausible subsumir el caso del demandante a lo establecido en la sentencia SL656 de 2013, radicación 49146, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos facticos y contra la misma entidad aquí encartada, en la que se extractó que era viable liquidar la pensión de vejez con el promedio de lo percibido en el último año de servicios de qué trata el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

En virtud de lo anterior, tomó como último salario promedio del valor de \$353.497,92, y lo actualizó desde 1994 hasta el año 2009, generando un valor para esta última calenda de \$ 1.657.878, al que una vez aplicado el 75 %, le arrojó como primera mesada pensional \$ 1.242.815,91.

Ahora, como se propuso la excepción de prescripción, declaró prescrito el reajuste o diferencia pensional de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto de 2014, por haberse presentado la reclamación administrativa el 22 de agosto de 2017.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del apoderado judicial de la parte demandada FONCEP, quien manifestó que la pensión

de vejez no solo se adquiere con las semanas cotizadas sino también con el cumplimiento de la edad, el cual aconteció en el año 2009, fecha para la cual le es aplicable la ley 100 de 1993, y por ello, la entidad de previsión procedió a conceder la prestación teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición, con aplicación de la ley 33 de 1985, y con un IBL de los últimos 10 años; frente a la indexación, manifestó que la entidad demandada al momento de reconocer la pensión de vejez actualizó los salarios desde el año de 1994 hasta el 2009.

6. Alegatos de conclusión. La entidad FONCEP solicitó que se revoque la decisión de instancia, en la medida en que la entidad de seguridad social ha reconocido la prestación en debida forma, para ello cita en extenso varias decisiones del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia; por su parte el apoderado judicial de la parte demandante solicita que se conforme la decisión de primera instancia ya que se aviene a los fundamentos legales y jurisprudenciales, citando en extenso la sentencia SL656 del 2013.

7 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) ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios conforme lo establece la Ley 33 de 1985? ii) ¿El hecho de haber cumplido el tiempo de servicios antes de la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, y la edad de manera posterior a la vigencia del sistema general de pensiones, habilita para que la pensión de vejez deba liquidarse con el último año de servicios como lo establece la ley 33 de 1985? iii) ¿El criterio expuesto en la sentencia SL656-2013 se encuentra vigente y resulta aplicable al sub examine?

IBL REGIMEN DE TRANSICIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que el señor RODULFO PATIÑO SOLER, prestó sus servicios para la extinta EDIS como trabajador oficial desde el 6 de marzo de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1994 (Fol. 136); (ii) Que mediante resolución No 2931 del 14 de diciembre de 2010 el FONCEP reconoció la pensión de vejez al señor RODULFO PATIÑO SOLER, desde el 16 de noviembre de 2009 en cuantía de \$ 614.833, equivalente al 75 % del IBL de los últimos 10 años, por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con aplicación de la Ley 33 de 1985 (Fol. 4 a 7); (iii) Que mediante resolución No 1429 del 28 de agosto de 2017 el FONCEP negó la solicitud de reliquidación presentada en punto a obtener la liquidación del IBL con el último año de servicios, decisión confirmada al desatar el recurso de reposición a través de la resolución No 1621 del 18 de septiembre de 2017 (Fols. 10 a 13 y 16 a 19).

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que, en materia de pensión de vejez la norma aplicable es la vigente a la fecha de la causación del derecho, y así lo ha aqilutado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

"Según lo expresado, el ad quem no cometió algún yerro jurídico en la labor

interpretativa, pues su criterio se ajusta al que ha sostenido esta Corporación, en punto a que los derechos pensionales se regulan por la normativa vigente al momento de su causación y el juzgador solo puede apartarse de ésta cuando se trata de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, como excepción al de retrospectividad de la ley, el cual no resulta pertinente en este caso, toda vez que acá no se discute la falta de régimen de transición sino la preservación del mismo”.

En el *sub lite* le asiste razón al poderhabiente judicial de la parte pasiva de la Litis, pues si bien es cierto el actor acreditó uno de los requisitos de la normatividad aplicable (Ley 33 de 1985) el 30 de diciembre de 1994 (20 años, 9 meses, y 25 días), lo cierto es que, el requisito de la edad (55 años) lo acreditó el 16 de noviembre de 2009, por haber nacido el mismo día y mes del año 1954, debiendo precisar la Sala que la causación del derecho deviene al cumplimiento de los requisitos mínimos para optar por la prestación, y como quiera que el requisito de la edad fue cumplido en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo procedente era determinar si en virtud de la citada ley era beneficiario del régimen de transición, tal como correctamente lo hizo el FONCEP.

Ahora, el punto neural de discusión radica en que el actor no se afilió al régimen general de pensiones de que trata la ley 100 de 1993, pues esta norma entró en vigor para los servidores públicos del nivel distrital a partir del 30 de junio de 1995 tal como lo dispuso el artículo 1° del Decreto 1068 de 1995, aspecto que considera el actor es de relevancia, pues afirma que de ninguna manera puede aplicársele la ley 100 de 1993; no obstante, el a quo encontró que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL656 de 2013 analizó un caso de similares contornos facticos, en la que se re liquidó la prestación con el último año de servicios.

En efecto, la Sala da cuenta que la sentencia SL656 de 2013, hace alusión a un caso similar, es decir, el trabajador *"laboró hasta el 30 de noviembre de 1994 y cumplió 55 años de edad el 28 de diciembre de 2004"*; no obstante, lo primero que hay que decir, es que en ese caso la Corte establece que hay lugar a la aplicación de la Ley 100 de 1993 por haber causado la prestación en vigencia de tal normatividad, es decir, cumplió la edad mínima en el año 2006, y como quiera que el actor era beneficiario del régimen de transición, para el cálculo del IBL, como le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, se debía proceder a liquidar con el tiempo que le hiciera falta, pero como no contaba con cotizaciones entre la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y la fecha de cumplimiento de la edad mínima, aplicó el criterio que en su momento se encontraba vigente, entre otras la de radicado 31.222 del 13 de diciembre de 2007, reiterada en la de radicado 36222 de 2010, entre otras, con la cual concluyó que:

"Fluye de lo anterior, la equivocación del sentenciador al avalar la errada liquidación efectuada por la demandada para establecer el IBL de la primera mesada pensional del demandante, ya que lo que lo debió tener en cuenta fue el promedio de lo percibido en el último año de servicios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985"

De lo anterior, en línea de principio es acertada la decisión de instancia al impartir similar condena en el sub examine, de no ser porque tal criterio hermenéutico fijado

en su momento, fue revaluado, y así se logra extractar de la sentencia SL7061-2016, en la que de manera contundente expresa:

*"Ciertamente, para esta clase de asuntos, que comportan una característica especial, consistente en que teniendo derecho a la pensión de jubilación oficial, el trabajador no devengó suma alguna o no cotizó en calidad de trabajador oficial, durante el lapso comprendido entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad, **la Sala aceptaba como solución doctrinal, que la base salarial que deberá actualizarse, será el promedio de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios, por considerar que ello se ajustaba más al objetivo perseguido por la norma citada.***

Lo anterior, se viene sosteniendo desde la sentencia de instancia proferida por esta Corporación, el 30 de noviembre de 2000, Rad. 13336. Esta postura se había mantenido invariable y ha sido reiterada en sentencias de la CSJ SL, 17 may. 2004, rad. 22617, 23 ag. igual año, rad. 22892; 25 nov. de esa misma anualidad, rad. 23769; 30 ag. 2011, rad. 40074; y en casación de 29 may. 2013 rad. 45814 (SL 381/2013), entre otras.

*Sin embargo, **haciendo un nuevo examen y en aras de no prever discriminación frente a los demás pensionados que tienen unas reglas claras para liquidar el IBL de su pensión, y ante la nueva recomposición de la Sala, se considera pertinente entrar a reexaminar el tema, en cuanto a la liquidación del IBL de la pensión oficial cuando el trabajador no cotizó ni devengó ninguna suma en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, o sea en vigencia de ley 100/1993, que es lo que acá sucede** y donde, como se atrás se dejó sentado, en este caso en particular no resulta dable tener en cuenta las semanas que cotizaron los actores como independientes.*

Como es sabido, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el Ingreso Base de Liquidación corresponde al lapso temporal que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar toda pensión, el cual se debe definir de conformidad con la nueva normatividad, caso distinto al "monto" porcentual de la prestación que es uno de los elementos que si se conservan del sistema anterior por virtud de la transición y que tiene que ver con el <porcentaje> del IBL que antes se preveía.

*De tal forma que, el IBL para todas las pensiones de jubilación otorgadas bajo el citado régimen de la transición debe en consecuencia determinarse conforme a las reglas establecidas en los Arts. 36 inc. 3º y 21 de la L. 100/1993, **que no establecieron ninguna excepción o salvedad en este puntual aspecto, sin que sea dable excluir de estas pautas a aquellas personas que durante ese lapso no devengaron ni cotizaron suma alguna.***

Lo anterior queda acorde con lo expresado en la Sentencia C.Const. C-258 del 7 de mayo de 2013, en la que se sostuvo que las reglas del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen de transición, son las contenidas en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la L. 100 de 1993.

En consecuencia, ahora estima la Sala que no es necesario remitirse al promedio de lo devengado en el último año de servicios a efectos de establecer el IBL, pues como antes se explicó debe sujetarse en un todo a los nuevos lineamientos de la Ley 100/1993”.

En orden a lo anterior, acota la Sala que ciñéndose al criterio actual sobre la materia refulge palmaria la solución al caso planteado, esto es, la no procedencia de la reliquidación de la pensión de vejez con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, pues el criterio jurisprudencial con el cual basó la decisión el cognoscente de instancia fue revaluado y de ninguna manera podría aplicarse al sub examine, pues vulneraría principio de raigambre constitucional como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, máxime cuando el criterio actual de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral se acompasa con el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013.

Adicional a lo anterior, se encontró también que casos similares al aquí estudiado se presentó en la sentencia SL1633-2020 en la que se concluyó:

“En ese contexto, desde el punto de vista jurídico, concluye la Sala que no existió error del Tribunal, al aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión del recurrente, pues causó su derecho el 15 de enero de 2009, por lo cual era la norma pertinente”.

Igualmente, para mejor proveer en sentencia SL427-2020, en otro caso contra la misma entidad aquí demandada y sobre presupuestos facticos relacionados al sub examine, la Corte definió lo siguiente:

*“Ahora bien, la recurrente también insiste en que el cálculo del IBL debe efectuarse con el salario promedio devengado en el último año, **con fundamento en que no devengó salarios durante la totalidad del tiempo comprendido entre la fecha del retiro del servicio (año 1994) y la causación del derecho (año 2001)**. Sin embargo, tal circunstancia no fue establecida en las instancias, y no le sería posible a la Sala constatar su ocurrencia, pues ello implicaría un ejercicio de valoración probatoria, actuación que está vedada por la senda jurídica, elegida por la censura.*

***En todo caso**, para dar claridad a la parte recurrente, debe advertirse que la conclusión del Tribunal sobre **la determinación del IBL** para calcular la pensión de un beneficiario de la transición, **no se altera ante el evento de que trabajador no hubiese percibido rubro alguno entre la fecha del retiro del servicio y la consolidación del derecho**, ya que es criterio actual de esta Corte que el cálculo del IBL de las pensiones de jubilación otorgadas bajo el régimen de transición deben ajustarse, en todo caso, a las pautas establecidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3113-2019). Así se indicó en sentencia CSJ SL 7061-2016”* (negrilla fuera del texto)

De lo que viene dicho, esta Corporación se aviene al criterio actual ampliamente desarrollado en líneas anteriores, y en ese horizonte, dado que la pretensión consiste en la reliquidación de la pensión de vejez con el promedio de lo devengado en el último año de servicios a la luz del artículo 1 de la ley 33 de 1985, y de manera consecuencial lo era la indexación de la mesada pensional que arrojar tal guarismo desde 1994 hasta el año 2009, no queda más camino para la Sala que revocar el

fallo de instancia, para en su lugar absolver a la entidad demandada de las pretensiones enarboladas en su contra, aunado a que, en la resolución que reconoció la prestación se da cuenta que la entidad de previsión social actualizó los salarios devengados hasta el año 2009, fecha de causación de la pensión de vejez (Fol. 25 vuelto).

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la entidad demandada FONCEP, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 908.526, equivalente a 1 SMLMV. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante. Tásense.

DECISIÓN

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 06 de noviembre de 2020 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, de todas las pretensiones incoadas por la parte actora, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante, y a favor de la parte demandada FONCEP. Fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 908.526, equivalente a 1 SMLMV. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante. Tásense.

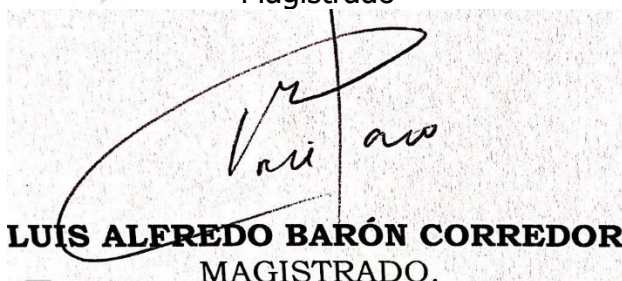
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO PONENTE

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada FONCEP, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 908.526, equivalente a 1 SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **MARTHA ELIZABETH DEL SOCORRO LEÓN VIEDA**
DEMANDADO: **COLFONDOS S.A. y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-033-2018-00438-01**
ASUNTO: **CONSULTA Y APELACIÓN**
TEMA: **BONO PENSIONAL TIPO A.**

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

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
AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. IVAN DARIO BLANCO ROJAS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora MARTHA ELIZABETH DEL SOCORRO LEON VIEDA a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que tiene derecho a la devolución de aportes y, en consecuencia, se condene a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la devolución de saldos, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró para varias empresas privadas, efectuando cotizaciones al extinto ISS, hoy COLPENSIONES, y posteriormente a COLFONDOS S.A.; que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación mediante resolución No 4502 del 08 de septiembre de 2010; que solicitó la indemnización sustitutiva a COLPENSIONES, pero le fue negada con el argumento de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no emite el bono pensional por estar disfrutando de una pensión de jubilación; que solicitó la devolución de saldos ante COLFONDOS S.A., pero le dieron respuesta negativa el 08 de marzo de 2018; que el 16 de febrero de 2018 solicitó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la certificación y expedición del valor del bono pensional, siéndole respondida de manera desfavorable el 05 de marzo de 2018.

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

3. Contestaciones

- **COLPENSIONES.:** Manifiesta que se opone a las pretensiones dado que la actora registra afiliación a COLFONDOS S.A. desde 1998, siendo responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público las cotizaciones que aquella efectuó en el ISS, entidad que debe emitir el bono pensional tipo A, aunado a que al estar pensionada la actora por el magisterio se presentan incompatibilidad con la emisión del bono pensional. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

- **COLFONDOS S.A.:** Arguye que la demandante se encuentra disfrutando de una pensión de jubilación del régimen exceptuado y por ende no puede acceder a las prestaciones que consagra el sistema general de pensiones, aunado a que el saldo de la cuenta de ahorro individual fue trasladado a la FIDUPREVISORA S.A. Como medios enervantes de las pretensiones propuso las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, compensación, buena fe, y la innominada o genérica.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OBP.:** Como réplica a la demanda precisó que se opone a toda y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, en razón a que lo pretendido es abiertamente contrario a la correcta interpretación del artículo 279 de la ley 100 de 1993 y el artículo 128 de la Constitución Política; que la actora es beneficiaria de una pensión del magisterio que se financia con recursos públicos, y a la vez pretende la devolución de saldos con la emisión del bono pensional, el cual también se financia con recursos públicos. Como excepciones de fondo rotuló las de inaplicabilidad de las disposiciones de la ley 100 de 1993, aplicación del artículo 11 del Decreto 3995 de 2008, imposibilidad de recibir dos prestaciones con cargo a los recursos públicos, buena fe, y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró la compatibilidad entre la pensión de jubilación concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la devolución de saldos solicitada ante la AFP COLFONDOS S.A., incluida la cifra que resulte del trámite del bono pensional; ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, emitir el bono pensional tipo A correspondiente a los tiempos cotizados ante el ISS hoy COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., que de manera armónica y coordinada den cumplimiento al procedimiento establecido para hacer efectiva la redención del bono pensional a que tiene derecho la demandante; condenó a COLFONDOS S.A. a efectuar la devolución de aportes a que tiene derecho la demandante, incluido el valor del bono pensional; declaró no probada las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho, y gravó en costas a COLFONDOS S.A. y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 142 a 144 con CD de audiencia).

Su decisión se basó en que existe compatibilidad entre la devolución de saldos y la pensión de jubilación que reconoció el Magisterio a la actora, pues se tratan de tiempos de cotización diferentes, ya que mientras la devolución de saldos es por el tiempo cotizado en el sector privado, la pensión de jubilación lo fue por el tiempo servido como docente de instituciones públicas, ello así, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Oficina de Bonos pensionales, está obligado a reconocer emitir y expedir el bono pensional, al tiempo que COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. en virtud del principio de colaborar armónica deben atender el trámite ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y posteriormente, COLFONDOS S.A. una vez cuente con el bono pensional en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, debe proceder al reconocimiento y pago de la devolución de saldos en favor de la actora; finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción, consideró que la devolución de saldos como la pensión de vejez gozan de imprescriptibilidad.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por:

- **COLFONDOS S.A.:** No está de acuerdo con la orden impartida de reconocer la devolución de saldos, ya que a su juicio existe incompatibilidad entre la devolución de saldos y la pensión de jubilación que viene recibiendo del Magisterio, por ello, solicita que se revoque la sentencia, y en su lugar, se ordene que los saldos de la cuenta de ahorro individual se trasladen a la entidad que administra la prestación de la actora, esto es, al magisterio o la Fiduprevisora S.A..

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OBP.:** Manifiesta que el a quo desconoce el artículo 230 de la Constitución Política, ya que el juez está sometido al imperio de la ley, y la jurisprudencia es un criterio auxiliar, siendo que el a quo no hizo referencia a ninguna normatividad que permita deducir la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la devolución de saldos, pues solo hizo alusión a unos apartes jurisprudenciales; que desconoce el a quo el artículo 128 Constitucional al establecer que los aportes que generan la pensión en el magisterio con los aportes del sistema general de pensiones tienen fuentes diferentes, ya que pasa por alto que de conformidad con el artículo 121 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales son títulos de deuda pública, es decir, tanto el bono pensional como la pensión de jubilación se financian con recursos del erario público; que la jurisprudencia no ha abordado este tema; que en si el Ministerio no se opone a la devolución de saldos, sino a la emisión del bono pensional. En definitiva solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las pretensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia en la que con acierto el a quo decidió acceder a las pretensiones al no encontrar incompatibilidad entre la devolución de saldos y la pensión que viene disfrutando del magisterio; que en otros procesos el Ministerio de Hacienda ya esta proponiendo formula conciliatoria en estos temas.

6.2. COLFONDOS S.A.: Aduce que debe revocarse la sentencia, ya que la actora disfruta de una pensión a cargo de la Nación- Ministerio de Educación Nacional, y por ende, al pertenecer al régimen exceptuado mal podría estar vinculada al RAIS; que lo procedente es trasladar los saldos a la Fiduprevisora S.A.; finalmente, en caso

de confirmar la decisión de instancia, esta debe quedar condicionada al cumplimiento de la orden por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

6.3. Colpensiones.: Solicita que se revoque cualquier orden impuesta a COLPENSIONES, ya que si bien es cierto el trámite del bono pensional es interadministrativo, debe tenerse en cuenta que primero debe realizarse la solicitud del demandante ante el fondo privado, y luego si se puede acudir a la jurisdicción para que declare su procedencia.

6.4 Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Manifiesta que el Ministerio ha establecido una nueva política en el Comité de Conciliación, el cual consiste en proponer formula conciliatoria en eventos como en el presente donde se solicita la devolución de saldos, a pesar de contar con una prestación económica del FOMAG.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales demandadas 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 mismo, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a la emisión, expedición y pago de un bono pensional por las cotizaciones realizadas por la actora al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, entre el periodo del 28 de agosto de 1990 al 31 de mayo de 1998, a pesar de que le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio? En caso positivo (ii) ¿COLFONDOS S.A. está obligado al reconocimiento de la devolución de saldos a favor de la actora?

AFILIACIÓN Y APORTES PENSIONALES DEL DOCENTE OFICIAL AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que la demandante nació el 19 de marzo de 1955 (fol. 35); (ii) Que estuvo afiliada al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 28 de agosto de 1990, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 31 de mayo de 1998, logrando cotizar un total de 167.43 semanas (fol. 30) y se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 01 de junio de 1998, cotizando 240.14 semanas (fol. 177); (iii) Que mediante resolución No 4502 del 08 de octubre de 2010 le fue concedida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la pensión de jubilación a partir del 20 de marzo de 2010, por los servicios prestados como docente nacional durante más de 20 años, desde el 01 de junio de 1979 hasta el 19 de marzo de 2010 (fols. 32 a 34); (iv) Que COLFONDOS S.A. el 12 de marzo de 2018 le informa respecto al trámite del bono pensional que "*beneficiario registrado con indicio pensión no ISS incompatible con bono pensional*" (Fols. 19 a 22); (v) Que mediante documento de 05 de marzo de 2018 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informa que es un afiliado exceptuado del sistema general de pensiones y se encuentra recibiendo pensión de

jubilación por parte del magisterio, además de existir incompatibilidad entre el bono pensional tipo A y la pensión de jubilación del magisterio (Fols. 25 a 29). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de la devolución de saldos por parte de COLFONDOS S.A., en la que se incluya el bono pensional tipo A, y si hay lugar a ordenar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe emitir el bono pensional tipo A, pese a que a la actora le fue concedida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Previo a entrar en la solución de la controversia planteada, es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que se permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones a la demandante desde el 28 de agosto de 1990 hasta el 31 de mayo de 1998, en el régimen de prima media con prestación definida, y luego, en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., por virtud del traslado de régimen pensional.

Inclusión del bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales dentro del trámite de devolución de saldos en el RAIS.

Así las cosas, una interpretación sistemática de los artículos 66, 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1299 de 1994, permite concluir que la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, de quienes no

hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, incluye los rendimientos financieros y **el valor del bono pensional**, si a éste hubiere lugar, y por tanto, el bono haría parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

A más de lo anterior, tenemos que con el advenimiento del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, el sistema de financiación del fondo común del RPM y de las cuentas de ahorro individual del RAIS se estructurará sobre la base de contribuciones bipartitas de empleadores y trabajadores dejando al Estado por fuera del aporte, dando lugar a la posibilidad del disfrute de dos prestaciones pensionales: una de jubilación proveniente del Tesoro Nacional (como la pensión gracia y la pensión de jubilación, en tratándose de docentes) y la otra a cargo del RPM o del RAIS, en los casos en que una misma persona prestó sus servicios a entidades públicas con regímenes exceptuados y a empleadores del sector privado.

Criterio que se compasa con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y que dispone: "*m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran*"; permitiéndose que una persona pueda percibir dos prestaciones pensionales, una del régimen del magisterio y otra del sistema general de pensiones, siempre que los aportes que causan cada prestación provengan de fuentes de financiación diferentes.

En el caso de autos, se resalta que las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del bono pensional, fueron efectuadas al extinto ISS en virtud de los servicios prestados por la actora en establecimientos educativos del sector privado (COLEGIO CLARETIANO, COLEGIO HISPANO AMER, COLEGIO DEL CARMEN TERE, e INSTITUTO ANDRES REY), y no corresponden en lo absoluto a los tiempos de servicio que sirvieron de base para el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues conforme la resolución No 4502 del 08 de octubre de 2010, su pensión de jubilación se causó por el servicio prestado como docente nombrada por Decreto 973 de 1979 desde el 01 de junio de 1979 hasta el 19 de marzo de 2010 (fols. 32 a 34).

Bajo este horizonte, importa resaltar que dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reembolsa al afiliado a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, debe incluirse el bono pensional causado por aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales, a pesar de tratarse de una persona que ha sido afiliada a un régimen exceptuado, puesto que los aportes que sirven para la financiación del bono pensional no tienen origen en fondos de naturaleza pública sino que son realizados por empleador y trabajador, y porque la finalidad de tal devolución dentro del Sistema General de Pensiones es que comprenda todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado soporte financiero de su pensión de vejez.

Ello así, la devolución de saldos en el RAIS y el Bono Pensional son dos asignaciones completamente ajenas a la pensión de jubilación del régimen exceptuado del magisterio, esto es, en razón a su fuente: una obedece a servicios prestados al Estado y otra a los aportes al Instituto de Seguros Sociales por haber cotizado como trabajadora dependiente al servicio de empleadores del sector privado.

Al respecto, baste traer a colación lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de julio de 2013, radicado 41001, en un caso análogo al que hoy convoca a la Sala, en la que la Corte, adoctrinó: *"Por lo mismo, las dos erogaciones - **bono pensional y devolución de saldos** - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo. Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse. (...) Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos."*

Por lo expuesto, la afiliación y las cotizaciones de la actora al RPM fueron plenamente válidas y son compatibles con su afiliación como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se itera, si bien las prestaciones pensionales de los docentes oficiales son a cargo del Estado, lo cierto es que las mismas se generan por tiempos de servicios ajenos a las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, del cual proviene el bono pensional por la prestación de servicios en el sector privado, lo que impone impartir aprobación a la sentencia de primera instancia, en cuanto ordenó incluir el valor del bono pensional en la devolución de saldos.

Entidad competente para emitir y redimir el bono pensional con destino a la cuenta de ahorro individual por cotizaciones al RPM.

En cuanto al trámite del bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, tenemos que aquel debe ser emitido por la Nación, toda vez que la actora estuvo afiliada al ISS desde el 28 de agosto de 1990 (fol. 30), es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como lo dispone el literal A) de los artículos 14 y 16 del Decreto 1299 de 1994, en armonía con el inciso primero del artículo 2º del Decreto 3798 de 2003, cuyo apartes pertinentes se trasuntan:

"Artículo 14º Emisor y contribuyentes. Los bonos pensionales serán emitidos:

a. Por la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente Decreto".

"Artículo 16º Decreto 1299 de 1994 Bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación. La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al sistema general de pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1 de abril de 1994. (...)"

Y es que, con fundamento en lo dispuesto en el literal A) del artículo 14 y el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, en armonía con el inciso primero del artículo 2° del Decreto 3798 de 2003, es viable la emisión del bono pensional, a pesar de que de manera coetánea haya estado afiliada al magisterio y posteriormente recibiera la pensión de jubilación del sector oficial, dado que como quedó dicho en precedencia, no existe incompatibilidad entre las prestaciones que pueda percibir en el régimen exceptuado del magisterio y las prestaciones económicas del sistema general de pensiones.

Ello así, es claro para la Judicatura que el bono pensional debe ser emitido y pagado por la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en tal sentido es a esta entidad contra la que debe enfilarse la condena, rubro con destino a la AFP COLFONDOS S.A., para que, a su vez esta última proceda a la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por manera que, la Sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMONICA

En lo que aquí respecta, cumple acotar que el artículo 113 de la Constitución política establece que las entidades del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, en la que también se involucra las AFP del RAIS, pues estamos frente al reconocimiento de un derecho de la seguridad social, y por tal motivo, fue acertada la decisión del a quo al ordenar que tanto COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., como la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deben ceñirse a tal principio para hacer efectivo el derecho prestacional reclamado por la demandante, aunado a que en efecto el trámite del bono pensional al ser un trámite eminentemente administrativo requiere de la colaboración de las entidades involucradas.

Nótese que, el Decreto 1314 de 1994 compilado en el Decreto 1833 de 2016, establece los mecanismos y procedimientos para la tramitación de los bonos pensionales, y en efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL196-2019) ha considerado que se trata de un procedimiento de carácter administrativo, en los siguientes términos:

*"Dicha circunstancia, obligaba a **agotar previamente el procedimiento administrativo de reliquidación del bono**, para poder atender la solicitud de expedición del mismo, gestión que le corresponde adelantar a administradora de pensiones a nombre de su afiliado, para que de esta forma, se corrijan los errores o diferencias encontradas, antes de proceder a negociar el bono pensional, y así poder otorgar la pensión anticipada de vejez pretendida.*

*Ahora, es oportuno recordar que el procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A presupone **el agotamiento de las siguientes etapas**: (i) conformación de la historia laboral del afiliado; (ii) solicitud y realización de la liquidación provisional; (iii) aceptación por parte*

del afiliado de la liquidación provisional; (iv) emisión; (v) expedición; (vi) redención y (vii) pago del bono pensional” (Negrilla fuera del texto).

De lo expuesto, se confirmará la orden impuesta relativa a que a través de la colaboración armónica entre las entidades demandadas, se materialice lo relativo al trámite del bono pensional en lo que este dentro de sus competencias y funciones.

Colofón de lo anterior, no queda otro camino para la Sala que impartir confirmación integral al fallo confutado.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público- OBP y COLPENSIONES. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP se imponen a la parte vencida en el proceso, que fue lo que hizo el a quo, por demás que el Ministerio demandado hizo férrea oposición al considerar que no es viable la emisión del bono pensional tipo A.

DECISIÓN

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 10 de marzo de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

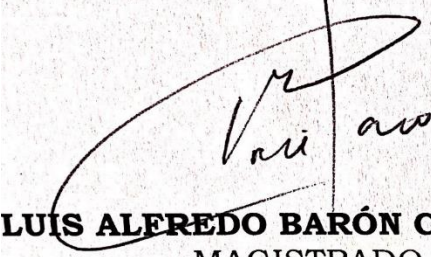
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: **JESÚS MARÍA CENTENO MARTÍNEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-007-2017-00710-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDADAS**
TEMA: **CÁLCULO ACTUARIAL Y RECONOCIMIENTO PENSIONAL.**

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor JESÚS MARÍA CENTENO MARTÍNEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de una relación laboral con la sociedad PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, y en consecuencia, se ordene a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a realizar los aportes para pensión en el lapso del 14 de abril de 1989 hasta el 02 de diciembre de 1992; que se ordene a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial por el periodo antes relacionado, y a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS la orden de pagar el citado cálculo actuarial; que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con los incrementos legales y mesadas adicionales, a partir del 29 de abril de 2013, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 29 de abril de 1953; que con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS existió un contrato de trabajo que inició el 14 de abril de 1989 y finalizó el 05 de septiembre de 2008; que el empleador solo lo afilió al riesgo de pensión hasta el 03 de diciembre de 1992; finalmente, que el 11 de agosto de 2017 solicitó ante COLPENSIONES el

reconocimiento de la pensión de vejez, pero le fue negado a través de resolución SUB 199852 del 19 de septiembre de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 101); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que las pretensiones relativas a la relación laboral van dirigidas a una entidad diferente a COLPENSIONES, y en lo que respecta a la pensión de vejez, manifiesta que mediante resolución GNR 287543 del 26 de septiembre del 2016 se le reconoció la indemnización sustitutiva, y además no hay certeza y prueba que demuestre que el demandante estuvo vinculado laboralmente al empleador PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, y por ende, el demandante no causa ninguna prestación económica, ya que no reúne las semanas exigidas. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica.

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS.: Como réplica de la demanda manifiesta que en efecto la relación laboral inició el 14 de abril de 1989, pero la misma ya finalizó; que la sociedad demandada solo tuvo obligación de afiliar al demandante para el sistema general de pensiones a partir del 1 de diciembre de 1992, tal como lo certificó el mismo ISS; que la entidad demandada subrogó la obligación en el ISS, y además no es posible exigir la contabilización de semanas para reconocimiento pensional cuando el empleador no estaba obligado a realizar la afiliación y cotización, y mucho menos estaría obligado al pago del cálculo actuarial. Como excepciones de mérito postuló la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe de la demandada, prescripción, y las demás que se demuestren en el proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y el demandante, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de abril de 1989 hasta el 05 de septiembre de 2008, y en consecuencia, declaró que las PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS está obligada a pagar a favor de COLPENSIONES el cálculo actuarial por valor de \$77.684.221 con corte al 31 de agosto de 2019, por el periodo laborado del 14 de abril de 1989 hasta el 02 de diciembre de 1992, debiendo COLPENSIONES actualizar tal valor hasta la fecha en que se efectuó el pago; ordenó a COLPENSIONES a recibir el valor del cálculo actuarial y a tener como semanas cotizadas el periodo del 14 de abril de 1989 hasta el 02 de diciembre de 1992; declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en virtud del régimen de transición y con aplicación del Decreto 758 de 1990, por lo que ordenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez del actor en cuantía de UN SMLMV, y a partir del 29 de abril de 2013; declaró probada parcialmente la excepción

de prescripción y compensación; condenó a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante la suma de \$57.692.081 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 11 de agosto de 2014 y el 30 de agosto de 2019, suma que deberá indexarse, y al cual se le debe descontar el pago realizado como indemnización sustitutiva mediante resolución GNR 287543 de 2017, y que equivale a \$21.560.268; ordenó a COLPENSIONES a seguir reconociendo la pensión en cuantía de \$828.116 a partir del 01 de septiembre de 2019, con los incrementos legales; declaró no probados los demás medios exceptivos propuestos, y gravó en costas procesales PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS (fls. 183 a 184, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la relación laboral entre el señor JESÚS MARÍA CENTENO MARTÍNEZ y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS entre el 14 de abril de 1989 hasta el 05 de septiembre de 2008; y en lo relacionado con el cálculo actuarial su decisión se basó en lo establecido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL 4072 de 2017, en la que el criterio constante es la asunción del cálculo actuarial a cargo del empleador de los tiempos no cotizados antes de 1994, independiente de que no haya existido obligación de realizar afiliación al ISS, o que su omisión haya ocurrido por falta de cobertura, aunado a que, para esas calendas el empleador tenía la responsabilidad de asumir las prestaciones; que la manera práctica es facilitar que el actor consolide su derecho pensional a través del cálculo actuarial a cargo del empleador; que el riesgo de vejez siempre estuvo a cargo del empleador, por lo que no puede servir de excusa el hecho de que no haya existido cobertura del ISS; que el empleador debe responder por el cálculo actuarial liquidado por requerimiento del despacho por parte de COLPENSIONES, el cual arrojó la suma de \$77.684.221 a corte del 31 de agosto de 2019, el cual debe actualizarse hasta la fecha del pago, y seguidamente COLPENSIONES debe computar el periodo reconocido en el cálculo actuarial como semanas cotizadas, que en total suman 152.05 semanas; que sobre el cálculo actuarial no opera la excepción de prescripción por ser un derecho irrenunciable e imprescriptible; en relación con el reconocimiento pensional, consideró que al actor le asiste el reconocimiento a la luz del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, prestación que se causó el 29 de abril de 2013, es decir, al cumplimiento de los 60 años de edad, y más de las 1.000 semanas cotizadas, y en cuantía de un SMLMV por haberse encontrado que el IBL arrojaba un monto inferior; declaró la prescripción de las mesadas pensionales generadas con anterioridad al 11 de agosto de 2014, ya que la reclamación la realizó el 11 de agosto de 2017, y la causación fue el 29 de abril de 2013; ordenó la indexación y declaró probada la excepción de compensación por haberse reconocido la indemnización sustitutiva a través de resolución GNR287543 de 2016, por valor de \$ 21.560.268, suma que también ordenó indexarse hasta el momento en que se vaya a efectuar la compensación.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de las siguientes partes procesales:

5.1. COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la sentencia, ya que el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe que una persona reciba dos asignaciones del tesoro público, y en el caso del demandante se realizó un reconocimiento de la indemnización sustitutiva a través de la resolución GNR287543 de 2016, además tal prestación se reconoció porque no cumplía con las semanas exigidas para el reconocimiento pensional; que al momento de elevar la reclamación del derecho se encontraba COLPENSIONES frente a una petición antes de tiempo, ya que el tiempo

laborado sin cotizaciones no puede ser tenido en cuenta sino solo hasta cuando se haga el pago del cálculo actuarial; afirma que la prescripción debe operar 3 años antes de la inclusión en nómina.

5.2. PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS.: No está de acuerdo con la decisión de instancia, e insiste en que solo hasta el año de 1992 se dio la cobertura por parte del ISS en el lugar donde se prestó los servicios, y fue así como la entidad procedió a afiliarse al actor, pues antes de esa fecha no tenía obligación; que debe tenerse en cuenta la doctrina probable en la que más de 3 sentencias consideran que no existió la obligación de cotizar antes de la cobertura del ISS, y cuando se dio la cobertura el empleador subrogó el riesgo en cabeza de COLPENSIONES. En definitiva solicita que se revoque la sentencia y se imparta absolución.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante: En la oportunidad legal el apoderado judicial del demandante solicitó que se mantenga la condena impuesta relacionada con la pensión de vejez y el cálculo actuarial, ya que se ajusta a las previsiones legales sobre la materia.

Colpensiones: Manifiesta que debe revocarse la decisión de instancia, negándose las pretensiones incoadas por el actor, ya que solo una vez el empleador responda por el cálculo actuarial se puede hacer el estudio del reconocimiento de la prestación por parte de COLPENSIONES, presentándose la falta de legitimación por pasiva, igualmente, que COLPENSIONES reconoció la indemnización sustitutiva, el cual es incompatible con la pensión reclamada.

7. 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) ¿PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS debe responder por el cálculo actuarial o título pensional con destino a COLPENSIONES por el tiempo laborado por el actor entre el 14 de abril de 1989 hasta el 02 de diciembre de 1992? ii) ¿COLPENSIONES está obligada a recibir el cálculo actuarial o título pensional? iii) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento pensional en virtud del régimen de transición y conforme lo establece el Acuerdo 049 de 1990?, y de ser así iv) ¿Hay lugar a la indexación?

AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES ANTES DE LA LEY 100 DE 1993.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: la existencia de la relación laboral entre el actor y la PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, por el lapso comprendido entre el 14 de abril de 1989 al 05 de septiembre de 2008, pues de ello da cuenta la documental de folios 42 a 45, contenido del contrato de trabajo y liquidación final de prestaciones, e igualmente, la entidad acepta la existencia de la relación laboral en la contestación de la demanda, consistiendo la negativa en el

no reconocimiento del cálculo actuarial por parte del empleador al no estar obligado a realizar la afiliación antes del 02 de diciembre de 1992; así mismo, no es objeto de discusión que registra afiliación al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 03 de diciembre de 1992, tal como aparece en la historia laboral de folio 16 y 17, en la que acredita 917.71 semanas hasta el 31 de enero de 2013; que mediante Resolución GNR 287543 del 27 de septiembre de 2016 COLPENSIONES reconoció el valor de \$1.560.268 por concepto de indemnización sustitutiva (Fol. 11); que el 11 de agosto de 2017 solicitó la pensión de vejez, y le fue negada a través de Resolución SUB 199852 del 19 de septiembre de 2017 por no contar con la densidad de semanas para causar la prestación (Fols. 11 a 15).

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se inició a partir del 01 de enero de 1967, de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966; sin embargo, la cobertura en el territorio nacional fue de manera progresiva.

Al respecto, en casos como el aquí presente, relacionado con tiempos de servicios prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria, ha establecido nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral, al igual que los casos de omisión de la afiliación, que: *"le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comentario". (Sentencia radicación No 32922 de 2009, sentencia SL17300 de 2014, sentencia SL3892 de 2016, radicación No 45209).*

Ab initio, cumple resaltar que ciertamente la postura del a quo, en lo relativo a que el empleador PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la de radicado SL15511 de 2017, pues cuando el tiempo reclamado por falta de afiliación o cobertura del otrora ISS no se pueda consolidar el derecho pensional, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES y, a su vez, esta última, tener en cuenta el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento pensional.

En sustento de lo anterior, valga traer a colación la sentencia SL197 de 2019, en la que la Corte hace todo un recuento jurisprudencial en lo relacionado con la obligación de los empleadores de asumir el cálculo actuarial aún en los eventos en que no se efectuaron aportes por falta de cobertura del ISS; en esa providencia, concluye la Corte lo siguiente: ***"La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social"***. (Negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, se hace necesario tener en cuenta el periodo de tiempo laborado en PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS que no fue cotizado por falta de cobertura del ISS, lo que da lugar a colegir por esta Sala que a la luz de la jurisprudencia citada, si bien, el tiempo de servicios laborado para PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS antes de la obligatoriedad de la afiliación es inferior a 10 años, ello no implica que no deba asumirse el cálculo actuarial, pues con el tiempo de servicios prestados del 14 de abril de 1989 hasta el 01 de diciembre de 1992, que corresponden a 186.85 semanas, sumadas a las 917.71 semanas que acredita en COLPENSIONES, arrojaría un total de 1.104,56 semanas en toda su vida laboral, que le permitiría al actor, consolidar su derecho pensional con el régimen de transición, como seguidamente se entrará a analizar.

En efecto, como quiera que COLPENSIONES allegó al cartulario la liquidación del cálculo actuarial que le corresponde pagar a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, se confirmará la decisión de instancia de ordenar el pago de \$77.684.221, junto con la actualización de tal suma hasta la fecha efectiva de su pago por parte del empleador, pues tal cálculo actuarial es a corte de 31 de agosto de 2019 (Fol. 165 a 167).

PENSION DE VEJEZ y REGIMEN DE TRANSICION.

Acto seguido y en consonancia con las pretensiones incoadas procede la Sala al estudio del reconocimiento pensional, para lo cual es menester recabar que para el 1 de abril de 1994 tenía 40 años de edad, por haber nacido el 29 de abril de 1953 (fl. 6), razón por la cual debe estudiarse su derecho a las luz de tales prerrogativas, establecidas como se sabe en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en su caso puntual en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, por cuanto antes de 1994 venía cotizando en el sector privado.

En lo relacionado con la conservación del régimen de transición tras la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, debe decirse que, en efecto, al 29 de julio de 2005 el actor contaba con 816.6 semanas, es decir, una densidad cotizacional superior a las 750 semanas que exige el mentado Acto Legislativo, y por ello, siguió conservando la transición hasta el año 2014, precisándose que solo con el tiempo de servicios que se reconoce a través del cálculo actuarial sigue conservando el beneficio de la transición, pues omitiendo tal periodo solo alcanza 6929.75 semanas, lo que constituye una razón más para prohiar acertada la decisión de instancia respecto a la condena al empleador al reconocimiento del cálculo actuarial.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece como requisitos para optar por la pensión de vejez, el cumplimiento de 60 años de edad en el caso de los hombres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Respecto al cumplimiento de la edad, nótese que de conformidad con la cedula de ciudadanía visible a folio 6, el actor arribó a los 60 años de edad el 29 de abril de 2013 por haber nacido el mismo día y mes del año 1953, y según la historia laboral que obra en el expediente (Fols. 16 a 17), y las semanas del cálculo actuarial, aquel suma más de 1.000 semanas de cotización en toda su vida laboral (14/04/1989 al 31/01/2013), por lo que no cabe duda del derecho que le asiste, pues cumple a

cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1996, esto las 1.000 en toda su vida laboral.

Respecto del ingreso base de liquidación, resulta vano hacer alguna disquisición al respecto, pues el a quo determinó que su reconocimiento es en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, aspecto que deberá confirmarse en la medida en que no fue punto objeto de apelación por el demandante y en todo caso se aviene a los postulados del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la pensión otorgada no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto al disfrute pensional establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a su disfrute.

La historia laboral de cotizaciones de la parte actora (fols. 16 a 17) da cuenta de que el periodo de enero de 2013 fue su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones, incluso antes de acreditar los 60 años, razón por la cual, el disfrute pensional corresponde al cumplimiento de los 60 años de edad, esto es, 29 de abril de 2013; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el a quo determinó que las mesadas anteriores al 11 de agosto de 2014 se encuentran prescritas, cumple relieves que, las mesadas se causaron a partir del 29 de abril de 2013, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó una solicitud pensional el 11 de agosto de 2017 (fol. 11), que fue resuelta a través de resolución SUB 199852 del 19 de septiembre de 2017 (fols. 11 a 15), y entre esta resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 09 de noviembre de 2017 (fol. 26), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 11 de agosto de 2014, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por COLPENSIONES y haberse así determinado por el a quo de manera correcta.

Así las cosas, con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, debiendo determinar la Sala modificar este aspecto en la presente la decisión. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 11 de agosto de 2014 y el 31 de mayo de 2021, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$67.296.163**. A partir del 01 de junio de 2021, COLPENSIONES reconocerá una mesada pensional de **\$ 908.526**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2014	3,66%	5,66666667	\$ 616.000	\$ 3.490.667
2015	6,77%	13	\$ 644.350	\$ 8.376.550
2016	5,75%	13	\$ 689.454	\$ 8.962.902
2017	4,09%	13	\$ 737.717	\$ 9.590.321

2018	3,18%	13	\$ 781.242	\$ 10.156.146
2019	3,80%	13	\$ 828.116	\$ 10.765.508
2020	1,61%	13	\$ 877.803	\$ 11.411.439
2021		5	\$ 908.526	\$ 4.542.630
			TOTAL	\$ 67.296.163

Se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto autorizó a COLPENSIONES para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

En lo que respecta a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ha venido adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 8SL1067-2021), que: “*el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no tiene incidencia frente al reconocimiento del derecho principal como lo es la pensión de vejez, siempre y cuando este último se haya causado antes del reconocimiento de la referida indemnización*”, circunstancia que aconteció en el sub examine, pues la indemnización sustitutiva se reconoció mediante resolución GNR 287543 del 27 de septiembre de 2016 COLPENSIONES reconoció el valor de \$21.560.268 por concepto de indemnización sustitutiva (Fol. 11), y la pensión de vejez aquí otorgada se causó el 29 de abril de 2013. En cuanto a la compensación o descuento autorizado a realizar por COLPENSIONES sobre el retroactivo causado se impartirá confirmación, ya que no solo fue propuesta la excepción de compensación por parte de COLPENSIONES sino también porque son recursos del sistema integral de seguridad social y existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de vejez propiamente dicha, incluso, es acertada la decisión del a quo de ordenar

que el valor recibido por indemnización sustitutiva (\$21.560.268) se indexe al momento de realizar el descuento.

Finalmente, en lo atinente a que el reconocimiento pensional quede supeditado al pago del cálculo actuarial por parte del empleador o que existe una petición antes de tiempo como lo esgrime la apoderada judicial de COLPENSIONES, importa acotar por la Sala que, si bien en aplicación a lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, literal e): *"En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional"*, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 2° del CGP, se debe garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de quien reclama su reconocimiento en la instancia judicial, y por ello, dejar condicionado el reconocimiento pensional hasta que el empleador reconozca el cálculo actuarial, sería tanto como desconocer el derecho a la seguridad social y el disfrute efectivo de la prestación económica luego de haber cumplido con creces la densidad cotizacional, además una vez declarada la obligación a cargo del empleador que debe responder por el cálculo actuarial, puede COLPENSIONES ejercer los mecanismos administrativos y/ o judiciales para materializar la orden impartida en la sentencia a cargo del empleador, cuya potestad se encuentra reglada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a través de la persecución coactiva de su cobro.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman. Tásense.

DECISIÓN

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 OCTAVO de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"OCTAVO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JESUS MARÍA CENTENO MARTINEZ la pensión de vejez y la suma de **\$67.296.163**, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 11 de agosto de 2014 y el 31 de mayo de 2021, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. A partir del 01 de junio de 2021, COLPENSIONES seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente a **\$908.526**, junto con la mesada adicional de diciembre de cada año, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100

de 1993, autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos dirigidos al sistema de seguridad social en salud.

PARÁGRAFO PRIMERO: ORDENAR la INDEXACIÓN de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Se **AUTORIZA** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor de la indemnización sustitutiva que le fue reconocida mediante Resolución 287543 de 2017, en cuantía de \$ 21.560.268, cifra que deberá ser indexada al momento de realizar el descuento respectivo, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

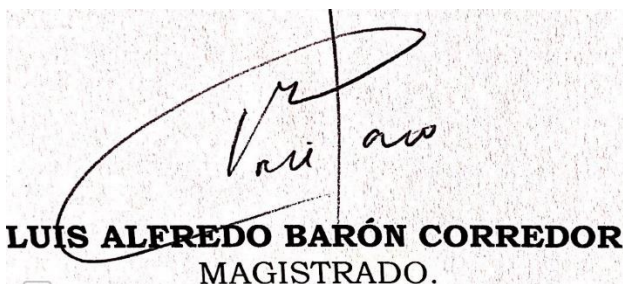
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: *HECTOR EDUARDO CASTEBLANCO OYOLA*
DEMANDADO: *ECOPETROL S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-009-2017-00660-01*
ASUNTO: *APELACIÓN DEMANDADA*
TEMA: *JUSTA CAUSA - RECONOCIMIENTO PENSIONAL.*

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

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. El señor HECTOR EDUARDO CASTEBLANCO OYOLA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de una relación laboral con la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL S.A., y en consecuencia, se ordene el reintegro al mismo cargo u otro de igual o mejores condiciones al momento de haber sido despedido sin justa causa, junto con el pago de los salarios y demás acreencias laborales legales y extralegales dejados de percibir desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro, la indemnización moratoria, los perjuicios morales, la indexación y las costas procesales; de manera subsidiaria peticionó que se condene a ECOPETROL S.A. a reconocer y pagar la indemnización contenida en el literal d) del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, en cuantía de \$111.165.903, debidamente indexado.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que con ECOPETROL SA, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 08 de agosto de 1989 y finalizó el 31 de marzo de 2015, devengando como último salario la suma de \$3.235.047; que el 02 de marzo de 2015, le fue comunicado un oficio datado el 23 de febrero de 2015, en la que el empleador le informó la decisión de terminar el contrato de trabajo a partir del 31 de marzo de 2015 aduciendo como justa causa el reconocimiento de la pensión de jubilación, documento sobre la cual manifestó inconformidad y se rehusó a suscribirlo, razón por la que fue firmado por dos testigos; que el 7 de marzo de 2015 ECOPETROL S.A. decide publicar en un lugar visible de la empresa el oficio del 20 de febrero de 2015, mediante la cual le comunicaba el reconocimiento de la pensión de jubilación en forma vitalicia por Plan 70, a partir del 01 de abril de 2015; que nuevamente ante la negativa de suscribir tal documento

fue firmado por dos testigos por parte del empleador; que el oficio del 20 de febrero de 2015 fue remitido por correo al domicilio del trabajador, y fue recibido el 09 de marzo de 2015; que el 31 de agosto de 2017 elevó reclamación ante ECOPETROL S.A., siendo respondida a través de oficio del 13 de septiembre de 2017, argumentando que el retiro se efectuó siguiendo el marco de la Convención Colectiva de Trabajo, el artículo 62 del CST y el Decreto 1072 de 2015.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 251 y 252); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones: ECOPETROL S.A. se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que el contrato del demandante terminó por justa causa debido al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen laboral de ECOPETROL S.A., en consecuencia, no existen razón jurídicas para el reintegro pretendido, y tampoco le asiste derecho a la pretensión subsidiaria, ya que se insiste el vínculo laboral feneció por justa causa ante el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a ECOPETROL S.A. a reconocer y pagar al señor HECTOR EDUARDO CASTEBLANCO OYOLA la suma de \$111.165.800,24 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá indexarse desde su causación hasta el momento del pago efectivo; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a las pretensiones de reintegro y pago de acreencias laborales y prestacionales, legales y convencionales, dejadas de percibir desde su desvinculación, la indemnización moratoria y perjuicios morales; absolvió a ECOPETROL S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante, y gravó en costas a ECOPETROL S.A. (fls. 322 a 324, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la relación laboral entre el señor HECTOR EDUARDO CASTELBLANCO OYOLA y ECOPETROL SA entre el 08 de agosto de 1989 hasta el 31 de marzo de 2015; y en lo relacionado con el reintegro y demás pretensiones consecuenciales, impartió absolución ya que no se demuestra por el actor que el despido haya sido ilegal o que haya acaecido por vicios en el consentimiento, además tampoco se acredita un fuero legal o convencional que amerite dejar sin efectos la terminación de la relación laboral; que la decisión unilateral del empleador de poner fin a la relación laboral no pierde eficacia.

Procedió a verificar si existió o no justa causa en la terminación del contrato de trabajo, ante lo cual, encontró que de conformidad con el parágrafo tercero del Artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo, se debe comunicar al trabajador de la terminación con un mes de anticipación, pero resulta que la notificación de la carta de despido fue el 02 de marzo de 2015, y el vínculo laboral feneció el 01 de abril de 2015, ello es, por fuera del término establecido en la Convención Colectiva, y por ende, consideró que el despido fue sin justa causa; asimismo, determinó que tal circunstancia no genera la ineficacia del despido, y por ende, seguidamente entró a estudiar la pretensión subsidiaria relativa a la indemnización por despido sin justa causa, aplicándole los artículos 62 y 63 del CST, en especial el numeral 14 del artículo

62, relativo a la justa causa por reconocimiento pensional, en la que en extenso hizo alusión a las sentencias SL8757 de 2014, SL14403 de 2015 y SL3357 de 2018, para decir que, no se puede invocar la terminación por justa causa por reconocimiento pensional cuando tal reconocimiento proviene de una convención colectiva, es decir, que la causal del numeral 14 del artículo 62 del CST solo hace referencia a las pensiones legales, y no las extralegales, como el caso de autos.

En la misma línea manifestó que conforme la jurisprudencia solo puede invocarse justa causa por reconocimiento pensional en el caso de ECOPETROL S.A., cuando la prestación sea reconocida en virtud del artículo 260 del CST o la del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, pero en el sub lite la pensión convencional reconocida no corresponde con las anteriores normatividades, ya que la pensión que se le otorgó al actor fue la pensión plena de jubilación Plan 70 de la Convención Colectiva; que de conformidad con la sentencia SL822 de 2020, en el caso de ECOPETROL S.A. la única pensión legal es la regulada en el artículo 260 del CST, y que si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptúa a ECOPETROL S.A. de la aplicación del sistema integral de seguridad social, ello no acarrea que las pensiones convencionales otorgadas por ECOPETROL S.A. sean consideradas como legales y den lugar a la aplicación del artículo 62 numeral 14 del CST; que en gracia de discusión, de considerarse que ECOPETROL S.A. podía terminar el contrato de trabajo invocando como justa causa el reconocimiento pensional, debe tenerse en cuenta que no se ciñó a lo establecido en la Convención Colectiva, esto es, que debía comunicar la decisión con un mes de anticipación y no lo hizo, aspecto que lleva a condenar a ECOPETROL S.A. al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 6 de la ley 50 de 1990, generando un total de \$11.165.824; respecto a la indemnización moratoria manifestó que entre la terminación de la relación laboral y el pago de la liquidación final paso poco tiempo, además que no se evidencia mala fe de la entidad accionada. Finalmente, en lo referente a los perjuicios morales, asintió que de conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral estos no son procedentes en los eventos de terminación del contrato de trabajo, pero que en gracia de discusión tampoco se encontraba acreditado los requisitos para su causación.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte ECOPETROL S.A., quien solicitó la revocatoria de la sentencia, ya que considera que la pensión otorgada al actor debe entenderse que es del régimen legal de ECOPETROL S.A., pues de conformidad con el artículo 279 de la ley 100 de 1993, fue excepcionado de la aplicación del sistema general de pensiones, luego, las pensiones que otorga ECOPETROL S.A. son las que establece el artículo 260 del CST, y las que tiene establecida en la Convención Colectiva; que la razón de ser de la pensión otorgada al demandante es en virtud del régimen legal de ECOPETROL S.A.; que se configura la justa causa por reconocimiento pensional, razón por la cual, no se justifica legalmente que se haya condenado a la indemnización por despido sin justa causa; que la comunicación de la terminación de la relación laboral fue en el mes de febrero de 2015, ya que así esta rotulado tal documento, además el demandante no estuvo desprotegido pues la finalización del vínculo laboral fue el 31 de marzo de 2015, y el reconocimiento pensional lo fue a partir del 01 de abril de 2015.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal respectiva, la entidad demandada presenta alegaciones de conclusión, reiterando la inconformidad planteada en el recurso de apelación, al considerar que a raíz de lo dispuesto en el

artículo 279 de la Ley 100 de 1993, quedó vigente en materia pensional para ECOPETROL S.A. el artículo 260 del CST, la Convención Colectiva y el Acuerdo 01 de 1977, pero no como un régimen pensional voluntario, sino con el carácter de régimen legal para los trabajadores de ECOPETROL S.A., así las cosas, la pensión del demandante es de carácter legal y en consecuencia le es aplicable el artículo 62 del CST; que la carta de terminación se le comunicó con la debida antelación e incluso se informó en la cartelera de la entidad. En definitiva, solicita se revoque la sentencia en lo que respecta a la condena impuesta y se mantenga en lo demás las absoluciones impartidas a ECOPETROL S.A.

7 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿La pensión de jubilación plan 70 establecida en el artículo 106 de la Convención Colectiva de Trabajo puede ser considerada como pensión de carácter legal por tratarse de ECOPETROL S.A., quien conforme el artículo 279 de la ley 100 de 1993 es exceptuado del régimen general de pensiones? ii) ¿La pensión otorgada al demandante en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo constituye justa causa de despido en los términos del numeral 14 del Artículo 62 del CST? y en caso negativo iii) ¿En materia de aplicación de la justa causa por reconocimiento pensional le es aplicable el parágrafo 3 del artículo 118 de la Convención Colectiva?

PENSION DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL COMO JUSTA CAUSA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ECOPETROL S.A.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: la existencia de la relación laboral entre el actor y ECOPETROL SA, por el lapso comprendido entre el 08 de agosto de 1989 al 31 de marzo de 2015, pues de ello da cuenta la documental de folios 5 a 8 y 266, contentivo del contrato de trabajo y liquidación final de prestaciones, e igualmente, la entidad acepta la existencia de la relación laboral en la contestación de la demanda; así mismo, no es objeto de discusión que ECOPETROL S.A. mediante documento fechado el 20 de febrero de 2015 le comunica al actor el reconocimiento de la pensión de jubilación Plan 70 por haber cumplido 25 años y contar con 55 años de edad, pensión que se reconocería a partir del 01 de abril de 2015 (Fols. 10 a 11); que mediante documento del 23 de febrero de 2015 ECOPETROL S.A. le comunica al demandante el asunto de *"terminación contrato individual de trabajo por justa causa por reconocimiento de pensión de jubilación"*, el cual se hizo efectiva a partir del 31 de marzo de 2015 (Fols. 12).

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito colegir es que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2027 de 1951, y posteriormente el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006, las relaciones laborales de ECOPETROL S.A. se rigen por el "derecho común" contenido en el CST (SL4392-2019).

Ahora, en materia pensional y lo relativo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, basta con traer a colación la sentencia SL822-2019, en la que en un caso contra la misma entidad aquí demandada, se desprende que no por el hecho de que ECOPETROL S.A.

esté excluido de la aplicación del sistema general de pensiones, es posible entender o establecer que las pensiones reconocidas en virtud de la Convención Colectiva son de origen legal en materia pensional, y así lo aquilató:

"El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 807 de 1994, preceptos normativos a los que se remite la demandada en el recurso de apelación, reiteró que los trabajadores de Ecopetrol S.A. continuarían rigiéndose por el sistema de seguridad social que se les venía aplicando y, que corresponde: i) Código Sustantivo del Trabajo, artículo 260, ii) Convención Colectiva de Trabajo, iii) Acuerdo 01 de 1977 de la Junta Directiva y iv) todas las normas internas de la Empresa que regían con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

*Así las cosas, de las fuentes formales de las que se deriva el derecho al reconocimiento pensional de los trabajadores de Ecopetrol S.A. aquí citadas, **solamente las reconocidas en aplicación del artículo 260 del CST tienen naturaleza legal, en tanto, provienen de la ley, al paso que las demás, provienen de la decisión consensuada de empleador y trabajadores o, de la mera voluntad del empleador en su reconocimiento**". (Negrilla fuera del texto)*

(...)

Así las cosas, no resulta admisible, como lo pretende Ecopetrol S.A., mutar la naturaleza jurídica extralegal de la pensión de jubilación reconocida a la accionante con fundamento en el Acuerdo 01 de 1977, a una de naturaleza legal, para de esta manera dar justeza a la terminación del contrato de trabajo".

Para ahondar en razones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la de radicado No 36318 del 2011, reiterada en la SL8080-2014, y SL4934 de 2017, puntualizó:

"En ese sentido, la mayoría de la Sala considera que la pensión consagrada en el convenio colectivo de trabajo, como lo admite la empresa recurrente, determina el origen extralegal, aún cuando por las normas legales vigentes sobre la pensión, para ese momento, previeran los mismos requisitos de edad y tiempo de servicios. Ello es así, porque si las partes negociadoras de un pliego de peticiones, se reúnen y acuerdan consagrar el derecho a la pensión en un precepto convencional, con los mismos presupuestos señalados en la ley, para su disfrute, es indudable que su motivación no es otra que la de prever que, si eventualmente desaparece o se modifica la norma legal, continúe vigente el beneficio convencional, en la medida en que los contratantes no pueden ignorar la existencia y vigencia del principio del mínimo de derechos consagrados en la ley, y su superación por otras fuentes del derecho como es la convención colectiva, medio de negociación que indefectiblemente tiende siempre a mejorar los beneficios previstos en la ley para los trabajadores".

De lo expuesto, se extrae la primera conclusión no favorable a los intereses del recurrente, pues la pensión establecida en el artículo 106 de la Convención Colectiva de Trabajo "pensión de jubilación Plan 70" no muta a ser una pensión de carácter legal por el hecho de que ECOPETROL S.A. tenga régimen exceptuado y no le sea

aplicable el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993, y en ese orden, lo siguiente para la Sala es resolver el siguiente problema jurídico planteado, esto es, ¿Si la pensión otorgada al demandante en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo constituye justa causa de despido en los términos del numeral 14 del Artículo 62 del CST?

Frente a ese tópico, ciertamente la a quo atinó en establecer que por tratarse de una pensión extralegal no le es aplicable la justa causa de que trata el numeral 14 del Artículo 62 del CST, pues esta causal hace referencia a pensiones de carácter legal, naturaleza de la cual no goza la pensión reconocida al demandante.

En efecto, ha sido criterio inveterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL3357-2018, reiterada en la SL822-2020) que el reconocimiento de una pensión de origen convencional no constituye justa causa para finalizar el contrato de trabajo de que trata la causal 14 del artículo 62 del CST:

"[...] el reconocimiento por parte del patrono al trabajador de una pensión de jubilación de carácter convencional no constituye justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por voluntad del patrono a menos que ello conduzca a una terminación por mutuo acuerdo puesto que las justas causas de despido solo pueden ser establecidas por la ley y dicho motivo no está previsto en las normas sustantivas laborales como justificativo de tal determinación en cuanto a indemnización convencional por despido acorde con lo pedido al respecto en la demanda inicial [CSJ SL, 4 jun. 1986, rad. 0072]. Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, el reconocimiento de una pensión extralegal no configura la justa causa de despido consagrada en el numeral 14 del literal a del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965"

De la prueba documental adosada puede extraerse que la pensión reconocida al señor HECTOR EDUARDO CASTELBLANCO OYOLA corresponde a una pensión convencional "jubilación por plan 70", y así quedó incluso en la comunicación remitida al actor mediante oficio del 20 de febrero de 2015, en los siguientes términos: *"usted consolidó un derecho adquirido, por haber cumplido de manera concurrente con los requisitos previstos para la pensión de jubilación por Plan 70 contenida en la Convención Colectiva de Trabajo"* (Fol. 14), lo que de entrada siguiendo el criterio jurisprudencial antes vertido, es equívoca la carta de terminación del contrato de trabajo, ya que textualmente menciona: *"de conformidad con la facultad que le otorga a ECOPETROL S.A. el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965"*(...) *"la Empresa ha decidido dar por terminado su contrato individual de trabajo, previo el reconocimiento de la pensión de jubilación a su favor, esto es, a partir del día 1 de abril de 2015"* (Fol. 12).

Como se puede ver, al haberse reconocido al demandante una pensión de carácter extralegal, no podía ECOPETROL S.A. finalizar el vínculo laboral aduciendo como justa causa el reconocimiento pensional de que trata el numeral 14 del artículo 62 del CST, pues esta facultad está contemplada para la terminación del contrato cuando el reconocimiento pensional es de carácter legal y no convencional, lo que lleva a desestimar otro punto de la alzada, y a continuar con el siguiente problema jurídico, consistente en establecer ¿Si en materia de aplicación de la justa causa por

reconocimiento pensional es aplicable el parágrafo 3 del artículo 118 de la Convención Colectiva?

La cognoscente de instancia abordó este tema en "gracia de discusión"; empero, considera la Sala que este punto es de especial relevancia para definir la controversia, ya que al no serle aplicable en materia de justa causa por reconocimiento pensional lo establecido en el numeral 14 del artículo 62 del CST, queda por revisar lo que en materia convencional se dice al respecto, y en caso de estar regulado en la Convención Colectiva se le debe dar plenos efectos, pues no puede olvidarse la naturaleza de dicho instrumento, es decir, que tiene fuerza normativa, y así lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencias con radicado No 15987 de 2001, radicado 16556 de 2001 reiteradas en la SL1352 de 2021, que a la letra dice:

"Las convenciones colectivas de trabajo son una de las expresiones más genuinas del derecho de asociación sindical y más específicamente del de negociación colectiva garantizado en el artículo 55 de la Constitución Política, salvo las excepciones que determine la ley, en el los convenios 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo, y en el código sustantivo del trabajo, conforme a las leyes que lo han adicionado y reformado.

*Son los convenios colectivos del trabajo fruto del consenso entre los interlocutores sociales, logrado luego de un proceso de negociaciones entre los representantes de los empresarios y del sindicato, federación o confederación, y a pesar de su naturaleza de acuerdo colectivo, **tienen una innegable fuerza normativa, equiparable a la de la ley, siendo su finalidad fijar las condiciones de trabajo que han de regir los contratos individuales laborales de los destinatarios del mismo durante su vigencia**". (Negrilla fuera del texto).*

Veamos, el parágrafo tercero del artículo 118 convencional establece:

*"La Empresa, para efectos de jubilar a los trabajadores que reúnan **los requisitos de la ley o de esta Convención**, por ser estos acreedores al beneficio de la pensión de jubilación, **podrá dar por terminada el contrato de trabajo, mediante aviso de un (1) mes dado por escrito**, sin que haya lugar a reconocimiento de ninguna de las indemnizaciones a que se refiere este Artículo.*

Sin embargo, a título de bonificación, la Empresa continuará su política de obsequiar, por una sola vez, al trabajador que se jubile, las siguientes sumas, teniendo en cuenta su antigüedad: ..." (Fol. 111)

Así las cosas, si bien es cierto ECOPETROL S.A. no podía terminar el contrato de trabajo a la luz del numeral 14 del artículo 62 del CST, si podía en virtud del parágrafo tercero del artículo 118 convencional finalizar el contrato de trabajo por motivo de reconocimiento pensional al haber cumplido el demandante los requisitos de la pensión de jubilación plan 70, y una vez revisada la carta de finiquito de la relación laboral, encontramos que ECOPETROL S.A. no solo hizo referencia al numeral 14 del artículo 62 del CST, sino también al parágrafo tercero del artículo 118 convencional, en los siguientes términos:

"de conformidad con la facultad que le otorga a ECOPETROL S.A. el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en armonía con los parágrafos 3° y 4° del artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo, la Empresa ha decidido dar por terminado su contrato individual de trabajo, previo el reconocimiento de la pensión de jubilación a su favor, esto es, a partir del día 1 de abril de 2015" (Fol. 12).

Para reforzar lo anterior, en esta materia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3828-2020, estudió el tema relacionado con *"la justeza del despido a la luz de la convención colectiva de trabajo"* en tratándose del reconocimiento pensional, y si bien en ese caso, la Convención Colectiva remitía a las causales previstas en el artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, en la que se debía preavisar con un mínimo de 15 días y garantizar la no solución de continuidad entre la fecha de retiro y el disfrute pensional conforme la sentencia C-1037 de 2003, lo cierto es que, resulta ser similar al caso puesto a aquí a la palestra, pues nótese que la norma convencional faculta al empleador a finalizar el contrato de trabajo por motivo de reconocimiento pensional, solo que debe comunicar por escrito al trabajador en un término no inferior a un mes, aspecto que se entra a verificar a continuación.

Como se dejó sentado anteriormente, la pensión de jubilación plan 70 le fue reconocida con efectos a partir del 01 de abril de 2015 mediante oficio calendado el 20 de febrero de 2015, y la carta de terminación del contrato tiene fecha del 23 de febrero de 2015; sin embargo, tanto la una como la otra le fue notificada al demandante el 02 de marzo de 2015, y a pesar de que se rehusó a firmar, se dejó la nota por el empleador de: *"manifiesta su inconformidad ante la decisión de la empresa y se rehúsa a suscribirlo, se suscribe por dos (2) testigos que dan fe de lo aquí manifestado y el contenido de las comunicaciones, y se publica en un lugar visible en el sitio de trabajo siendo las (14:00) del día (02/marz) de 2015"* (Fol. 13).

De lo anterior, lo primero es que no le asiste razón al poderhabiente judicial acerca de que la notificación al demandante fue en el mes de febrero, pues aquella calenda corresponde a la de elaboración del documento o fecha en que internamente registraron tal documento en la entidad, pero la notificación al demandante, que es lo que realmente importa, ocurrió el 02 de marzo de 2015, y como quiera que el vínculo laboral iba a fenecer a partir del 01 de abril de 2015, debía haberle comunicado la decisión antes del 01 de marzo de 2015, pero como ello no aconteció se torna el despido en injusto y por esa vía se causa la indemnización por despido sin justa causa solicitada y condenada en primera instancia.

Al respecto, establece el artículo 64 del CST, modificado por el 8° del Decreto 2351 de 1965 y luego por el Artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, no obstante, al actor no le es aplicable la última disposición en la medida en que a la entrada en vigencia tal precepto normativo llevaba más de 10 años de vínculo laboral con ECOPETROL S.A., siendo que el parágrafo de tal norma establece: *"Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 60. de la Ley 50 de 1990"*.

Así entonces el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, sobre el valor de esa indemnización reza: *"d) Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le*

pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción”.

Aplicando la anterior disposición normativa al caso en concreto, se encuentra que por concepto de indemnización por despido sin justa causa arroja un valor de \$111.165.800, valor igual al fulminado por la a quo, por lo que se procede a la confirmación de la sentencia.

SALARIO	\$3.235.047	SALARIO DIARIO
BASE INDEM	\$3.235.047	\$107.835
primer año 45 días	\$4.852.571	08/08/1989-07/08/1990
siguientes 40 días	\$103.521.504	08/08/1990-07/08/2014
Fracción	\$2.791.726	08/08/2014-31/03/2015
TOTAL	\$111.165.800	

Finalmente, respecto de la indexación se impartirá confirmación, ya que el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá entonces ECOPETROL S.A. proceder a la indexación a partir de la causación de la indemnización y hasta la fecha en que se cancele la obligación, tal como lo ordenó la a quo.

Bajo ese horizonte, sin que haya más puntos por resolver, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada ECOPETROL S.A., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 908.526, equivalente a 1 SMLMV. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

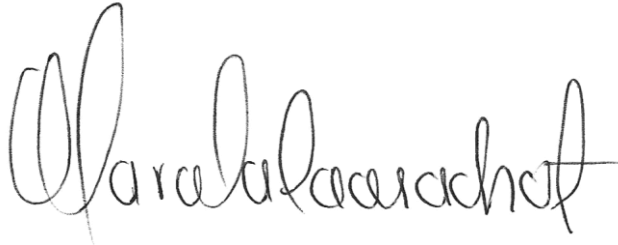
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2020 por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de ECOPETROL S.A., y a favor de la parte demandante. Las costas de primera instancia se confirman.

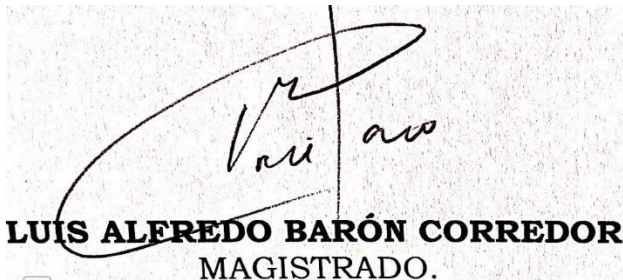
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

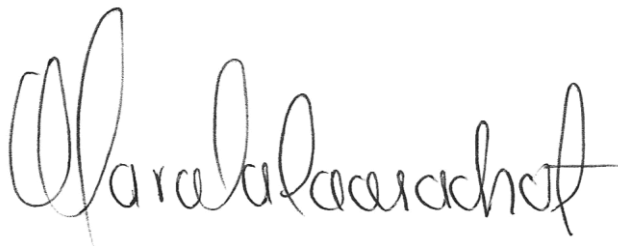


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO PONENTE

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada ECOPETROL S.A., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 908.526, equivalente a 1 SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **DANIEL ARTURO PARRA ROA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTRO.**
RADICACIÓN: **110013105-019-2015-00424-01**
ASUNTO: **APELACIÓN COLPENSIONES**
TEMA: **RELIQUIDACIÓN MESADA 14.**

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

Teniendo en cuenta que 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,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. HENRY DARIO MACHADO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor DANIEL ARTURO PARRA ROA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reconocer y pagar la mesada catorce a partir del 03 de agosto de 2005, fecha en la que el ISS, hoy COLPENSIONES asumió el pago de la prestación, los intereses moratorios, la actualización de las mesadas, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue pensionado del Banco Central Hipotecario, a partir del 24 de mayo de 1996 en cuantía inicial de \$ 852.152; que en el año 2003 el Banco Central Hipotecario procedió a conmutar las pensiones que tenía a su cargo en el ISS; que la pensión que venía recibiendo fue conmutada con el ISS, asumiendo este el pago de la pensión a través de resolución No 018152 del 28 de abril de 2006, a partir del 01 de octubre de 2005, en cuantía de \$ 2.042.584, prestación reliquidada a través de resolución No 01443 del 26 de enero de 2007; que el ISS una vez asumió la pensión conmutada suspendió el pago de la mesada catorce a partir del 02 de agosto de 2005; que radicó reclamación administrativa el 19 de marzo de 2015, sin respuesta por COLPENSIONES; que radicó reclamación administrativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 24 de marzo de 2015, pero tampoco obtuvo respuesta.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 214 y 291); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra, bajo el argumento de que la pensión reconocida por el empleador fue una pensión convencional y temporal hasta acreditar los requisitos legales, momento en el cual, el otrora ISS, hoy COLPENSIONES procedió a reconocer la pensión de vejez, pero como ya se encontraba vigente el acto legislativo 01 de 2005, y su mesada pensional al 3 de agosto de 2005 era de \$ 2.042.584, es decir, superior a los 3 SMLMV, es claro que no es posible acceder a la mesada 14 por parte de COLPENSIONES, pues no acredita los requisitos legales; frente a los intereses moratorios son improcedentes pues se han estado pagando las mesadas de manera oportuna, y frente a la mesada 14 no cumple los requisitos para esa prestación, además la norma que el demandante pretende le sea aplicado no contempla sanción moratoria. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, improcedencia de los intereses moratorios y cobro de la indexación sobre las mesadas adicionales pretendidas, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica. Mediante auto del 25 de julio de 2019 se tuvo por no contestada.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.: Como réplica de la demanda manifiesta que son improcedentes las pretensiones del actor, aunado a que tal ente ministerial carece de competencia para pronunciarse respecto de reconocimiento de la mesada 14, prestación que está a cargo del sistema general de pensiones, y por ende, es COLPENSIONES quien debe revolver su situación. Como excepciones de mérito postuló la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, prescripción, y la genérica.

PROCURADORA DELEGADA PARA LOS ASUNTOS CIVILES Y LABORALES: En su intervención propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que el señor DANIEL ARTURO PARRA ROA tiene derecho al reconocimiento y pago por parte de COLPENSIONES de la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir del 03 de agosto de 2005, y en adelante con los incrementos anuales; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y parcialmente probada la de prescripción respecto de las mesadas adicionales de junio causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2012; condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de \$ 29.119.953 como retroactivo por la mesada 14 causadas desde el año 2012 hasta el año 2020; condenó a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993; absolvió a las entidades demandadas de las demás pretensiones y, gravó en costas procesales a COLPENSIONES (fls. 342 a 344, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la calidad de pensionado del actor por parte del extinto BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, y que tal prestación fue conmutada con el otrora ISS, hoy COLPENSIONES; que una vez el actor acreditó los requisitos para optar por la pensión de vejez, COLPENSIONES le reconoció la prestación a través de resolución 6108 de 2005, y luego a través de resolución 18151 de 2006 le suspende el pago de la mesada 14 por causarse la pensión de vejez con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005; la a quo para resolver el problema jurídico de la procedencia o no de la mesada 14 a cargo de COLPENSIONES, indicó que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sentencia C- 409 de 2004, artículo 58 de la Constitución Política, y Acto Legislativo 01 de 2005, el actor contaba con un derecho adquirido que no podía desconocerse por el ISS, hoy COLPENSIONES, pues al momento de efectuarse la conmutación pensional debía seguir reconociendo la mesada 14 que venía percibiendo con el Banco Central Hipotecario, para ello trajo como soporte las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4959 de 2016 y SL13254 de 2015.

Ello así, ordenó el reconocimiento de la mesada 14 a cargo de COLPENSIONES, absolviendo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues la prestación se subrogó en un 100 % a cargo del ISS, hoy COLPENSIONES; declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas 14 causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2012, ello por cuanto la reclamación administrativa la elevó el 19 de marzo de 2015 y la demanda la presentó el 15 de mayo de 2015; condenó al valor de \$29.119.953 por concepto de retroactivo de mesada 14 entre el año 2012 a 2020; y finalmente, ordenó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir del 19 de septiembre de 2015, es decir, después de 6 meses de radicado la solicitud, misma que se hizo el 19 de marzo de 2015.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de **COLPENSIONES**, quien solicitó la revocatoria de la sentencia, ya que es equivocada la postura de la a quo, al considerar que la pensión se causó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues la edad de 60 años por ser beneficiario del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, la cumplió el 03 de agosto de 2005, es decir, con posterioridad al citado Acto Legislativo, y por ese motivo, no tiene lugar el reconocimiento y pago de la mesada 14 pretendida.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante: Solicita que se confirme la sentencia en su integridad, ya que al haberse asumido la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES por efecto de la conmutación pensional, debía haber seguido reconociendo la prestación sobre 14 mesadas.

Colpensiones: Manifiesta que se debe revocar la decisión de instancia, ya que el derecho pensional se causó el 03 de agosto de 2005, es decir, con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, y en razón a ello no le asiste derecho a la mesada 14, aunado a que supera los 3 SMLMV.

7. 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 expuesta por el recurrente, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:
i) ¿COLPENSIONES al otorgar la pensión de vejez debe mantener el reconocimiento de la mesada 14 que había sido reconocida y venía siendo pagada por el empleador, en virtud de la conmutabilidad pensional? en caso positivo iii) ¿Proceden los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

CONMUTABILIDAD PENSIONAL Y MESADA 14

Lo primero que viene a propósito memorar es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado al respecto que: *"Mediante esta figura el I.S.S. puede sustituir a la empresa obligada en el pago de la jubilación y demás derechos accesorios a ella"* Sentencia del 8 de agosto de 1997, Rad. 9444, reiterada en las del 10 de septiembre de 2002, Rad. 18144, 30 de junio de 2005, Rad. 24938 y 1 de septiembre de 2009, Rad. 33806, entre otras.

En el sub lite, al actor le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del extinto BANCO CENTRAL HIPOTECARIO desde el 24 de mayo de 1996 (Fls. 284), pensión que fue conmutada por el otrora ISS a través de Resolución No 3183 de 2003, tal como se desprende a folios 52 a 201 del legajo.

En la Resolución No 6217 del 30 de noviembre de 2005, por medio del cual se acepta la conmuta la pensión a cargo del I.S.S, se estableció que: *"El Instituto de Seguros Sociales asumirá las obligaciones pensionales a cargo de la entidad BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN siempre y cuando ésta acredite el pago de la suma correspondiente al valor del capital constitutivo, ante la Gerencia Nacional de Tesorería de la Vicepresidencia Financiera de la Entidad"*.

Calculo actuarial que fue aprobado y relacionado tal como aparece a folio 83, y cuya pensión conmutada venia reconociendo el I.S.S, tal como se desprende de los desprendibles de pago visible a folios 198, lo que además, da lugar también a considerar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está llamado a responder por las condenas, tal como lo concluyo la a quo, pues el I.S.S asumió todas las obligaciones pensionales del extinto BANCO CENTRAL HIPOTECARIO.

Ahora, mediante Resolución No 018152 del 28 de abril de 2006, el otrora I.S.S, concede la pensión de vejez al actor a partir del 01 de octubre de 2005, en cuantía inicial de \$ 2.042.584, modificada con la resolución No 01443 del 26 de enero de 2007, a partir del 03 de agosto de 2005 (Fols. 175 a 176), sin hacer consideración a la conmutación pensional, y dejando de lado el reconocimiento de la mesada 14 que le venía pagando con la conmutabilidad pensional.

Nótese que el actor solo hasta el 16 de octubre de 2015 decide reclamar la mesada 14 que le había sido quitada y en respuesta COLPENSIONES a través de resolución GNR 402672 del 11 de diciembre de 2015 (Fols. 233 a 235), le manifiesta que la pensión de vejez se causó bajo los parámetros del régimen de transición y con aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, sin que ello haya hecho parte de la conmutación pensional, y que por ello, a partir de la resolución 18152 de 2006 se le dejó de cancelar dicha mesada adicional; más adelante el accionante eleva otra reclamación el 12 de septiembre de 2016 en la que COLPENSIONES a través de la

resolución GNR 329807 del 05 de noviembre de 2016 le niega nuevamente el reconocimiento de la mesada 14 (Fols. 284 a 285).

De lo expuesto, nótese que el ISS subrogó al empleador en el pago total de la mesada a su cargo una vez recibido el cálculo actuarial respectivo, obligación que se desconoció al momento de reconocer la pensión legal de vejez, pues en la práctica y conforme lo expuesto, debía asumir el I.S.S hoy Colpensiones, las mismas mesadas pensionales que venía percibiendo desde antes de causar la pensión de vejez, dado que al aceptar la conmutación pensional establecida en las diferentes actos administrativos (fols. 52 a 200), asumió todas las obligaciones pensionales a cargo de la entidad BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, correspondiente a más de 200 jubilados entre los que se encontraba el actor, esto es, que el demandante no tenía por qué verse abocado a la disminución o eliminación de la mesada pensional adicional que venía recibiendo.

Ahora, para mejor proveer, en efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto, y entre otras, en la sentencia SL3946-2020, adoctrina que en estos casos la mesada 14 que se venía recibiendo constituye un derecho adquirido que no puede ser desconocido al reconocer la pensión legal de vejez por parte de COLPENSIONES, así:

*"Esta Corte en anteriores oportunidades, en procesos seguidos contra la misma demandada, se ha referido al tema de la llamada mesada catorce, ligada a pensiones causadas con anterioridad al 29 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, **para precisar que es un derecho adquirido.***

(...)

Razón por la cual, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el I.S.S. les reconociera la pensión de vejez".

Además de lo anterior, el reconocimiento de la mesada 14, se da bajo la regla que fue la misma entidad de seguridad social que asumió la conmutación con 14 mesadas pensionales, como quedó explicado, ya que se subrogó en la obligación de continuar pagando en su integridad el 100 % de la pensión de jubilación, incluida la mesada 14, y así mismo, por plena aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, en la que en su artículo primero establece que "*En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos*", situación que ocurrió con el actor, pues si bien es cierto, la pensión de vejez se causó en el año 2005 y por su monto, no daba lugar al reconocimiento de la mesada 14, lo cierto es que, el actor, venía percibiendo la mesada 14 por virtud de la pensión reconocida desde 1996, y asumida por el I.S.S desde el año 2003 por haber aceptado la conmutación, con la cual, no podía desconocerle al actor su derecho, ni tampoco sustraerse del pago total de la mesada 14, ya que aquello atenta con el derecho adquirido por el actor.

En consecuencia, fue desacertada la posición de COLPENSIONES al dejar de reconocerle la mesada 14 una vez cumplió los requisitos de la pensión de vejez, ya que debía tener en cuenta que al tratarse de una conmutación pensional, se obligó a asumir la prestación en los términos como la venía reconociendo el empleador, en el sub examine, sobre 14 mesadas anuales, y en ese orden, considera la judicatura que

le asiste razón a la juzgadora de instancia, debiéndose confirmar el fallo confutado en este aspecto.

Acto seguido, como quiera que a partir de la resolución 18152 de 2006 se le dejó de cancelar la mesada, desde esa data en línea de principio se ordenaría el reconocimiento de la mesada 14; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y la a quo determinó que las mesadas anteriores al 19 de marzo de 2012 se encuentran prescritas, cumple relieves que, la mesada 14 se causó a partir de junio de 2005, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó una solicitud pensional el 19 de marzo de 2015 (Fols. 208), que fue resuelta a través de resolución GNR 402672 del 11 de diciembre de 2015 (Fols. 233 a 235), y entre esta resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 15 de mayo de 2015 (fol. 1), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2012, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Procuradora Judicial para los Asuntos Laborales, y haberse así determinado por el a quo de manera correcta.

Así las cosas, por mesada 14 o mesada adicional de junio, nos arroja un valor de **\$32.968.187**, que corresponden a las mesadas de junio de 2012 a junio de 2021, suma actualizada a la fecha de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 283 del CGP, debiéndose modificar la decisión de instancia.

MESADA 14				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2005	4,85%	\$ 2.042.584		\$ 0
2006	4,48%	\$ 2.141.649		\$ 0
2007	5,69%	\$ 2.237.595		\$ 0
2008	7,67%	\$ 2.364.914		\$ 0
2009	2,00%	\$ 2.546.303		\$ 0
2010	3,17%	\$ 2.597.229		\$ 0
2011	3,73%	\$ 2.679.562		\$ 0
2012	2,44%	\$ 2.779.509	1	\$ 2.779.509
2013	1,94%	\$ 2.847.329	1	\$ 2.847.329
2014	3,66%	\$ 2.902.567	1	\$ 2.902.567
2015	6,77%	\$ 3.008.801	1	\$ 3.008.801
2016	5,75%	\$ 3.212.497	1	\$ 3.212.497
2017	4,09%	\$ 3.397.216	1	\$ 3.397.216
2018	3,18%	\$ 3.536.162	1	\$ 3.536.162
2019	3,80%	\$ 3.648.612	1	\$ 3.648.612
2020	1,61%	\$ 3.787.259	1	\$ 3.787.259
2021		\$ 3.848.234	1	\$ 3.848.234
			TOTAL	\$ 32.968.187

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas."

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a suspender

el pago de la mesada 14, siendo que lo procedente era seguir otorgando la prestación en los términos como había sido conmutada, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 19 de marzo de 2015 (Fols. 208), por lo que la entidad tenía hasta el 19 de julio de 2015 para reconocer y pagar la mesada 14 en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 19 de julio de 2015; no obstante, como la a quo determinó su procedencia a partir del 19 de septiembre de 2015, al contabilizar el término de 6 meses para causar la prestación, y como quiera que sobre este punto no fue objeto de alza por la parte demandante, y la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, habrá de confirmar la decisión de instancia en este tópico.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues a pesar de la apelación propuesta por COLPENSIONES, la sentencia se revisó en el Grado Jurisdiccional de Consulta. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

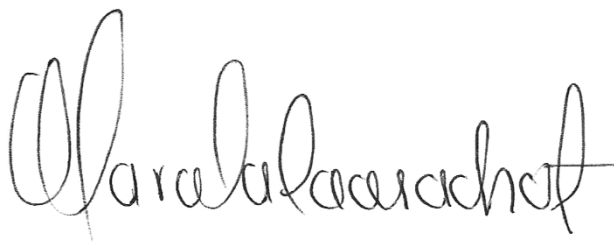
PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

***"TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor DANIEL ARTURO PARRA ROA, la suma de \$ **32.968.187**, por concepto de mesada 14 causadas en los meses de junio de 2012 al 2021, sin perjuicio de la mesada 14 que se siga generando hacia futuro".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

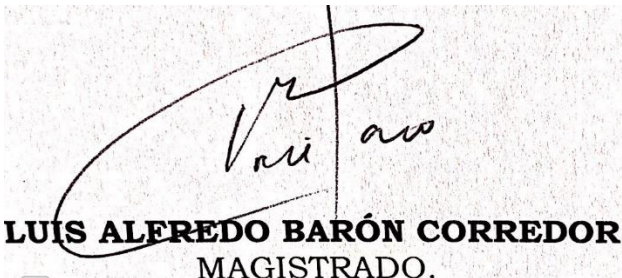


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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: **GERARDO CEBALLOS ALVAREZ**
DEMANDADO: **UGPP.**
RADICACIÓN: **110013105-015-2019-00661-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA UGPP**
TEMA: **MESADA 14 PENSION CONVENCIONAL ACTO L. 01 DE 2005.**

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

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. El señor GERARDO CEBALLOS ALVAREZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES – UGPP, a reconocer y pagar la mesada catorce a partir del 01 de julio de 2009, fecha en la que cumplió los 55 años, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue pensionado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia), por medio de resolución 2427 del 19 de octubre de 2010, reajustada a través de resolución 929 del 30 de marzo de 2012, en valor de \$1.915.217, a partir del 13 de mayo de 2010; que en su momento la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, al expedir las resoluciones no reconoce la mesada 14 o adicional; que solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la mesada 14 el día 02 de septiembre de 2019, pero le fue negada a través de oficio 1420 del 23 de septiembre de 2019, radicado 2019142012170611, con lo cual se entiende agotada la reclamación administrativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 64); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que carecen de sustento factico y legal, ya que no cumple los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 para su reconocimiento, pues no acreditó los requisitos pensionales antes del 29 de julio de 2005, y con posterioridad se requiere que la pensión no sea superior a 3 SMLMV, el cual tampoco cumple. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de inexistencia de la obligación demandada, prescripción, y buena fe.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a la UGPP a pagar en catorce mesadas pensionales anuales la prestación pensional reconocida al demandante GERARDO CEBALLOS ALVAREZ, mediante resolución 2427 del 19 de octubre de 2010, reliquidada con resolución 929 del 30 de marzo de 2012; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y disponer que se pague la mesada catorce correspondiente a los años 2017, 2018, 2019, 2020 y las que se sigan causando con posterioridad en el valor que se pagaba para cada año como mesada pensional mensual, los cuales se cancelarán debidamente indexadas desde su causación, es decir, el 30 de junio de cada año hasta su momento efectivo de pago e inclusión en nómina con 14 mesadas pensionales anuales; declaró no demostradas las demás excepciones, y gravó en costas procesales a la UGPP (fls. 101 a 103, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la calidad de pensionado del actor por parte de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (pasivo asumido por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, posteriormente la UGPP), y que tal prestación fue reconocida bajo 13 mesadas pensionales por haberse causado la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, y ser superior a 3 SMLMV; el a quo para resolver el problema jurídico de la procedencia o no de la mesada 14 a cargo de la UGPP, indicó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral se ha pronunciado al respecto como en sentencias SL289 de 2018, reiterada en la SL722 de 2019, en la que ha pregonado que en plena aplicación del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 de la extinta Caja Agraria, el requisito de la edad solo es para la exigibilidad y no para la causación, luego en el sub examine, como el actor acreditó más de los 20 años exigidos en la Convención Colectiva el 27 de junio de 1999, no le es aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, pues en estricto sentido causó su prestación en el año 1999, a pesar de haber cumplido el requisito de la edad el 13 de mayo de 2010.

Ello así, ordenó el reconocimiento de la mesada 14 a cargo de la UGPP; declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas 14 causadas con anterioridad al 12 de septiembre de 2016, ello por cuanto la reclamación administrativa la elevó el 12 de septiembre de 2019 y la demanda la presentó el 07 de octubre de 2019; condenó en abstracto el reconocimiento y pago de las mesadas adicionales o mesada catorce de los años 2017 a 2020, y las que se sigan causando con posterioridad; y finalmente, ordenó el reconocimiento y pago de la indexación, desde la causación de cada mesada hasta el pago efectivo e inclusión en nómina.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de la **UGPP**, quien solicitó la revocatoria de la sentencia, ya que no se tuvo en cuenta el artículo 142 de la ley 100 de 1993, además que sí le resulta aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, en el sentido de que debía acreditar la prestación antes del 25 de julio de 2005, o si causa con posterioridad su mesada pensional no debía ser

superior a los 3 SMLMV, aspecto este último que no aconteció, pues la mesada pensional reconocida para el año 2010 supera los 3 SMLMV. En definitiva manifestó que la UGPP no tiene obligación legal para el reconocimiento de la mesada 14 pretensa.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante: Peticiona que se confirme la sentencia de primera instancia, en tanto que el actor tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, para ello colaciona varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

UGPP: Manifiesta que al actor no le asiste derecho a la mesada 14, ya que le resulta aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, además que no debe tenerse en cuenta tal prestación como derecho adquirido, en tal sentido solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas por el actor.

7. 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, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿Es aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005 a la pensión convencional otorgada al demandante por haber laborado en la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (pasivo asumido por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, posteriormente la UGPP), por el hecho de haber acreditado la edad exigida el 13 de mayo de 2010? en caso positivo iii) ¿Procede la indexación?

PENSIÓN CONVENCIONAL CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO Y MESADA 14.

No es objeto de discusión que el actor laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 01 de julio de 1974 hasta el 27 de junio de 1999, con un total de tiempo laborado de 24 años, y 357 días, tal como se consigna a folio 21 y 24; que la Convención Colectiva suscrita entre el "SINTRACREDITO" y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, establece en el parágrafo primero del artículo 41 la pensión de jubilación en caso de retiro, de la siguiente manera: *"El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución"* (fol. 28 a 60); que mediante Resolución No 2427 del 19 de octubre de 2010 le fue reconocida la pensión de jubilación convencional por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en cuantía inicial de \$ 1.019.987,75, efectiva a partir del 13 de mayo de 2010, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad (Fols. 20 a 21); que mediante Resolución No 929 del 30 de marzo de 2012, le fue indexada la mesada pensional, ascendiendo a un valor de \$ 1.915.217,33 para el 13 de mayo de 2010, y a un valor de \$ 2.049.631,90 para el año 2012 (Fols. 23); que el 19 de septiembre de 2019 elevó reclamación administrativa ante la UGPP, y le fue respondida el 23 de septiembre de 2019 de

manera negativa, bajo el argumento de que *"no hay lugar al pago de la mesada 14 toda vez que el valor de la mesada pensional otorgada en la resolución N. 929 del 30 de marzo de 2012, es superior a los tres (3) SMLMV, para el año de la efectividad es decir el año 2008"* (Fols. 26 a 28).

Puestas así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en derredor a casos de similares contornos facticos y jurídicos contra la misma entidad aquí demandada en la que se plantea los alcances de lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre el Sindicato "SINTRACREDITO" y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, así como también la incidencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Es así que, para mejor brevedad se colaciona las siguientes sentencias: SL5178 de 2020, en la que reitera lo expuesto en la SL526-2018, providencias en las que de manera general se trasluce la prosperidad de la pensión de jubilación convencional de ex trabajadores de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, con aplicación del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999.

En lo atinente a la disposición convencional dijo:

"Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, respecto al primer párrafo allí estipulado. (...) señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre.

En esas condiciones, el citado precedente concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración".

Sobre el Acto Legislativo 01 de 2005, precisó:

"Dado que el derecho pensional reclamado quedó causado o adquirido con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro que esta reforma no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho.

En efecto, si bien el ex trabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud de aquella modificación superior perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza, tal hecho no compromete el derecho pensional; se reitera que este se adquirió desde 1999 y solo quedó pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute".

Y en particular sobre la mesada 14, la Corte Suprema de Justicia en sede de instancia, en la sentencia SL5178-2020, enfatizó lo siguiente:

"Por otra parte, se advierte que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o «mesada catorce», pues se reitera, causó la pensión cuando se produjo su desvinculación luego de más de 20 años de servicios, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que su derecho no está afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se causó antes de que esta normativa entrara en vigor".

Así las cosas, descendiendo al sub examine precisa la Sala que es equivocada la negativa en el reconocimiento de la mesada 14 esgrimida por la UGPP en la respuesta que le dio al actor el 23 de septiembre de 2019, fundamentada en que al haber acreditado los 55 años de edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, debía someterse a lo estipulado en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues tal como se infiere del criterio jurisprudencial vertido, la causación de la pensión convencional opera desde el cumplimiento de los 20 años laborados (27 de junio de 1999), quedando solo condicionada su exigibilidad al cumplimiento de los 55 años, y como quiera que la causación es anterior a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, tal prestación no se ve afectada por tal acto.

Acto seguido, como quiera que desde que se reconoció la pensión de jubilación convencional (Resolución No 2427 del 19 de octubre de 2010, indexada a través de la resolución 929 del 30 de marzo de 2012), no se viene cancelando la mesada 14, en línea de principio se ordenaría el reconocimiento de la mesada 14 a partir del 13 de mayo de 2010; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el *a quo* determinó que las mesadas catorce anteriores al 12 de septiembre de 2016 se encuentran prescritas, cumple relieves que, la mesada 14 se causó a partir de junio de 2010, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó la reclamación pensional el 12 de septiembre de 2019 (Fols. 26 a 28), que fue resuelta a través de oficio del 23 de septiembre de 2019 (Fols. 26 a 28), y entre esta respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 07 de octubre de 2019 (fol. 62), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 12 de septiembre de 2016, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por la UGPP y haberse así determinado por el *a quo* de manera correcta.

Así las cosas, por mesada 14 o mesada adicional de junio, nos arroja un valor de **\$13.433.714**, que corresponden a las mesadas de junio de 2017 a junio de 2021, sin perjuicio de las mesadas de junio que se sigan causando hacia adelante, debiéndose modificar la decisión de instancia, ya que de conformidad con el artículo 283 del CGP, las condenas deben imponerse en concreto, y en el sub examine se dan los parámetros para poder realizar la liquidación en concreto.

MESADA 14				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2012	2,44%	\$ 2.049.631,90		\$ 0
2013	1,94%	\$ 2.099.642,92		\$ 0

2014	3,66%	\$ 2.140.375,99		\$ 0
2015	6,77%	\$ 2.218.713,75		\$ 0
2016	5,75%	\$ 2.368.920,67		\$ 0
2017	4,09%	\$ 2.505.133,61	1	\$ 2.505.134
2018	3,18%	\$ 2.607.593,58	1	\$ 2.607.594
2019	3,80%	\$ 2.690.515,05	1	\$ 2.690.515
2020	1,61%	\$ 2.792.754,62	1	\$ 2.792.755
2021		\$ 2.837.717,97	1	\$ 2.837.717
TOTAL				\$ 13.433.714

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la UGPP cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo por mesada 14, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues a pesar de la apelación propuesta por la UGPP, la sentencia se revisó en el Grado Jurisdiccional de Consulta en su favor. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 15 de abril de 2021 por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al señor GERARDO CEBALLOS ALVAREZ, la suma de **\$ 13.433.714**, por concepto de mesada 14 causadas en los meses de junio de 2017 al 2021, sin perjuicio de la mesada 14 que se siga generando hacia futuro.

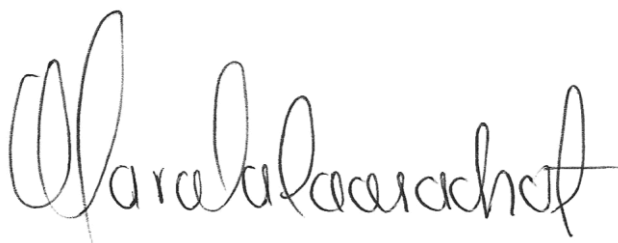
PARÁGRAFO PRIMERO: ORDENAR la INDEXACIÓN de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada catorce y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Se **DECLARA** demostrada parcialmente la excepción de prescripción propuesta, frente a las mesadas 14 no reclamadas con anterioridad al año 2017, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

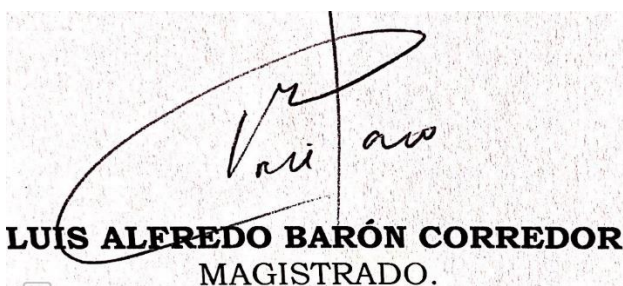
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: CRISTIAN DANIEL VARGAS CUESTAS
DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE
RADICACIÓN: 110013105-005-2019-00017-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES

Bogotá D.C, treinta (30) de junio del dos mil veinte (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. TEUSAIN MENELY QUIÑONES SANDOVAL, identificado en legal forma, como apoderado judicial de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Cristian Daniel Vargas Cuestas instauró demanda ordinaria contra Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de abril de 2010 y el 05 de diciembre de 2016 y que ostentó la calidad de trabajador oficial; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las sumas correspondientes por concepto de diferencias salariales generadas en relación con el cargo Camillero-Operario de Servicios Generales, Código 5150 Grado IV- A, trabajo suplementario, cesantías, intereses a las cesantías, primas de antigüedad, primas de vacaciones, primas de navidad, primas semestrales, compensación de vacaciones, aportes a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar, devolución de los descuentos efectuados a título de retención en la fuente, debidamente indexados, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indexación, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, indemnización por falta de pago oportuno de los aportes a seguridad social, así como todo beneficio derivado de la Convención Colectiva de Trabajo, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 5 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró de manera constante e ininterrumpida a favor de la entidad demandada entre el 01 de abril de 2010 y el 05 de diciembre de 2016, en el cargo de Camillero, pues ejerció funciones de servicios generales de la planta física de la encartada; que fue vinculado a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos y sin ninguna interrupción; que como último salario devengó la suma de \$1.201.140; que debía cumplir un horario de trabajo de domingo a domingo de 7:00 a.m. a 7:00 p.m.; que en el Hospital demandado existían compañeros de trabajo que se encontraban vinculados como trabajadores de planta; que se le exigió adquirir póliza de cumplimiento de responsabilidad civil previo a la firma de los contratos; que mensualmente se le hicieron descuentos por concepto de retención en la fuente e impuesto ICA; que durante la vigencia del vínculo laboral no le fue otorgado vacaciones; que recibía órdenes exclusivas de la entidad demandada; que no podía delegar funciones, y solo podía realizar cambios de turnos con la autorización previa de sus jefes inmediatos; que siempre utilizó las herramientas dadas por el Hospital; que tenía compañeros de trabajo de planta que hacían la misma función, pero aquellos disfrutaban de las prestaciones legales y extralegales, además de recibir un salario más alto; que no fue afiliado al sistema integral de seguridad social, y tampoco se le reconocieron acreencias que recibían los funcionarios de planta; que el 17 de enero de 2017 presentó reclamación administrativa, y le fue contestada el 06 de febrero de 2018 de manera negativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 91 a 92); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que entre las partes no existió un contrato laboral, sino varios contratos de servicios independientes, autónomos e ininterrumpidos, los cuales terminaron en legal forma y se cancelaron igualmente al término de cada vigencia contractual. Dijo que el actor no tiene derecho a las prestaciones sociales solicitadas porque aceptó la actividad que ejecutó mediante un contrato de prestación de servicios en calidad de contratista sin presentar objeción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, competencia, y las demás que el juzgado encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa se declare de oficio. (fols. 93 a 107)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que entre el actor y la demandada existió un contrato de trabajo, que se ejecutó entre el 01 de abril de 2010 y el 30 de noviembre de 2016; condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de \$7.543.334 por concepto de nivelación salarial, \$1.678.500 por auxilio de transporte, \$8.122.804 por auxilio de cesantías, \$4.959.280 por prima de navidad legal, \$2.837.784 por compensación en dinero de vacaciones, \$2.837.784 por prima de vacaciones legal, \$5.675.568 por indemnización por despido injusto, \$47.296 diarios a partir del 01 de marzo de 2017 y hasta cuando se verifique el pago, por concepto de indemnización moratoria; condenó a los aportes a la seguridad social con el valor del salario realmente devengado; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás; condenó en costas a la encartada y negó las demás pretensiones de la demanda. (Fol. 145 a 149 con Cd de audiencia)

De manera preliminar consideró que como juez laboral si tiene competencia para decidir de fondo la controversia planteada ya que se trata de definir la existencia de un contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial, y para ello, hizo alusión a lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y artículo 26 de la Ley 10 de 1990 que establecen la clasificación según la cual, quienes se dedican al mantenimiento de la planta física y servicios generales de los hospitales fungen como trabajadores oficiales, posición que la fundamentó con lo establecido en la sentencia de radicado No 36668 de 2011, debiendo el actor acreditar que la labor realizada se clasifica bien sea en el mantenimiento de la planta física o servicios generales.

Consideró que con la prueba documental y testimonial, especialmente la que corre a folio 144 da cuenta que el actor prestó los servicios a la entidad demandada ejerciendo como "camillero", el cual, es una actividad misional de cualquier hospital, y encaja dentro de las funciones de servicios generales, pues allí se encuentra el traslado de pacientes, además de ninguna manera puede sostenerse que podría contratarse la función de camillero a través de contratos de prestación de servicios, ya que un camillero no tiene autonomía, aunado a que la misma entidad acepta que tal función era realizada también por personal de planta, tal como consta a folios 69, 70 y 71. Así mismo, que estaba sometido a subordinación a través de la jefe de servicios de nombre Diana Soto como lo manifestaron los testigos, pues era ella quien daba instrucciones.

En definitiva consideró que el demandante demostró con suficiencia las funciones desarrolladas y por ende, se debía catalogar como trabajador oficial, dando lugar a configurar el contrato de trabajo desde el 01 de abril de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, y a pesar de que con la prueba documental se extraen unos interregnos de tiempo donde presenta interrupciones (16/09/2013 al 08/10/2013, y del 07/02/2015 al 08/03/2015), lo cierto es que a folio 69 y 70 se allega por la entidad demandada una certificación de los vínculos contractuales de manera continua, y tal continuidad también se constata con la prueba testimonial, quienes manifestaron que no lo vieron ausentarse y que su relación laboral fue continua.

Ello así, dio prosperidad a las condenas en concreto por acreencias laborales, tales como la nivelación salarial, donde sustentó su procedencia en que la entidad demandada allegó certificaciones de lo devengado por el personal de planta en el cargo de "camillero", dando lugar al reajuste o nivelación salarial deprecado, pues el salario percibido era inferior al que se otorgaba a los funcionarios de planta que ejercían la misma función; declaró probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2013, a excepción de las cesantías; frente a los intereses a las cesantías y prima de servicios consideró que no son procedentes para los trabajadores oficiales conforme el criterio jurisprudencial vigente; condenó al auxilio de transporte por los años 2013, 2014, y 2015, por cuanto su salario era inferior a 2 SMLMV, no así respecto del año 2016, en la que su asignación supera los 2 SMLMV; ordenó la compensación en dinero de las vacaciones, la prima de vacaciones conforme el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978; la prima de navidad consagrada en el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978; respecto de las prestaciones convencionales adujo que el demandante no allegó la convención colectiva completa donde puedan desprenderse los beneficios convencionales; ordenó la indemnización por despido a la luz del artículo 40 del Decreto 2727 de 1945, cuyo plazo presuntivo finiquitó el 01 de abril de 2017, y como quiera que se terminó el vínculo laboral el 30 de noviembre de 2016, dio lugar a tal indemnización por el lapso que transcurre del 01 de diciembre de 2016 hasta el 01 de abril de 2017; frente al trabajo suplementario precisó que era carga de la prueba de la parte actora, sin que haya cumplido tal cometido, debiendo absolver de tal pedimento; respecto a la sanción moratoria por no

consignación de las cesantías dijo que no era procedente pues en el sector público de conformidad con el Decreto 403 de 1998, el empleador cada mes hace el aporte al fondo de pensiones de 1/12 parte, es decir, que no ocurre como en el sector privado que debe consignar las cesantías al fondo antes del 14 de febrero; en lo referente a la sanción moratoria, declaró su procedencia, ya que no hay forma de exonerar a la entidad después de haber contratado al actor por más de 6 años en una labor misional de la entidad pública, y que las situaciones económicas de la empresa no pueden afectar los derechos de los trabajadores, ordenó en ese sentido el pago de un día de salario por cada día de retraso, contados a partir de los 90 días calendario, es decir, desde el 01 de marzo de 2017.

Igualmente absolvió de los reembolsos de rete fuente e ICA, ya que son circunstancias tributarias que cumplieron su finalidad y fueron ante terceros; condenó al pago del cálculo actuarial con el salario realmente devengado en lo que respecta al sistema general de pensiones, no así en lo que refiere al sistema general en salud y riesgos profesionales; absolvió también en lo relacionado con aportes a la Caja de Compensación Familiar, ya que no demostró tener beneficiarios.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que el *a quo* incurrió en un error de derecho por falta de interpretación, al no tener en cuenta lo establecido en el artículo 2 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), ello por cuanto se ventila un proceso judicial en la que la parte demandada es una entidad pública del orden distrital, así mismo que no se tuvo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional 537 de 2016, donde se adoctrina que el factor subjetivo es insubsanable, por lo tanto, existe un error de interpretación del juzgado; que está en contra de todas las condenas en todos sus ítems, especialmente que el juzgado no podía emitir tales condenas, ya que son propias de un empleado público y no podía el juez condenar como trabajador oficial; que no está de acuerdo en la condena en costas, ya que se trata de una entidad pública que ha actuado de buena fe, debiendo tener en cuenta la sentencia del 04 de junio de 2013 del Consejo de Estado.

6. Alegatos de conclusión:

Demandada: Manifiesta que las entidades públicas como la entidad demanda puede suscribir contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, asimismo que el actor no fungió como trabajador oficial de la entidad demandada, ya que no se logra acreditar los requisitos para tal declaratoria, por tal motivo solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad demandada.

Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia, incluyendo la condena en costas, ya que para su imposición no se revisa su actuó de buena o mala fe.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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 conocimiento de las pretensiones enarboladas por el actor, es de competencia

de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral? (ii) ¿Es procedente en esta instancia pronunciarse sobre las condenas impuestas a la parte demandada? Y ¿La entidad demandada debe ser condenada en costas?

Consideración previa recurso de apelación.

Previo a entrar a resolver de fondo, lo primero que precisa la Sala es que la sustentación de la alzada no es un modelo a seguir; no obstante, entiende este Colegiado que se busca la revocatoria de las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia al considerarse que el asunto debe ventilarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, cuestionándose de manera vaga la naturaleza jurídica de la entidad pública y no la calidad o cargo que ostentó el demandante en la el Hospital Tunal III, que hace parte de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

Al respecto, es preciso traer a colación la sentencia SL3978-2020, que extractó lo dicho en la sentencia del 24 de abril de 2013, rad. 42192, en los siguientes términos:

"De modo que si bien la referida regla procesal restringe la competencia en alzada a las materias objeto del recurso, esto no quiere decir que el ad quem se vea forzado a seguir los argumentos presentados por las partes, pues es autónomo en la valoración de las pruebas y la calificación jurídica de los hechos y solo está sometido al imperio de la ley".

De igual manera, en la sentencia SL5171-2017, <<en cuanto al alcance y entendimiento que debe dársele al principio de consonancia>>, adoctrinó:

"[...] la interpretación que le ha venido dando la jurisprudencia de la Corte al denominado principio de la consonancia, previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social es que aun cuando es una "clara y perentoria restricción a la competencia del Tribunal para revisar la decisión del a quo, no solo en cuanto a la necesidad de individualizar los puntos objeto de reproche, sino además, exponer los motivos por los cuales considera que una determinada condena debe revocarse", ello no significa que "el ad quem quede en total imposibilidad de aportar razones adicionales o distintas a las que adujo el apelante en su oportunidad legal para sustentar el recurso, pues tal postura implicaría una absurda limitación a la función jurisdiccional de que es titular" (CSJ SL 6. Mar. 2012, radicación 41439)"

Por lo tanto, esta Corporación se referirá al tema de la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en sentido amplio, es decir, no solo en lo que tiene que ver con la pretensión encaminada a la existencia del contrato de trabajo, sino también descenderá al caso concreto para verificar si el actor ostentó la calidad de trabajador oficial y, por ende, si son procedentes de manera general las condenas impuestas en la primera instancia bajo tal calidad.

Competencia de la jurisdicción ordinaria – especialidad laboral.

Previo a entrar en el análisis del sub litium, preliminarmente aclara la Sala, que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral conoce de los conflictos jurídicos derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2º numeral 1º del C. P. del T. y de la S. S., siendo por tanto necesario establecer en el asunto de marras, si la parte actora acreditó su calidad de trabajador oficial.

Sobre este tópico, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P Rigoberto Echeverry Bueno, radicación No 46518 (SL1274-2016) del 09 de febrero de 2016, trajo a colación la sentencia del 04 de junio de 2008, Rad.33465, citada a su vez en la sentencia SL4234-2014, donde concluyó lo siguiente:

"Al margen de la decisión, y en procura de su función unificadora de la jurisprudencia, considera la Sala oportuno reiterar que la jurisdicción laboral está instituida para conocer de los conflictos jurídicos emanados directamente del contrato de trabajo, sean de carácter particular o de carácter oficial".

Ahora, de vieja data la Corte Suprema de Justicia sobre este tópico ha adoctrinado que:

"...Por otra parte, la competencia de que trata el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. El apoyo que el demandante dé a sus pretensiones en un contrato de trabajo, determina la competencia del juzgador y no es posible decidir como excepción previa lo que es precisamente el fundamento del fondo de la controversia. Por ello no es admisible lo planteado en el cargo, ya que el juez del trabajo es competente para conocer de los juicios que se inicien con base en un contrato de trabajo, y debe absolver de las peticiones que tengan tal apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral". (CSJ, Cas. Laboral, sent. mar. 14/75).

Y más recientemente en la sentencia SL2603-2017, radicación No. 39743, la Corte Suprema de Justicia preliminarmente aborda el estudio de la falta de jurisdicción o competencia, y, en lo que interesa al tema *decidendi*, precisa:

"En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato.

(...) Y ha precisado la jurisprudencia esa particular manera de desarrollarse la relación procesal que vincula a los servidores de la administración pública con ella misma, para poner de presente que la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo, con lo cual ha rechazado como previas las excepciones de falta de jurisdicción o competencia.

(...)

La sentencia reseñada sirve para precisar que en estos eventos la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito

sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo”.

Descendiendo al sub examine, no es equivocada la posición del a quo al respecto, pues nótese que del libelo genitor se desprende que instan de la Judicatura la declaratoria de status de trabajador oficial, pues la pretensión segunda es del siguiente tenor: *"se declare la categoría de TRABAJADOR OFICIAL al demandante CRISTIAN DANIEL VARGAS CUESTAS, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y el Artículo 2 del Decreto 1919 de 2002 y el Decreto 2127 de 1945"*, lo que de entrada, conforme la disposición legal y precedente jurisprudencial atrás enunciado, fija en cabeza de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral la competencia para conocer la presente controversia.

Ahora bien, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece que los servicios de salud serán prestados por las entidades creadas por la Nación o por entidades territoriales a través de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), las cuales tendrán personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y, de conformidad con el artículo 195 de la citada Ley los servidores de estas entidades tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, que en su parágrafo del numeral 2º del artículo 26 dispone: ***"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones"***.

Es así que, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. nació a través del Acuerdo Distrital 641 de 2016, *"Por el cual se efectúa la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones"*, y en su artículo 6º dispuso *"Garantía de derechos. Las fusiones a las que se refiere el presente Acuerdo, se harán con plena garantía de los derechos laborales adquiridos, tanto individuales como colectivos, de trabajadores oficiales y empleados de carrera administrativa, igualmente se respetarán integralmente todas las convenciones colectivas de trabajo y acuerdos laborales vigentes. En ningún caso, como resultado de la fusión, se suprimirán cargos de carrera administrativa ni empleos de trabajadores oficiales"*

Siendo ello así, para la categorización de quienes laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado se acogió como principio general de clasificación el criterio orgánico, es decir, que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter de la vinculación de sus empleados, acudiendo de manera excepcional al criterio funcional, consultando la naturaleza de la labor desempeñada, para calificar como trabajadores oficiales a quienes desempeñen cargos no directivos enderezados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Por lo tanto, le corresponde al promotor del litigio para ser clasificado como trabajador oficial, en virtud del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C. de P. C. recogido en el artículo 167 del C.G.P., aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., acreditar indubitadamente que su labor estaba relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en cargos no directivos y, por consiguiente, que estuvo vinculado mediante un contrato de trabajo, ya que como quedó sentado, excepcionalmente se aplica el criterio funcional para clasificar a los trabajadores oficiales de las Empresas Sociales del Estado.

Para reforzar la anterior determinación, se traen los predicamentos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, en sentencia con radicación No 36.668 del 29 de junio de 2011, en la que precisa el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral:

"Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos".

De la misma providencia se extrae que actividades o funciones comprende el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, ahincando que la primera corresponde al *"conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría"*, **y respecto a la segunda** (que es la que interesa en el sub lite), es decir, a los servicios generales *"aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, **traslado de pacientes**, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa"*.

Respecto al tema de traslados de pacientes, que fue el punto basilar en la que el a quo fundó la condena, debe precisarse que no hace relación a los servicios generales, sino a servicios asistenciales, pues antes de tal providencia se había explicado con suficiencia el alcance de tal concepto, tal es el caso de la sentencia SL18413-2017, en los siguientes términos:

*"Siguiendo esta línea de pensamiento, debe tenerse en cuenta que la <labor asistencial> en tratándose de los servicios de salud, trascienden mucho más allá de las labores de mantenimiento y asepsia de la planta física que resultan necesarias e indispensables para este tipo de servicios, pues, los mismos «servicios de salud» dirigidos a usuarios «pacientes» y Beneficiarios «grupo familiar», incluyen no sólo la atención médica, suministro de medicamentos, los servicios de rehabilitación, la asesoría especializada, sino, también todo el acompañamiento técnico-administrativo que fortalece cabalmente la prestación de los servicios del respectivo nucleó social. Luego entonces, **labores incluso como el traslado de pacientes** y la participación en actividades de orden y asepsia clínica en el servicio **tampoco pueden ser ajenas al área asistencial**, pues, teniéndose al ser humano como el eje esencial de este tipo de servicios, la profesionalización que se exige tanto del cuerpo médico como el de enfermería se ha extendido hacia el personal asistencial que está presente desde la antesala administrativa, los diagnósticos, los procedimientos, los tratamientos e intervenciones, los post-clínicos, los post-terapéuticos, hasta la salida o dada de alta de los usuarios.*

Igualmente, es del caso recabar que la condición jurídica de empleado público o trabajador oficial no obedece a la voluntad de las partes, sino a la precisión legal respecto de la entidad a la cual se presta el servicio, a la naturaleza de ésta y al rol del trabajo desarrollado, criterios que han sido objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales que puntualmente han enseñado que aún en el evento de haberse

vinculado a un empleado público a través de un "*contrato de trabajo*", este aspecto formal no varía su verdadero estatus jurídico, y por el contrario, si un trabajador oficial es vinculado al servicio oficial por un acto legal y reglamentario o por otro distinto al contrato de trabajo, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en sentencia de 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968¹.

Descendiendo al sub examine se tiene, que con la prueba arrimada al plenario, y en especial con la documental contentiva del objeto contractual de los contratos de prestación de servicios obrante a folio 65, como de la certificación proferida por el Profesional de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. que reposa a folio 64, se concluye que el señor CRISTIAN DANIEL VARGAS CUESTAS, estuvo vinculado en el HOSPITAL TUNAL E.S.E. en el cargo de "CAMILLERO", máxime que en lo relativo a sus funciones al unísono los testigos DIANA MILENA MONCADA y DEIDY ANDRÉS BARRAGÁN RAMOS, dieron cuenta de que la función era trasladar a los pacientes, es decir, tenía la actividad de "camillero".

En cuanto a las funciones que desarrollaba el demandante en virtud al citado cargo, se verifica que de conformidad con el manual de funciones de la planta de personal que la citada entidad aportó al expediente, se encontraban entre otras la de: "*llevar registro de traslado de pacientes, colaborar en la movilización de pacientes,....*" (Fls. 75)

Ahora bien, es claro que el concepto y alcance de la expresión "Servicios Generales" se encuentra inmersa en el Decreto 1335 de 1990 reglamentario de la Ley 10 de ese mismo año, normativa que se encargó de regular los organismos del subsector oficial del Sector Salud de las entidades territoriales identificando de manera explícita las labores de servicios generales como aquellos trabajos operativos encaminados a facilitar la prestación de los servicios generales en una institución de salud. Así entonces, de la revisión de dicho decreto, se percata la Sala que dentro de las funciones para el cargo de "CAMILLERO – 505055", se especifican las de:

- "- *Trasladar pacientes de acuerdo a normas preestablecidas por la institución.*
 - *Llevar registro de traslado de pacientes.*
 - *Colaborar en la movilización de pacientes conjuntamente con el personal de enfermería*
- (...)"

Frente a los requisitos para optar por el cargo se encuentran, tanto en la resolución No 012 del 20 de enero de 2012, relativo al manual de funciones de la entidad (Fols. 75), como en el Decreto 1335 de 1990, los siguientes: 1) Aprobación de cuatro (4) años de educación secundaria y curso de primeros auxilios, con una duración mínima de sesenta (60) horas.

Sobre el punto en particular, en tratándose de la función de "camillero" en el sector salud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, y en sentencia SL18413-2017 concluyó que no resulta dable aceptar que tal actividad encaja en la de servicios generales, pues se trata de una labor "asistencial", y en esa medida quienes desempeñen tal cargo ostentarían la calidad de empleados públicos.

¹ "Es reiterada la doctrina de la Sala que la condición de un servidor público como trabajador oficial ora como empleado público, no se difiere por acuerdos voluntarios, por normas convencionales, por resoluciones o decretos administrativos sino exclusivamente por la Ley."

Tal providencia constituye hito jurisprudencial al respecto, providencia propalada en la SL1504-2021, cuya conclusión de la Alta Corporación se sintetiza así:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, y a instancia de que bien pudo el actor realizar distintas actividades entre las cuales **se señalaron las de traslado de pacientes y mantenimiento de camillas**, lo evidenciado en el plenario fue que sus labores **primordiales obedecieron al carácter asistencial de tipo administrativo**. Por lo tanto, encuentra la Corte que el Tribunal no se equivocó, al considerar que no se demostró la condición de trabajador oficial del demandante, habida cuenta que las actividades desarrolladas por éste no encajaban dentro del concepto de «mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales servicios generales». (Negrilla fuera del texto)*

En particular, en la SL1504-2021 de manera más concreta y retomando la argumentación de la SL18413-2017, concluyó:

*"Cumple recalcar, que en la causa que analizó la sentencia parcialmente transcrita, el demandante fungió como «AUXILIAR ASISTENCIAL CAMILLERO», aunque en el sub examine, **el accionante era solo «CAMILLERO»**, en nada modifica la conclusión final, pues lo preponderante, como se extracta de los pasajes en cita, es que, de acuerdo con el precedente, **la Sala vinculó el traslado de pacientes con el área de servicios asistenciales, no con los «servicios generales»**, por cuanto no se trata de una simple función manual o mecánica, dada su relevancia ligada a la prestación de la atención médica a los pacientes, por ende, no puede considerarse equivalente a las de aseo, jardinería, lavado de ropa o traslado de muebles dentro del hospital.*

*En consecuencia, emerge el dislate jurídico que endilga el atacante, en relación con los artículos 26 de la Ley 10 de 1990, y el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, al considerar que era viable atribuir a Chiquillo Valbuena, la calidad de trabajador oficial, por cuanto la actividad que llevó a cabo se podía adecuar dentro del concepto de «servicios generales», cuando por el contrario, como acaba de verse, **si bien acreditó la prestación personal del servicio, no es viable ligarlo a la administración con un vínculo contractual, propio de esta categoría de servidores, por cuanto la función de camillero no tiene cabida dentro del concepto de «servicios generales»**, lo que impone aplicar la regla general, del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, según la cual, quienes se vinculan a las Empresas Sociales del Estado ostentan la calidad de empleados públicos. (Negrilla fuera del texto)*

Siendo esto así, en efecto, el a quo efectuó un análisis de fondo de la controversia planteada, y arribó a la conclusión de que se estructuran los elementos del contrato de trabajo, aspecto que tampoco presenta inconformidad para la Sala; no obstante, ello no genera que se le tenga que clasificar al actor como servidor público en calidad de trabajador oficial, pues al ser la actividad de "camillero" catalogada como un servicio asistencial y no de "servicios generales", mal podría la judicatura ubicar al actor dentro de la excepción contemplada en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, es decir, encasillar en la clasificación de trabajadora oficial.

Corolario de lo anterior, observa la Sala que las labores desarrolladas por el demandante, al contrario de lo concluido por el a quo, en nada se relacionan con las

de servicios generales ni las de mantenimiento y sostenimiento de planta física hospitalaria, actividades descritas en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y relacionadas con mayor detalle en la Circular No 012 del 06 de febrero de 1991 Ministerio de Salud, y en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral, previamente traída al presente debate, lo cual se constituye en requisito indispensable para adquirir el estatus de trabajador oficial, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la accionada corresponde a la de una Empresa Social del Estado, y como quiera que le concernía al accionante la carga de probar en juicio que se hallaba comprendida en la excepción referida, para efectos de catalogársele como trabajador oficial vinculado a la administración pública mediante una relación contractual de naturaleza laboral, dicha falencia demostrativa conlleva a que las pretensiones de la demanda en cuanto tienen como soporte la existencia de un contrato de trabajo, carezcan de prosperidad, aunque se encuentre acreditada la prestación personal del servicio, pues se reitera, es el criterio orgánico el que prima para establecer la modalidad de la vinculación a una E.S.E. y excepcionalmente, el criterio funcional.

Ahora, desde el libelo genitor se plantea que la misma entidad en su planta de personal tenía catalogados a los "camilleros" como trabajadores oficiales, y en efecto ello se logra extraer de la documental de folio 64, y que por ello, el actor también ostenta la calidad de trabajador oficial, ante lo cual, la Sala encuentra respuesta en el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL10610-2014, en los siguientes términos:

"En efecto, debe la Corte recordar que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal. Así lo ha dispuesto esta Sala al referir que «el hecho de que la definición de la controversia sea de derecho sustancial, no significa que en su defensa la accionada pueda admitir o allanarse a la calidad del vínculo que el demandante afirme tener para con la administración pública -como lo pretende hacer ver el actor bajo el argumento de que la entidad demandada aceptó que era trabajador oficial-, por cuanto como se dijo en precedencia, es la ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo del servidor, no la voluntad de las partes. Súmese que, conforme al aforismo iura novit curia, los jueces son libres de calificar jurídicamente los hechos debatidos en el proceso»"

De manera ilustrativa en la sentencia SL2684-2018, la Corte dijo:

*"No obstante, a pesar que el cargo es fundado, no resulta próspero, pues en sede de instancia se llegaría a la misma conclusión del fallador de segundo grado, con relación a que los actores no gozan de la garantía del fuero circunstancial, aunque por razones diferentes, **pues a pesar de que los falladores de instancia les otorgaron a los accionantes la calidad de trabajadores oficiales**, lo cierto es que el último cargo que desempeñaron fue el de conductor de ambulancia, como se desprende de la prueba documental obrante en el proceso, sin que dicho cargo sea de aquellos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales que son los que se consideran como tal.*
(...)

*En consecuencia, **resulta claro que así la misma entidad haya catalogado como trabajadores oficiales a los accionantes**, lo cierto, es que de acuerdo con lo ya explicado, por las funciones desempeñadas, se puede concluir que se trata de empleados públicos y, por ende, no estaban facultados para pretender que obrara a su favor la protección del fuero circunstancial, dado que esta prerrogativa solamente existe para los trabajadores oficiales y particulares, por*

estar facultados para presentar pliegos de peticiones, facultad que no le asiste a los empleados públicos. (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo descrito, al concluir que la función (camillero) que cumplió el señor Cristian Daniel Vargas Cuestas, no se adecúa a las que cumplen los trabajadores oficiales en una Empresa Social del Estado (ESE), no es viable declarar un contrato de trabajo, ni condenar a las prerrogativas derivadas del mismo, lo que conduce a que la decisión de instancia deba revocarse, ya que fulminó condenas propias de la calidad de trabajador oficial.

Como consecuencia de lo anterior, se declararán probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la encartada (Fol. 105), generando la revocatoria del fallo de primer grado en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Cristian Daniel Vargas Cuestas y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, lo que conduce también a revocar las condenas proferidas, para en su lugar, absolverse por todo concepto.

Colofón de lo anterior, no queda otro camino para la Sala que revocar de manera integral al fallo confutado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte demandante. Téense.

DECISIÓN

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 07 de febrero de 2020, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia del contrato de trabajo e impuso condenas como trabajador oficial, para en su lugar, **ABSOLVER** a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, de todas y cada una de las pretensiones propuestas por el demandante, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

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

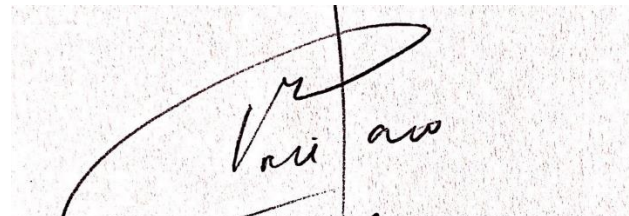
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: HECTOR RAMÍREZ CABRERA
DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE
RADICACIÓN: 110013105-025-2016-00157-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES

Bogotá D.C, treinta (30) de junio del dos mil veinte (2021)

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. Héctor Ramírez Cabrera instauró demanda ordinaria contra Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de mayo de 2001 y el 01 de julio de 2014 y que ostentó la calidad de trabajador oficial; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las sumas correspondientes por concepto de diferencias salariales generadas en relación con el cargo Conductor Administrativo - Auxiliar de Servicios Generales, Código 5155 Grado IV- C, cesantías, intereses a las cesantías, primas de antigüedad, primas de vacaciones, primas de navidad, primas semestrales, compensación de vacaciones, aportes a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar, devolución de los descuentos efectuados a título de retención en la fuente, debidamente indexados, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indexación, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, así como todo beneficio derivado de la Convención Colectiva de Trabajo, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

(Fols. 4 a 42).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró de manera constante e ininterrumpida a favor de la entidad demandada entre el 01 de mayo de 2001 y el 01 de julio de 2014, en el cargo de Conductor de ambulancia de APH, pues ejerció funciones de servicios generales de la planta física de la encartada; que fue vinculado a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos y sin ninguna interrupción; que como último salario devengó la suma de \$1.066.666; que debía cumplir un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., y con disponibilidad los fines de semana; que en el Hospital demandado existían compañeros de trabajo que se encontraban vinculados como trabajadores de

planta; que se le exigió adquirir póliza de cumplimiento de responsabilidad civil previo a la firma de los contratos; que mensualmente se le hicieron descuentos por concepto de retención en la fuente e impuesto ICA; que durante la vigencia del vínculo laboral no le fue otorgado vacaciones; que recibía órdenes exclusivas de la entidad demandada; que no podía delegar funciones, y solo podía realizar cambios de turnos con la autorización previa de sus jefes inmediatos; que siempre utilizó las herramientas dadas por el Hospital; que tenía compañeros de trabajo de planta que hacían la misma función, pero aquellos disfrutaban de las prestaciones legales y extralegales, además de recibir un salario más alto; que no fue afiliado al sistema integral de seguridad social, y tampoco se le reconocieron acreencias que recibían los funcionarios de planta; que el 30 de julio de 2014 de manera intempestiva le fue informado de manera verbal que no podía seguir ejerciendo las funciones de conductor por cuanto el plazo contractual había finalizado; que efectuó reclamación administrativa, y le fue contestada el 21 de agosto de 2014 de manera negativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 175 a 176); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que entre las partes no existió un contrato laboral, sino varios contratos de servicios independientes, autónomos e ininterrumpidos, los cuales terminaron en legal forma y se cancelaron igualmente al término de cada vigencia contractual. Dijo que la actora no tiene derecho a las prestaciones sociales solicitadas porque aceptó la actividad que ejecutó mediante un contrato de prestación de servicios en calidad de contratista sin presentar objeción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada, y la innominada. (fols. 196 a 224)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor, absteniéndose de imponer costas. (Fol. 285 a 286 con Cd de audiencia)

El *a quo*, partió por plantear el problema jurídico consistente en sí se puede declarar la existencia de un contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial del demandante con la entidad demandada, y para ello, hizo alusión a lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y artículo 26 de la Ley 10 de 1990 que establecen la clasificación según la cual, quienes se dedican al mantenimiento de la planta física y servicios generales de los hospitales fungen como trabajadores oficiales, aunado a que la carga de la prueba le correspondía al demandante, esto es, demostrar que ejerció actividades de mantenimiento de la planta física o de servicios generales.

Indicó que de conformidad con lo establecido en el Decreto 2127 de 1945, son tres los elementos del contrato de trabajo, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, el cual, con la prueba documental y testifical se encontraba plenamente acreditados, deduciendo que en efecto el actor prestó sus servicios desde el 01 de mayo de 2001 hasta el 01 de julio de 2014 como conductor de ambulancia para el Hospital Meissen II, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud

Sur ESE; sin embargo, en lo que tiene que ver con el cargo y las funciones desarrolladas, manifestó que no puede ser catalogado como trabajador oficial, ya que sus funciones no se asimilan a las de ayudante de servicios generales comprendidas en el artículo 3 del Decreto 1335 de 1990, luego, el demandante no se encuentra en la excepción prevista en el artículo 26 de la ley 10 de 1990.

Consideró que la labor desplegada por el actor se encuentra en las clasificadas como carácter asistencial y no de servicios generales, pues para el cargo de conductor de ambulancia se exige tener conocimientos mínimos de atención prioritaria, licencia de conducción y curso de 40 horas en primeros auxilios, requisitos que cumplió el actor según su hoja de vida, con lo cual, hacia parte del equipo asistencial del Hospital, y por ende su clasificación corresponde a la de empleado público y no la de trabajador oficial.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que, cuando se acude a la jurisdicción laboral se debe resolver de fondo los aspectos sustanciales, además que el *a quo* indicó que no existía nulidad que invalide lo actuado; que si bien se pretendió la existencia de un contrato de trabajo, y ello generó la competencia del juzgado, no es menos cierto que si estimaba que no era competente debía haber enviado la demanda a la jurisdicción contenciosa administrativa; que el demandante fue conductor de ambulancia y no puede soportar el limbo jurídico ni tampoco colocársele barreras infranqueables que pongan en entredicho la justicia; que el demandante estuvo vinculado durante 13 años como conductor de ambulancia y se probó con suficiencia los elementos del contrato de trabajo; que se interpretan normas y perjudica al demandante; que se solicita que el Tribunal estudie su posición y anule todo lo actuado y envíe el proceso a la jurisdicción administrativa, con el problema grandísimo de la caducidad de la acción; que en la justicia no hay justicia; que sí el Tribunal decide conocer de fondo el asunto debe tener en cuenta que los conductores de ambulancia son trabajadores oficiales, ya que el cargo esta creado con el código 5150 - IV C, aspecto que es conocida la entidad demandada y el juez, sin que haya razón valedera para cambiarle la naturaleza; que la decisión de la Corte Suprema de Justicia citada, comete un error craso y de allí nace un galimatías jurídico, en la cual los abogados no saben a que jurisdicción acudir, máxime que se encuentran con el problema de la caducidad; que la Comisión del Servicio Civil ha conceptuado que los conductores de ambulancia son trabajadores oficiales, y tal concepto es tenido en cuenta por los hospitales y Subredes de Salud; que la capacitación en primeros auxilios no puede cambiar la calidad de servidor público, esto es, de trabajador oficial a empleado público; que si bien el actor hizo el curso de primeros auxilios, ello no da lugar a cambiar su naturaleza jurídica a empleado público; que el *a quo* no estudió el caso de fondo. En definitiva solicita que se revoque la sentencia, se estudie de fondo el proceso, además que el proceso data del 2015 y la sentencia referida por el *a quo* es del 2018, es decir, que no pueden aplicarle una sentencia posterior a un caso anterior perjudicando al demandante.

6. Alegatos

Demandada: Manifestó que debe confirmarse la decisión de instancia, ya que se aviene a los presupuestos que tuvo la oportunidad la Corte Suprema de Justicia de estudiar en la sentencia SL1334-2018, en la que se deja sentado que la actividad de conductor de ambulancia no es de la naturaleza de un trabajador oficial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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) ¿El conocimiento de las pretensiones enarboladas por el actor, es de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral? (ii) ¿El cargo de conductor de ambulancia de una ESE puede ser catalogado como un cargo que se ejerce por un trabajador oficial?

Competencia de la jurisdicción ordinaria – especialidad laboral.

Previo a entrar en el análisis del sub litium, preliminarmente aclara la Sala, que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral conoce de los conflictos jurídicos derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2º numeral 1º del C. P. del T. y de la S. S., siendo por tanto necesario establecer en el asunto de marras, si la parte actora acreditó su calidad de trabajador oficial.

Sobre este tópico, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P Rigoberto Echeverry Bueno, radicación No 46518 (SL1274-2016) del 09 de febrero de 2016, que trajo a colación la sentencia del 04 de junio de 2008, Rad.33465, citada a su vez en la sentencia SL4234-2014, concluyó lo siguiente:

“Al margen de la decisión, y en procura de su función unificadora de la jurisprudencia, considera la Sala oportuno reiterar que la jurisdicción laboral está instituida para conocer de los conflictos jurídicos emanados directamente del contrato de trabajo, sean de carácter particular o de carácter oficial”.

Ahora, de vieja data la Corte Suprema de Justicia sobre este tópico ha adoctrinado que:

“...Por otra parte, la competencia de que trata el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. El apoyo que el demandante dé a sus pretensiones en un contrato de trabajo, determina la competencia del juzgador y no es posible decidir como excepción previa lo que es precisamente el fundamento del fondo de la controversia. Por ello no es admisible lo planteado en el cargo, ya que el juez del trabajo es competente para conocer de los juicios que se inicien con base en un contrato de trabajo, y debe absolver de las peticiones que tengan tal apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral”. (CSJ, Cas. Laboral, sent. mar. 14/75).

Y más recientemente en la sentencia SL2603-2017, radicación No. 39743, la Corte Suprema de Justicia preliminarmente aborda el estudio de la falta de jurisdicción o competencia, y, en lo que interesa al tema *decidendi*, precisa:

“En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o

no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato.

(...) Y ha precisado la jurisprudencia esa particular manera de desarrollarse la relación procesal que vincula a los servidores de la administración pública con ella misma, para poner de presente que la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo, con lo cual ha rechazado como previas las excepciones de falta de jurisdicción o competencia.

(...)

*La sentencia reseñada sirve para precisar que en estos eventos la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, **pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo**". (Negrilla fuera del texto)*

Descendiendo al sub examine, no es equivocada la posición del a quo al respecto, pues nótese que del libelo genitor se desprende que instan de la Judicatura la declaratoria de status de trabajador oficial, pues la pretensión segunda es del siguiente tenor: "**se DECLARE y ELEVE a la categoría de TRABAJADOR OFICIAL al demandante señor HECTOR RAMIREZ CABRERA, de conformidad con el Artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del decreto 1919 de 2002**", lo que de entrada, conforme la disposición legal y precedente jurisprudencial atrás enunciada, fija en cabeza de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral la competencia para conocer la presente controversia.

Ahora bien, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece que los servicios de salud serán prestados por las entidades creadas por la Nación o por entidades territoriales a través de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), las cuales tendrán personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y, de conformidad con el artículo 195 de la citada Ley los servidores de estas entidades tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, que en su parágrafo del numeral 2º del artículo 26 dispone: "**Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones**".

Es así que, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. nació a través del Acuerdo Distrital 641 de 2016, "*Por el cual se efectúa la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones*", y en su artículo 6º dispuso: "*Garantía de derechos. Las fusiones a las que se refiere el presente Acuerdo, se harán con plena garantía de los derechos laborales adquiridos, tanto individuales como colectivos, de trabajadores oficiales y empleados de carrera administrativa, igualmente se respetarán integralmente todas las convenciones colectivas de trabajo y acuerdos laborales vigentes. En ningún caso, como resultado de la fusión, se suprimirán cargos de carrera administrativa ni empleos de trabajadores oficiales*"

Siendo ello así, para la categorización de quienes laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado se acogió como principio general de clasificación el criterio orgánico, es decir, que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter de la vinculación de sus empleados, acudiendo de manera excepcional al criterio funcional, consultando la naturaleza de la labor desempeñada, para calificar como trabajadores oficiales a quienes desempeñen cargos no directivos enderezados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Por lo tanto, le corresponde al promotor del litigio para ser clasificado como trabajador oficial, en virtud del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C. de P. C. recogido en el artículo 167 del C.G.P., aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., acreditar indubitadamente que su labor estaba relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en cargos no directivos y, por consiguiente, que estuvo vinculado mediante un contrato de trabajo, ya que como quedó sentado, excepcionalmente se aplica el criterio funcional para clasificar a los trabajadores oficiales de las Empresas Sociales del Estado.

Para reforzar la anterior determinación, se traen los predicamentos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, en sentencia con radicación No 36.668 del 29 de junio de 2011, en la que precisa el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral:

"Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos".

De la misma providencia se extrae que actividades o funciones comprende el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, ahincando que la primera corresponde al *"conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría"*, **y respecto a la segunda** (que es la que interesa en el sub lite), es decir, a los servicios generales *"aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa"*.

No obstante sobre este punto, es del caso recabar que la condición jurídica de empleado público o trabajador oficial no obedece a la voluntad de las partes, sino a la precisión legal respecto de la entidad a la cual se presta el servicio, a la naturaleza de ésta y al rol del trabajo desarrollado, criterios que han sido objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales que puntualmente han enseñado que aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un *"contrato de trabajo"*, este aspecto formal no varía su verdadero estatus jurídico, y por el contrario, si un trabajador oficial es vinculado al servicio oficial por un acto legal y reglamentario o por otro distinto al contrato de trabajo, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en sentencia de 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968¹.

Descendiendo al sub examine se tiene, que con la prueba arrimada al plenario, y en especial con la documental contentiva del objeto contractual de los contratos de prestación de servicios obrante a folio 56 a 76, como de las planillas de actividades de los conductores de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. que reposa a folio 77 a 113, se concluye que el demandante, estuvo vinculado en el HOSPITAL MEISEN II E.S.E. en el cargo de "CONDUCTOR DE AMBULANCIA".

En cuanto a las funciones que desarrollaba el demandante en virtud al citado cargo, se verifica que de conformidad con el manual de funciones de la planta de personal que la citada entidad aportó al expediente, se encontraban entre otras la de: "Transportar pacientes en ambulancias a los centros hospitalarios o a sus domicilios con las debidas medidas de seguridad y manejar el equipo de radiocomunicaciones,...." (Fls. 147)

Ahora bien, es claro que el concepto y alcance de la expresión "Servicios Generales" se encuentra inmersa en el Decreto 1335 de 1990 reglamentario de la Ley 10 de ese mismo año, normativa que se encargó de regular los organismos del subsector oficial del Sector Salud de las entidades territoriales identificando de manera explícita las labores de servicios generales como aquellos trabajos operativos encaminados a facilitar la prestación de los servicios generales en una institución de salud. Así entonces, de la revisión de dicho decreto, se percata la Sala que dentro de las funciones para el cargo de "CONDUCTOR DE AMBULANCIA – 605045", se especifican las de:

"-Transportar pacientes en ambulancia a los centros hospitalarios o a sus domicilios.
-(...)"

Frente a los requisitos para optar por el cargo se encuentran, tanto en la resolución No 012 del 20 de enero de 2012, relativo al manual de funciones de la entidad (Fols. 147), como en el Decreto 1335 de 1990, los siguientes: 1) Educación básica primaria, 2) licencia de conducción de quinta (5º) categoría, 3) Certificación de curso de cuarenta (40) horas sobre primeros auxilios, y 4) dos años de experiencia relacionada.

Sobre el punto en particular, en tratándose de la función de "conductor de ambulancia" en el sector salud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, y en sentencia SL1334-2018 concluyó que no resulta dable aceptar que tal actividad encaja en la de servicios generales, pues se trata de una labor "asistencial", y en esa medida quienes desempeñen tal cargo ostentarían la calidad de empleados públicos.

Tal providencia constituye hito jurisprudencial al respecto, providencia propalada en la SL4063-2018, SL2484-2018 y SL1218-2019, cuya conclusión de la Alta Corporación se sintetiza así:

*"Entonces, no queda duda que la actividad que desarrolló el actor no estaba relacionada con aquellas de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales y, por tanto, no podía ser catalogado como trabajador oficial, pues **su labor encuadra en una de carácter asistencial, en tanto no se***

¹ "Es reiterada la doctrina de la Sala que la condición de un servidor público como trabajador oficial ora como empleado público, no se difiere por acuerdos voluntarios, por normas convencionales, por resoluciones o decretos administrativos sino exclusivamente por la Ley."

trata de una simple acción de conducir; implica además el traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud. (Negrilla fuera del texto)

Siendo esto así, en efecto, el a quo efectuó un análisis de fondo de la controversia planteada, y arribó a la conclusión de que se estructuran los elementos del contrato de trabajo de conformidad con el Decreto 2127 de 1945, aspecto que tampoco presenta inconformidad para la Sala; no obstante, ello no genera que se le tenga que clasificar al actor como servidor público en calidad de trabajador oficial, pues al ser la actividad de conductor de ambulancia catalogada como un servicio asistencial y no de "servicios generales", mal podría la judicatura ubicar al promotor de la Litis dentro de la excepción contemplada en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, es decir, encasillar en la clasificación de trabajadora oficial.

Corolario de lo anterior, observa la Sala que las labores desarrolladas por el demandante, tal y como fue concluido por el a quo, en nada se relacionan con las de servicios generales ni las de mantenimiento y sostenimiento de planta física hospitalaria, actividades descritas en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y relacionadas con mayor detalle en la Circular No 012 del 06 de febrero de 1991 Ministerio de Salud, y en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral, previamente traída al presente debate, lo cual se constituye en requisito indispensable para adquirir el estatus de trabajador oficial, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la accionada corresponde a la de una Empresa Social del Estado, y como quiera que le concernía al accionante la carga de probar en juicio que se hallaba comprendida en la excepción referida, para efectos de catalogársele como trabajador oficial vinculado a la administración pública mediante una relación contractual de naturaleza laboral, dicha falencia demostrativa conlleva a que las pretensiones de la demanda en cuanto tienen como soporte la existencia de un contrato de trabajo, carezcan de prosperidad, aunque se encuentre acreditada la prestación personal del servicio, pues se reitera, es el criterio orgánico el que prima para establecer la modalidad de la vinculación a una E.S.E. y excepcionalmente, el criterio funcional.

Ahora, hace alusión el apoderado judicial de la parte activa, que la misma entidad en su planta de personal tenía catalogados a los conductores de ambulancia como trabajadores oficiales, y que por ello, el actor también ostenta la calidad de trabajador oficial, ante lo cual, la Sala encuentra respuesta en el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL10610-2014, en los siguientes términos:

"En efecto, debe la Corte recordar que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal. Así lo ha dispuesto esta Sala al referir que «el hecho de que la definición de la controversia sea de derecho sustancial, no significa que en su defensa la accionada pueda admitir o allanarse a la calidad del vínculo que el demandante afirme tener para con la administración pública -como lo pretende hacer ver el actor bajo el argumento de que la entidad demandada aceptó que era trabajador oficial-, por cuanto como se dijo en precedencia, es la ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo del servidor, no la voluntad de las partes. Súmese que, conforme al aforismo iura novit curia, los jueces son libres de calificar jurídicamente los hechos debatidos en el proceso»"

De manera ilustrativa en la sentencia SL2684-2018, para responder concretamente el punto objeto de apelación, la Corte dijo:

*"No obstante, a pesar que el cargo es fundado, no resulta próspero, pues en sede de instancia se llegaría a la misma conclusión del fallador de segundo grado, con relación a que los actores no gozan de la garantía del fuero circunstancial, aunque por razones diferentes, **pues a pesar de que los falladores de instancia les otorgaron a los accionantes la calidad de trabajadores oficiales, lo cierto es que el último cargo que desempeñaron fue el de conductor de ambulancia**, como se desprende de la prueba documental obrante en el proceso, sin que dicho cargo sea de aquellos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales que son los que se consideran como tal.*
(...)

*En consecuencia, **resulta claro que así la misma entidad haya catalogado como trabajadores oficiales a los accionantes**, lo cierto, es que de acuerdo con lo ya explicado, por las funciones desempeñadas, se puede concluir que se trata de empleados públicos y, por ende, no estaban facultados para pretender que obrara a su favor la protección del fuero circunstancial, dado que esta prerrogativa solamente existe para los trabajadores oficiales y particulares, por estar facultados para presentar pliegos de peticiones, facultad que no le asiste a los empleados públicos.* (Negrilla fuera del texto)

En lo relativo a que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado, cumple precisar que tanto el *a quo*, como en esta instancia se está resolviendo de fondo la controversia planteada, es decir, se parte del problema jurídico de la existencia o no del contrato de trabajo, y sí el actor ostenta o no la calidad de trabajador oficial, aspecto que al resultar desfavorable para el actor no conlleva a que se declare la nulidad de lo actuado y se remita el proceso a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues como se dejó decantado de manera preliminar al inicio de esta providencia, "*la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo*", y en ese orden, tampoco puede aceptar la Sala que la decisión del *a quo* haya sido una decisión inhibitoria, ya que se itera, la controversia gravitó en demostrar si el actor ostentó o no la calidad de trabajador oficial, punto que no se logró acreditar, pues el cargo de conductor de ambulancia no es catalogado en la definición de servicios generales, sino asistencial.

Finalmente, en lo tocante a que no debía aplicarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que es posterior al caso aquí analizado, acota la Sala que es equivocada tal postura, ya que una de las funciones de la máxima autoridad de la justicia ordinaria, es precisamente unificar la jurisprudencia en su especialidad (SL593-2021), y por ende, ante casos de similares contornos lo procedente es dar aplicación al criterio jurisprudencial vigente al momento de impartir justicia, y no al momento en que se radicó la demanda, con lo cual, también se despacha de manera desfavorable lo relativo a que la Comisión del Servicio Civil ha conceptuado que los conductores de ambulancia ostentan la calidad de trabajadores oficiales, pues tales conceptos no son vinculantes ni obligatorios para esta judicatura.

Sobre la unificación de la jurisprudencia, se dijo (SL593-2021):

"Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015 se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales".

Queda de esta manera agotado el temario planteado por el apoderado judicial de la parte activa.

Colofón de lo anterior, no queda otro camino para la Sala que impartir confirmación integral al fallo confutado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 04 de diciembre de 2020, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



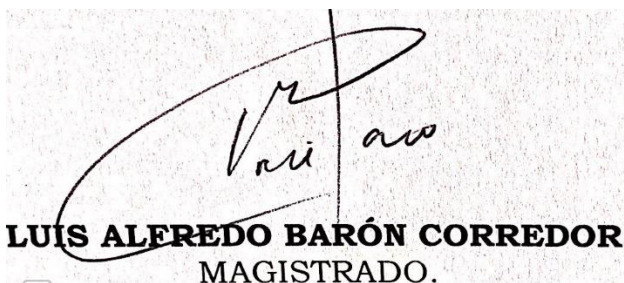
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-005-2015-00816-01**
ASUNTO: **APELACIÓN**
TEMA: **NULIDAD DICTAMEN.**

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

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. La entidad AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. en adelante AXA COLPATRIA S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare nulo el dictamen No 457644 del 27 de mayo de 2015, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por incurrir en error grave y ser violatorio de los criterios legales y jurisprudenciales aplicables sobre calificación integral y definición del origen de la PCL, como consecuencia, que se declare que la invalidez que padece el señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, es de origen común, y sus prestaciones asistenciales y económicas no están a cargo de AXA COLPATRIA S.A., lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho; de manera subsidiaria solicita que se declare nulo el dictamen No 457644 del 27 de mayo de 2015, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por comprender errores jurídicos, técnicos y médicos graves en la calificación, así como también por incurrir en vulneración al debido proceso de AXA COLPATRIA S.A., en consecuencia, que se declare que el señor JOSÉ ALIBAD DUQUE no es invalido, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 7 de marzo de 2014 AXA COLPATRIA S.A. emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, en la que le asignó como PCL un 12.45 %, de origen laboral, con fecha de estructuración del 13 de junio de 2012; que ante la controversia propuesta por el afiliado, fue evaluado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, quien emitió dictamen del 26 de junio de 2014, asignando una PCL del 50.03 %, con fecha de estructuración del 05 de diciembre de 2013; que el dictamen fue apelado por AXA COLPATRIA S.A., y fue remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien en la calificación incorpora la patología de nivel

urológico consistente en "hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria" de origen común, asignándole un porcentaje de deficiencia del 7.4%; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emite dictamen No 457644 datado el 27 de mayo de 2015, en la cual establece las patologías de "síndrome del manguito rotatorio (enfermedad laboral), ganartrosis primaria bilateral (enfermedad laboral), coxartrosis primaria bilateral (enfermedad laboral), hipertensión esencial (primaria- origen común), enfermedad pulmonar obstructiva crónica – no especificada (origen común), otros trastornos específicos de los discos intervertebrales (origen laboral), e Hipertrofia prostática y alteración de prueba función renal (enfermedad común); que la calificación del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE se efectuó de manera integral pero sin la observancia de los criterios legales y jurisprudenciales para la determinación del origen de la invalidez; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó la patología "hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria", sin que antes se hubiere realizado el trámite de calificación en primera oportunidad por las entidades competentes; que la suma combinada de las deficiencias que venía siendo controvertida, sin la patología de "hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria", corresponde a 25.55 %, más la discapacidad del 5.80% y minusvalía del 17.0%, genera un total de PCL del 48.35 %; no obstante, como se incorporó la patología de "hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria", asignándole un 7.4% de deficiencia, generó una suma combinada de deficiencias del 27.36%, que sumado a la discapacidad y minusvalía, le arrojó una PCL del 50.16%; que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez contiene soportes documentales e historia clínica que AXA COLPATRIA S.A. desconoce y no pudo controvertir, por lo que tal dictamen contiene errores técnico – médicos con violación al Manual Único de Calificación de Invalidez aplicable; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el origen de la invalidez es laboral. Finalmente que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez incurrió en grave error y resulta violatorio de los criterios legales y jurisprudenciales aplicables al proceso de calificación integral y la determinación del origen.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 67); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones

- **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.** Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el concepto técnico sobre pérdida de capacidad laboral fue emitido con plena sujeción al debido proceso, en concordancia con las disposiciones técnicas y legales que rigen el proceso de calificación, estableciéndose el real porcentaje de incapacidad al momento de efectuarse la calificación del paciente. Propuso como excepciones de fondo la de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum- inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, legalidad de la calificación emitida- calificación integral de la invalidez (sentencia C-425 de 2005)- prevalencia de la realidad sobre las formalidades, inexistencia de la obligación – improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación – competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada, y, la genérica. (fls. 72 a 96).

- **COLPENSIONES:** Como réplica a la demanda se opuso a las pretensiones con fundamento en que tal entidad es ajena a los hechos en que se basan las pretensiones; no obstante, precisa que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es el ente que determina el origen de la enfermedad, que para el caso controvertido la clasificó de origen laboral, y por tanto, es AXA COLPATRIA S.A. quien debe reconocer la pensión. Como excepciones de mérito rotuló las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, la innominada o genérica, y legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. (Fols. 137 a 142)

- **JOSÉ ALIBAD DUQUE:** Contestó la demanda a través de curador Ad- litem, quien manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda tanto principal como subsidiaria, y se atiene a lo que se pruebe en el debate probatorio. Como medios exceptivos de defensa esgrimió las de legalidad del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y la genérica. (Fols. 175 a 177)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de junio de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que el origen de la invalidez del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE es común, ordenando a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez al afiliado dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, liquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993; ordenó que AXA COLPATRIA S.A. siga pagando la prestación hasta que el afiliado se encuentre en nómina de pensionados de COLPENSIONES; absolvió a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de las pretensiones; y, se abstuvo de imponer costas (fls. 899 a 900 PDF y audiencia en Cd de folio 166).

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si la pérdida de capacidad laboral del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE supera el 50%, y en caso positivo, a cargo de qué entidad le correspondería asumir la prestación económica.

Efectuó un recuento de los diferentes dictámenes practicados al afiliado, tales como el de AXA COLPATRIA S.A. que lo calificó en un 12.45%, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda en un 50.03 %, y de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en un 50.16 %, este último manteniendo la fecha de estructuración del 05 de diciembre de 2013, y el origen como laboral.

Que al ser objeto de discusión la invalidez del afiliado y el origen de la enfermedad, se efectuó un nuevo dictamen por una Sala diferente en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual milita a folios 146 y siguientes, del que se le corrió traslado a las partes procesales, sin manifestación alguna, y, como quiera que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha determinado que el juez puede apartarse razonadamente de los dictámenes de las Juntas, estimó que el último dictamen practicado en el transcurso del proceso, esto es el de la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez efectúa la calificación integral y tiene en cuenta las sentencias C- 425 de 2005 y T 518 de 2011, con el cual se puede determinar que el afiliado supera la invalidez del 50% no con las enfermedades laborales sino con las enfermedades comunes, ya que son los diagnósticos de enfermedad pulmonar crónica y la hipertrofia prostática benigna, diagnosticadas en el año 2013 y 2014, respectivamente, las que dieron lugar a sobrepasar el 50 % de pérdida de capacidad laboral.

Que en virtud de lo anterior la enfermedad del actor no era de origen laboral sino común, aun teniendo en cuenta diagnósticos laborales en menor medida, y por lo tanto, quien debe asumir la pensión de invalidez no es AXA COLPATRIA S.A. sino COLPENSIONES, aclarándole al afiliado, que no se le está quitando la pensión, sino que se está definiendo a quien le corresponde continuar pagándola; no obstante, en lo que respecta a la forma de liquidación, la misma si puede presentar variaciones, sin que pueda en todo caso ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

En esa medida, ordenó a COLPENSIONES que continúe con el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, procediendo a la liquidación de la prestación de conformidad con el artículo 40 de la ley 100 de 1993; AXA COLPATRIA S.A. dejará de pagar la prestación una vez se haya incluido en nómina de pensionados por parte de COLPENSIONES, quien debe asumir la obligación dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

Que en la medida en que no se aportó documental frente al reconocimiento pensional del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, es por lo que se ordena a que AXA COLPATRIA S.A. deje de asumir la prestación una vez empiece a reconocer la prestación COLPENSIONES.

Señaló que no hay lugar a reembolsos por parte del afiliado, ya que la mesada pensional fue recibida de buena fe y en virtud del principio de confianza legítima al estar soportada en un dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y además solo con este proceso se determinó su porcentaje de pérdida de capacidad laboral y origen de la invalidez.

En lo relativo a COLPENSIONES indicó que tampoco era procedente restituir sumas en exceso, ello en la medida en que lo único que se puede ordenar de conformidad con las pretensiones planteadas es la asunción de la prestación a su cargo a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Frente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no se puede imponer tampoco condena, a no ser que se haya solicitado indemnización de perjuicios, pero ello no fue pedido.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, los apoderados de COLPENSIONES y AXA COLPATRIA S.A. interpusieron recurso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

COLPENSIONES: Manifestó que el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez no fueron objeto de discusión por ninguna de las partes, y tampoco fueron enunciado en los hechos de la demanda, por lo que no se cumple los parámetros establecidos a nivel jurisprudencial para dar aplicación a las facultades ultra y extra petita; que no existe reclamación administrativa de la pensión de invalidez conforme lo establece el artículo 6 del CPT y la S.S., y por ello, no tendría competencia el juez para pronunciarse al respecto; que se vulnera el principio de congruencia, y en esa medida debe revocarse la decisión de instancia.

AXA COLPATRIA S.A.: Colige no estar de acuerdo con los efectos de la nulidad del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ya que los efectos de la

nulidad es retrotraer las cosas a su estado inicial, pues se trata de un acto viciado y apartado de la legalidad; que es un dictamen que no se acompasa con los criterios jurisprudenciales para determinar el origen, en la medida en que la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional en estos casos hacen parte del bloque de constitucionalidad; que la nulidad tiene efectos retroactivos; que los efectos como lo determinó el a quo desde la ejecutoria de la sentencia implica tener como válido durante un determinado tiempo el dictamen, lo cual es contradictorio con los efectos de la nulidad; que no se puede mantener efectos jurídicos de un acto nulo; que debe aplicarse los efectos de la nulidad del Código Civil; que la invalidez del afiliado siempre fue común, y se requiere declarar la nulidad con efectos retroactivos, para que internamente las entidades de seguridad social discutan lo correspondiente a eventuales recobros; de manera subsidiaria deberá tomarse una fecha anterior a la ejecutoria a la sentencia, bien sea desde la presentación de la demanda, o desde la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el transcurso del proceso.

6. Alegatos de conclusión.

Colpensiones: Manifiesta que debe revocarse la decisión de instancia, ya que el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez no fue objeto de discusión por ninguna de las partes, y tampoco fue enunciado en los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que el a quo no podía bajo las facultades ultra y extra petita definir la controversia.

Axa Colpatria S.A.: Aduce que la decisión de instancia de dar efectos a la nulidad del dictamen a partir del mes siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia resulta contrario a derecho, ya que desconoce los canones en relación con los efectos jurídicos de la ineficacia, máxime que se trata de un dictamen que presenta varios vicios; igualmente presenta replica de los alegatos de conclusión que presentó COLPENSIONES, señalando que al contrario, la decisión de instancia respeta el principio de congruencia y que es improcedente el requisito de la reclamación administrativa.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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, así como también se estudiara lo desfavorable a COLPENSIONES y al afiliado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar: (i) ¿La decisión de primera instancia se ajusta al principio de congruencia?, (ii) ¿El a quo no tenía competencia para pronunciarse sobre la pensión de invalidez por no acreditarse la reclamación administrativa de que trata el artículo 6 del CPT y la S.S.? (iii) ¿Hay lugar a acoger el dictamen médico pericial de la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó una PCL del 50,44 %, y que conllevó a declarar la nulidad del dictámen No 457644 del 25 de mayo de 2015 expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez? (iv) ¿Quién debe asumir la prestación económica frente a la invalidez generada por enfermedades de origen laboral y común? y (v) ¿Cuáles son los efectos de la nulidad del dictamen frente al reconocimiento pensional y la entidad a cargo de las prestaciones económicas?

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DECISIONES JUDICIALES.

Establece el artículo 281 del CGP, antes 305 del CPC, lo siguiente:

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio".

Sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL440-2021) ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que:

"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse "a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales" (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018)"

Del mismo modo, la Alta Corporación ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018).

Igualmente, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos*

sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem”

Descendiendo al sub examine, se duele COLPENSIONES de la condena impartida por el a quo, arguyendo que no podía ordenarle el reconocimiento de la pensión de invalidez del afiliado JOSÉ ALIBAD DUQUE, ya que ello no fue pretendido en la demanda, ni tampoco se esgrimió en el acápite de hechos, frente lo cual, la Sala no le dará la razón, sin que ello implique que se esté confirmando la decisión de instancia como fue impuesta, pues el aspecto sustancial en lo relativo a la entidad encargada del reconocimiento pensional y la pensión de invalidez se definirá de manera posterior; no obstante desde la óptica meramente procesal es oportuno resolverle el punto de apelación a COLPENSIONES para poder continuar con el estudio de los demás problemas jurídicos.

Si bien es cierto la demanda planteada por AXA COLPATRIA S.A. no es un modelo a seguir, entiende el despacho que de conformidad con las pretensiones segunda y tercera principal se está poniendo en tela de juicio el estado de invalidez del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, así como también la entidad a quien le correspondería asumir las prestaciones económicas, pues en la pretensión segunda pide que se declare que la invalidez del afiliado es de origen común, y en la tercera, como consecuencial a la anterior, esgrime que las prestaciones económicas y asistenciales no se encuentran a cargo del sistema general de riesgos laborales que administra AXA COLPATRIA, y en ese orden, a pesar de que literalmente no se enuncia a COLPENSIONES en tales pretensiones, lo cierto es que en el libelo genitor AXA COLPATRIA S.A. rotuló como litisconsorte necesario por pasiva a COLPENSIONES, y en efecto, como quiera que el señor JOSÉ ALIBAD DUQUE viene percibiendo la pensión de invalidez a cargo de AXA COLPATRIA S.A., en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda, esto es, que se determine el origen común de la invalidez, de manera consecuente se entiende que es COLPENSIONES el llamado en juicio a controvertir si le corresponde o no asumir la prestación.

Ahora, debe indicarle esta Judicatura a la apoderada judicial de COLPENSIONES que la fijación del litigio se circunscribió en determinar si la pérdida de capacidad laboral del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE es superior al 50 % e igualmente, establecer si el origen de la invalidez es común o laboral, para luego, asignar la respectiva obligación a las entidades (Fol. 138 a 139 con Cd de audiencia), aspectos que fueron los que se definieron en la sentencia de primer grado, razón por la cual, el reproche de COLPENSIONES sustentado en la alzada es infructuoso, pues no puede olvidarse que la etapa de fijación del litigio es trascendental en la definición sustancial que se hace con posterioridad en la sentencia, esto es, que también hace parte del principio de congruencia, conforme lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja data en sentencia de radicado No 25844 del 13 de septiembre de 2006, en los siguientes términos: *“Además, obviamente que el sentenciador, al revisar toda la actuación procesal surtida, tendrá que ceñirse a lo plasmado en la audiencia de conciliación, y **a la forma como quedó en definitiva la fijación del litigio**, conforme con el artículo 77 del C. P. del T. y la S. S., modificado por el 39 de la Ley 712 de 2001”*.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

Para resolver de tajo este punto de apelación, baste con traer a colación la sentencia SL13128-2014, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral pondera algunas situaciones que se presentan en relación con la falta de reclamación administrativa del artículo 6° del C.P.T y S.S, a saber; 1) si el juez advierte que no se encuentra la reclamación administrativa *"es su obligación rechazar de plano la demanda, por falta de competencia"*; 2) si el juez no advierte la omisión de la reclamación en la admisión de la demanda y esta se admite, le corresponde a la parte procesal contestataria: *"alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuales son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa"*; 3) si se propone por la parte procesal demandada la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa, se adoptara la decisión *"interlocutoria por el Juez Laboral sobre este asunto, claro está, una vez ejecutoriada la misma, pone punto final a toda discusión sobre este tema"*; 4) si la entidad demandada no propone la excepción previa de falta de competencia por omisión de la reclamación administrativa: ***"la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada"***. (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, como quiera que COLPENSIONES al presentar réplica de la demanda no formuló excepción previa en tal sentido, no resulta oportuno que solo hasta el momento de sustentar la alzada someta a discusión la falta de reclamación administrativa en lo relacionado con la pensión de invalidez, razón por la que, bajo los lineamientos jurisprudenciales vertidos se impone despachar de manera desfavorable tal punto de apelación.

DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL -PENSIÓN DE INVALIDEZ- ORIGEN DE LA INVALIDEZ (MIXTA).

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que AXA COLPATRIA S.A. a través de dictamen No 24379 del 07 de marzo de 2014, calificó al señor JOSÉ ALIBAD DUQUE con una PCL del 12.45 %, con fecha de estructuración del 13 de junio de 2012 (Fols. 26 a 28); que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, a través de dictamen No 359-2014 del 26 de junio de 2014, calificó al afiliado con una PCL del 50.03 % con fecha de estructuración del 05 de diciembre de 2013 (Fols. 30 a 33); que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen No 457644 del 27 de mayo de 2015, en la que modificó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, en lo relativo al porcentaje de la invalidez pasando del 50.03 % al 50.16 %, manteniendo el origen de la invalidez como enfermedad profesional y la fecha de estructuración (Fols. 35 a 45); que el señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, viene percibiendo pensión de invalidez a cargo de AXA COLPATRIA S.A., situación aceptada por las partes, a pesar de no contar en el diligenciamiento con prueba documental de su reconocimiento, monto y fecha desde la cual viene disfrutando; que en el transcurso del proceso por disposición del a quo, se ordenó la práctica de dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual, procedió a emitir dictamen No 4576443-18822 datado el 18 de diciembre de 2018, asignando una PCL 50.44 %, calificando la invalidez de origen común (Fols. 146 a 151).

En orden a resolver de fondo la litis, cumple anotar por la Sala que la discusión esencial, más allá del porcentaje de la invalidez se circunscribe es al origen de la misma, pues no de otra manera la pretensión de AXA COLPATRIA S.A. está dirigida a liberarse del reconocimiento pensional por tratarse de una enfermedad de origen común y no laboral, aspecto que lleva a la entidad demandante a proponer que se declare la nulidad del dictamen emitido por la Sala 1 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 27 de mayo de 2015, en la que elevó del 50.03 % al 50.16 % la PCL, manteniendo el origen de la invalidez como enfermedad profesional y la fecha de estructuración.

Nótese que en el dictamen de AXA COLPATRIA S.A. del 07 de marzo de 2014, se calificó al señor JOSÉ ALIBAD DUQUE con una PCL del 12.45 %, con fecha de estructuración del 13 de junio de 2012, y las patologías fueron todas de origen laboral (Fol. 27); en igual sentido, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, calificó al afiliado con una PCL del 50.03 % con fecha de estructuración del 05 de diciembre de 2013, y de origen laboral (Fols. 31).

Este último dictamen fue recurrido el 18 de julio de 2014 por AXA COLPATRIA S.A. para que fuera conocido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en los siguientes términos: *"en nuestro concepto no aplica la calificación de artrosis, ya que hay un reemplazo articular y lo que calificamos fue la restricción de movilidad que está sobrevalorada. El capítulo 5 tabla 5.1 clase II al que se hace referencia en la calificación corresponde a deficiencias del aparato digestivo (boca), no al aparato respiratorio; en relación a la HTA no se especifica clase. La minusvalía ocupacional fue sobrevalorada, el trabajador está aún en proceso de rehabilitación, con procedimientos quirúrgicos pendientes e incapacitado, no es posible sin evaluar un posible retorno laboral o reubicación, al finalizar el proceso de rehabilitación, determinar la minusvalía como se plantea en la ponencia"* (Fol. 34)

Fue así que, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen el 27 de mayo de 2015, en la que modificó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, y en lo que interesa a la definición de la Litis, la entidad calificadora indicó que la suma combinada de la deficiencia es del 25.55 % después de haber resuelto los puntos objeto de apelación propuestos por AXA COLPATRIA S.A., pero que, al haberse allegado nuevas pruebas por el afiliado que evidencian patologías de nivel urológico, las mismas deben tenerse en cuenta por tratarse de una calificación integral, y en ese orden le asignó un 7.4% a la "Hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria", dando como resultado global de la deficiencia un total de 27.36%, que sumado con las discapacidades (5.8 %) y minusvalías (17.0%) arrojó un total de 50.16 % de PCL; y en lo que respecta al origen de la invalidez y fecha de estructuración, asentó que *"se transcriben los demás conceptos emitidos por la Junta Regional y que no fueron controvertidos: Origen de la invalidez: Enfermedad laboral – Fecha de estructuración: 05/12/2013"* (Fols. 35 a 45).

De lo que viene dicho se pregunta la Sala, es procedente declarar la nulidad del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al haber incluido en la calificación diagnósticos posteriores a la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, y si el haberlo efectuado, conlleva a modificar el origen de la invalidez.

En primer término, cumple acotar que inveteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, replicada en providencia SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adoctrina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando *"lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo,..."*, (...) *"sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso."*

Así mismo, ha delineado que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, *"«...porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal...» (CSJ SL3090-2014),* empero, *"debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez"*.

De igual manera, debe tenerse en cuenta las previsiones legales contenidas en el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, según las cuales el juez: *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso"*.

Ahora, como quiera que se visualiza en las calificaciones que las patologías que generan la invalidez son de origen laboral y común, la Sala aprecia que, en materia de calificación de invalidez se ha aquilatado el concepto de calificación integral conforme lo pregonan la Corte Constitucional en sentencia C- 425 de 2005, prohijado también por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias en la SL1987 de 2019, en la que asentó: *"la determinación de la pérdida de capacidad laboral, como se ha referido, debe ser integral, esto es, en la valoración el equipo calificador debe tener en cuenta todas las secuelas y patologías incluidas las anteriores, sean de origen común o laboral -concepto de calificación integral"*, aunado a que el Decreto 917 de 1999, establece en el artículo 7º que: *"Para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad"*, derroteros que permitían al perito calificador tener en cuenta todas las patologías relacionadas en la historia clínica, pues a guisa de ejemplo, la pérdida visual del ojo izquierdo influye al momento de calificar la minusvalía del desplazamiento, la minusvalía ocupacional, la discapacidad de locomoción y discapacidad de destreza.

Ahora, sobre el origen de la invalidez (mixta) que incluso tiene que ver con la entidad que se hará cargo de las prestaciones económicas, acota la Sala que no existe un parámetro legal para definirlo, y por ello se recurre a la jurisprudencia, en la que por parte de la Corte Constitucional la sentencia T-518 de 2011 indica los siguientes parámetros:

"Cuando concurren eventos de una y otra naturaleza -común y profesional- en la determinación de la pérdida de capacidad laboral que conduzca a una pensión de invalidez, para establecer el origen y la fecha de estructuración, se atenderá al factor que, cronológicamente, sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de invalidez."

Cuando se trate de factores que se desarrollen simultáneamente, para determinar el origen y la fecha de estructuración se atenderá al factor de mayor peso porcentual”.

En lo tocante a la Corte Suprema, en la sentencia SL1936 de 2020, se dejó incólume la decisión de instancia, quien fijó el origen de la invalidez bajo el criterio de que: *“el mayor porcentaje corresponde a patologías de origen común”*; igualmente en sentencia de radicado 38614 del 26 de junio de 2012, se estableció el origen laboral de la invalidez en los siguientes términos: *“entiende la Sala que su decisión la fundamentó en que en la incapacidad definitiva tuvo especial incidencia el accidente de trabajo sufrido por el trabajador el 12 de noviembre de 2001, y siendo ello así resulta razonable, en concordancia con lo antes visto, que se ordenara a la recurrente el pago de la pensión”*.

Conforme con lo expuesto, lo primero que se colige es que al no existir un parámetro definido ni disposición legal que determine la manera en cómo debe definirse el origen (mixto) de la invalidez, mal podría por esa vía declararse la nulidad del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, máxime que tal entidad procedió a revisar la calificación por vía del recurso de apelación de AXA COLPATRIA S.A., en la que ni siquiera se colocó en entredicho el origen de la invalidez y la fecha de estructuración, pues el disenso lo fue en algunas deficiencias y en la minusvalía ocupacional que en su parecer estaba sobrevalorada. (Fol. 34)

Así mismo, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Decreto 1352 de 2013, que regula el funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, dispone en el artículo 40 lo que debe contener el dictamen de pérdida de capacidad laboral, a saber: *“a) Origen de la contingencia, y b) Pérdida de capacidad laboral junto con su fecha de estructuración si el porcentaje de este último es mayor a cero por ciento de la pérdida de la capacidad laboral (0%)*. Así como, los fundamentos de hecho y de derecho y la información general de la persona objeto del dictamen. Lo anterior, debe estar previamente establecido en la calificación que se realiza en primera oportunidad y las Juntas Regionales **y la Nacional en el dictamen resolverán únicamente los que hayan tenido controversia respecto del origen, la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración y transcribirá sin ningún tipo de pronunciamiento, ni cambio alguno, aquellos que no hayan tenido controversia”**. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Conforme con la anterior disposición normativa, y teniendo en cuenta los puntos objeto de apelación del dictamen propuesto por AXA COLPATRIA S.A., considera la Sala que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no se equivocó en ese momento, ya que procedió a ceñirse a los puntos objeto de apelación, y transcribió sin ningún tipo de pronunciamiento en lo referente a la fecha de estructuración y origen de la invalidez lo mismo que ya había sido dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, así: *“se transcriben los demás conceptos emitidos por la Junta Regional y que no fueron controvertidos: Origen de la invalidez: Enfermedad laboral – Fecha de estructuración: 05/12/2013”* (Fols. 35 a 45).

Ahora, en lo que tiene que ver con el diagnóstico “Hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria”, que fue evaluado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por haberse allegado nueva historia clínica por el afiliado el 28 de abril de 2015, sin que ello haya sido objeto de evaluación por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, y a la vez, tampoco pudo

ser controvertida por AXA COLPATRIA S.A. en el recurso de alzada ante la Junta Nacional, acota la Sala que parcialmente tiene razón AXA COLPATRIA S.A., ya que en efecto siguiendo la misma disposición legal atrás referida (artículo 40 del Decreto 1352 de 2013), en línea de principio la Junta Nacional de Calificación de Invalidez solo debía resolver los puntos objeto de controversia; no obstante, de conformidad con el principio de calificación integral no le era dable a la Junta Nacional de Calificación Nacional pasar desapercibido los diagnósticos médicos allegados con la historia clínica, ya que precisamente el dictamen debe recoger todos los diagnósticos, tal como puede desprenderse de la sentencia SL-1936 de 2020: *"no cabe duda que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe ser integral; es decir, en la valoración, el equipo calificador ha de tener en cuenta todas las secuelas y patologías, de origen común y profesional, con sujeción a la norma técnica vigente a la fecha de calificación"*.

Nótese que del escrito inaugural se logra extraer que la nulidad del dictamen se da porque según la parte demandante, al calificar la "Hipertrofia prostática y alteración de prueba de función renal con retención urinaria" como enfermedad de origen común, debía también por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinar que el origen de la invalidez es común, y por esa vía AXA COLPATRIA S.A. no le correspondía asumir la prestación económica, sustentos facticos que son equivocados, ya que olvida AXA COLPATRIA S.A. que la invalidez del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE se compone de diagnósticos o enfermedades de carácter laboral y común, es decir, estamos frente a una invalidez mixta, y si bien, la enfermedad común Hipertrofia prostática fue la que rebaso el porcentaje superior al 50%, ello no generaba de manera mecánica que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez debiera proceder a modificar el origen de la invalidez, ya que como se mencionó inicialmente, no existe disposición legal que determine de manera inequívoca que el origen de la invalidez cuando se presenten patologías mixtas, deba ceñirse por el origen de la última enfermedad calificada, en el sub examine de origen común como lo plantea AXA COLPATRIA en la demanda, máxime cuando en el trámite administrativo AXA COLPATRIA S.A. no reprochó la fecha de estructuración y el origen de la enfermedad, a pesar de que en la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez también ya se habían tenido en cuenta enfermedades de origen común.

Así las cosas, fuerza concluir que la nulidad del dictamen que estimó el a quo como acreditada no puede ser confirmada, y a pesar de que ello expresamente no fue objeto de disenso por las partes, tal estudio si correspondía efectuarlo por esta Sala, ya que se revisa la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y del afiliado JOSÉ ALIBAD DUQUE, a quienes si les resultaba desfavorable la declaratoria de nulidad del dictamen, respecto a COLPENSIONES, porque se le ordenó continuar pagando la prestación y además porque de aceptar la nulidad, generaba en AXA COLPATRIA S.A. la titularidad para recobrar ante COLPENSIONES las sumas otorgadas como pensión de invalidez, sin tener en cuenta el a quo que estamos frente a una invalidez de carácter mixto, es decir, que se da producto de tener en cuenta patologías laborales y comunes, y por ello, al establecer que la invalidez es solo de origen común declarando la nulidad del dictamen, es asumir que la prestación debía ser reconocida solo por COLPENSIONES, lo cual es equivocado; y en cuanto al demandante, también le era desfavorable la decisión del a quo de nulitar el dictamen, ya que ordenó que la prestación sea asumida por COLPENSIONES con la eventualidad de que sea disminuida por efecto de que la

liquidación de la prestación varía en ambos regímenes, aspecto que se desarrollara en líneas posteriores.

De otra parte, en el transcurso del proceso se efectuó un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral por la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (Fols. 146 a 151), pero sobran las anteriores razones para considerar que no tiene el efecto de llevar a la declaratoria de nulidad del dictamen emitido por la Sala 1 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al contrario tal dictamen reafirma en todo lo que tiene que ver con la invalidez del señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, desde el 05 de diciembre de 2013, pues no hizo referencia a la fecha de estructuración, manteniéndose la fijada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

En lo que sí es menester acoger del dictamen practicado en el transcurso del proceso es lo referente al origen de la invalidez, pero no porque la Junta Nacional de Calificación de Invalidez haya cometido un error grave que genere la nulidad del dictamen, sino porque se acompasa con el criterio jurisprudencial sobre la definición del origen en tratándose de la invalidez mixta, aspecto que como se dijo de manera antecedente y se reitera, no fue objeto de apelación en el trámite de calificación en su momento ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pero que ahora, como la discusión que plantea AXA COLPATRIA S.A. en la demanda está encaminada a definir el origen de la invalidez, sí resulta acertado acoger el dictamen practicado en el transcurso del proceso, pues define de manera correcta el origen de la invalidez mixta.

Recordemos que la sentencia T-518 de 2011 nos presenta dos parámetros para definir el origen de la invalidez mixta, el primero: *"se atenderá al factor que, cronológicamente, sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de invalidez, y el segundo, "Cuando se trate de factores que se desarrollen simultáneamente, (...) se atenderá al factor de mayor peso porcentual"*.

Conforme lo anterior, el dictamen emitido en el transcurso del proceso indica lo siguiente:

"tenemos que cronológicamente no aparecieron todas sus patologías en la misma fecha; siendo diagnosticadas todas sus patologías de origen laboral en el año 2012, además de la patología hipertensión arterial que también le fuera diagnosticada en el año 2012. La patología "enfermedad pulmonar crónica" le fue diagnosticada en el año 2013 y la patología hipertrofia prostática benigna le fue diagnosticada para el año 2014. Aquí es muy importante aclarar que con la sola suma de las patologías calificadas como enfermedad laboral más la hipertensión arterial la calificación de las deficiencias daría 23.76 % con lo cual la suma total con discapacidades y minusvalías (aun colocándolas todas) daría 46.46 %, es decir que para esa fecha del año 2012 el paciente no supera el 50 % de la pérdida de capacidad laboral, no alcanzando aun la invalidez. Es con la suma de las otras dos patologías de origen común (enfermedad pulmonar obstructiva crónica e hipertrofia prostática) que el paciente desborda la invalidez; patologías que aparecieron cronológicamente posterior a las patologías de origen laboral. Así las cosas y "atendiendo al factor que cronológicamente sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de la invalidez" que en este caso son sus patologías comunes que la sala 4 califica el origen integral de la calificación como enfermedad común" (Fol. 150).

En lo atañadero a que entidad debe eventualmente asumir el pago de la prestación por tratarse de una invalidez producto de la sumatoria de diferentes orígenes patológicos y diagnósticos (mixta), es preciso memorar el criterio que ha apuntalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto, en la que se encuentra la sentencia de radicado No 38614 del 26 de junio de 2012, reiterada en la de radicado No 37892 del 24 de julio de 2012, en la SL1987-2019, y recientemente en la SL1936-2020, en la que tiene dicho que:

"Así entonces, si bien no existe una norma explícita y expresa que establezca responsabilidades o la forma de su distribución cuando se configure este tipo de invalidez que podría llamarse mixto, ello en modo alguno significa que los jueces no deban ordenar el pago de las pensiones correspondientes, tal y como surge de una interpretación sistemática y de la delimitación del alcance teleológico de los textos de seguridad social, como se hizo líneas atrás al discernir el alcance de los principios generales incorporados en la Ley 100 de 1993.

Definido lo anterior, corresponde analizar si tiene razón la entidad recurrente al atribuir al Tribunal el error jurídico de imponerle la totalidad de la pensión y no la proporción resultante de lo que se dictaminó por pérdida de capacidad laboral imputable al riesgo profesional. Tal postura, empero, no es de recibo, por cuanto al definir el juzgador que la obligación debía imponerse a un solo ente, no pudo trasgredir la ley, pues actuó en correspondencia con el principio que podría denominarse de indivisibilidad de la mesada pensional el cual si bien no está explícitamente consagrado en una norma expresa y específica, su existencia se desprende de varios supuestos normativos que proscriben cualquier fórmula para dividir o prorratear la pensión entre varios obligados y fragmentar su pago, tales como el caso en que varias entidades deben concurrir al pago de una pensión de jubilación y la ley radica en una de ellas la obligación de pagarla total y directamente, con la posibilidad de repetir o exigir las cuotas partes a las restantes por las porciones respectivas, sin que haya lugar a fraccionamiento alguno en el pago que se hace al trabajador, o la solución implementada por el legislador para el caso de enfermedades profesionales que se estructuran y desarrollan durante la afiliación a varias administradoras, en el sentido de asignar la responsabilidad del reconocimiento a la última, preservando la posibilidad de repetición proporcional contra las otras o el empleador, según lo contempló el parágrafo 2 inciso 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, eventos que aunque difieren del que ahora se ventila, se traen a colación para destacar que el criterio acogido en casos de concurrencia en el cubrimiento de una pensión es el antes anotado, sin que la figura de la compartibilidad pensional se aparte o desvirtúe este criterio, en tanto se trata de figuras diferentes y que obedecen a situaciones y filosofías distintas, a lo que debe sumarse que lo anterior es además compatible con el principio de unidad prestacional arriba mencionado. De suerte que la decisión adoptada por el Tribunal antes que quebrantar la ley, propendió por su aplicación estricta. [...]"

En efecto, los dos últimos diagnósticos de origen laboral fueron los determinantes para superar el 50 % de pérdida de capacidad laboral, y por lo tanto, acorde con lo dispuesto en la sentencia T-518 de 2011, el origen es común, pero ello no genera como equivocadamente lo plantea AXA COLPATRIA S.A. que la totalidad de la prestación recaiga a cargo del subsistema general de pensiones (COLPENSIONES),

pues por tratarse de una invalidez de origen mixto acarrearía que tanto el sistema general de pensiones como el sistema general de riesgos profesionales financien la prestación, obviamente, esto no implica división de la mesada pensional a cargo de cada uno de los sistemas y que el afiliado reciba un monto porcentual a cargo de cada entidad, pues como se extrae del criterio jurisprudencial atrás decantado esta proscrita "*cualquier fórmula para dividir o prorratear la pensión entre varios obligados y fragmentar su pago*".

Lo anterior en la medida en que la jurisprudencia ha dejado abierto el camino para que la entidad que asuma la prestación de invalidez mixta en un 100%, accione contra la otra entidad de seguridad social, así:

*Cabe precisar, finalmente, aun cuando el tema no es propuesto por la recurrente, que como en el sub lite no se citó a la entidad de pensiones a que estaba afiliado el demandante, para que se hiciera parte en el proceso, no podía el ad quem hacer ningún pronunciamiento frente a ella, ni tampoco puede hacerlo esta Corte, **aunque ello no es óbice para que la administradora de riesgos profesionales, si lo estima conveniente, intente las acciones tendientes a obtener el reembolso que, a su juicio, cree tiene derecho.*** (Radicación No 38614 del 26 de junio de 2012)

En ese orden, al contar el actor con una invalidez, producto de la sumatoria de justipreciar la enfermedad común padecida y las consecuencias o secuelas generadas por las enfermedades laborales, esto es, por calificación mixta, al haberse estructurado por el último dictamen emitido como de origen común, le corresponde a COLPENSIONES asumir o continuar con el reconocimiento pensional, tal como lo delimitó con acierto la a quo, sin que haya lugar a estudiar el tema de reembolsos o recobros, ni para AXA COLPATRIA S.A. por no encontrar ninguna pretensión enderezada en tal sentido, ni para COLPENSIONES, pues con el presente proceso y a la ejecutoria de la sentencia es que va a asumir la totalidad de la prestación, y ninguna excepción se propuso en esa dirección.

En este momento, se aborda el punto de apelación propuesto por AXA COLPATRIA S.A. relativo a que la orden de asumir el pago por COLPENSIONES no debe ser desde la ejecutoria de la sentencia, sino desde la presentación de la demanda o desde el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la que determinó que el origen era común, ante lo cual, la Sala considera que no sale airoso tal pedimento, ya que el apoderado judicial parte de la posición equivocada de que COLPENSIONES debió haber asumido la prestación desde su reconocimiento inicial, sin detenerse a verificar que se trata de una invalidez mixta, en la cual por tener diagnósticos de origen laboral y común les compete a los dos subsistemas responder por la prestación, situación diferente ocurre de cara al afiliado, pues por efecto de la indivisibilidad de la prestación le correspondía a uno u a otro subsistema de seguridad asumir la prestación en su totalidad y si es del caso, incoar las acciones pertinentes si cree tener derecho a alguna clase de reembolso por el porcentaje de las patologías que corresponden a la otra entidad de seguridad social (Radicación No 38614 del 26 de junio de 2012), pero como ello no es objeto del presente proceso ninguna disquisición adicional se efectuara.

En orden a lo anterior, como solo con el dictamen practicado en el transcurso de este proceso se determinó que el origen de la invalidez es laboral a pesar de que en estricto sentido es mixta, ello solo lo es para constatar a que entidad le corresponde

asumir la totalidad de la prestación al afiliado, y como quiera que AXA COLPATRIA S.A. viene reconociendo la prestación al señor JOSÉ ALIBAD DUQUE, la orden de asumir el pago total por COLPENSIONES solo puede ser a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y en coordinación con AXA COLPATRIA S.A. para efectos de no generar interrupción o suspensión de la prestación, y en lo que tiene que ver con alguna clase de reembolso o suma a que cree tener derecho tanto AXA COLPATRIA S.A., como a futuro por parte de COLPENSIONES frente a AXA COLPATRIA S.A. por tratarse de una invalidez mixta, deberán intentar las acciones administrativas o judiciales pertinentes para dirimir tal aspecto.

Debe igualmente precisar la Sala que al tratarse de una invalidez mixta, no es posible confirmar la decisión del a quo relativo a que debe COLPENSIONES reliquidar la prestación, en la que eventualmente genere un menor valor por tratarse de regímenes diferentes, ya que ello atentaría contra el derecho a la pensión de invalidez del actor, pues ya cuenta con un reconocimiento pensional determinado, y además, como se extrae de todo lo expuesto, por el hecho de que se defina que el origen es común, ello solo lo es para asignar la obligación a cargo de qué entidad de seguridad social corresponde asumir la prestación, pues en si la naturaleza de la pensión sigue siendo invalidez mixta, y por ende, si ya viene gozando de una prestación en un monto determinado, mal haría la Judicatura en avalar su disminución por temas estrictamente formales correspondientes a que entidad es la que debe asumir la mencionada prestación.

Aunado a lo anterior, acota la Sala que el proceso aquí esgrimido, tal como fue planteado, solo amerita definir a que entidad de seguridad social le corresponde asumir el pago de la prestación, y como quiera que se determinó que es COLPENSIONES, ninguna otra consecuencia podría ordenarse, menos la eventual disminución de la prestación del actor, pues en últimas, ha de considerarse que las controversias suscitadas entre las distintas entidades de seguridad social respecto del reconocimiento y pago de la prestación no tiene porque repercutir en consecuencias desfavorables para el afiliado, y así lo tiene aquilatado la Corte Constitucional, entre otras sentencias la T- 202 de 2014 y T-265 de 2018, en los siguientes términos: *"las controversias suscitadas entre las entidades del Sistema de Seguridad Social respecto del reconocimiento y pago de una prestación pensional no son oponibles a los beneficiarios de las pensiones que cumplen con los requisitos para acceder al referido derecho pensional, así como tampoco los trámites encaminados a demostrar ante tales entidades uno u otro origen para que, en efecto, pueda ser concedida tal prestación"*

Así las cosas, sin que haya más por resolver no queda otro camino que impartir revocatoria respecto de la nulidad del dictamen y la eventual liquidación de la prestación, generando la modificación de las órdenes impartidas a COLPENSIONES, aclarando que en la parte resolutive de la sentencia de primer grado no se hace mención a la declaratoria de nulidad del dictamen, a pesar de que en la considerativa se llegó a esa conclusión, por lo tanto, se entenderá que para todos los efectos no se declaró la nulidad del dictamen, y lo procedente solo es modificar lo atinente a la orden de la asunción del pago de la pensión de invalidez a cargo de COLPENSIONES.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 03 de junio de 2020 por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer la correspondiente pensión de invalidez a favor del señor **JOSÉ ALIBAD DUQUE**, a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

*En cuanto a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** deberá continuar pagando la prestación de manera ininterrumpida hasta que el afiliado se encuentre en nómina de pensionados de **COLPENSIONES**, para lo cual deberán en virtud del principio de colaboración armónica adelantar los trámites administrativos de manera coordinada para evitar la suspensión o falta de pago de la pensión de invalidez, así como algún pago doble por el mismo concepto".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

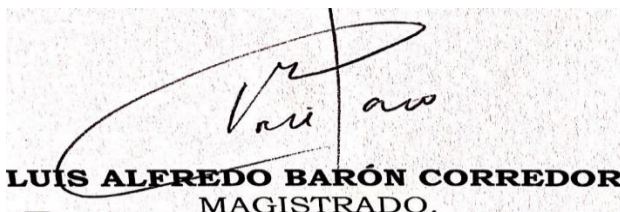
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: **DORA LIBIA ESPINOSA CHAVES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-030-2019-00403-01**
ASUNTO: **CONSULTA**
TEMA: **MESADA 14 -ACTO L. 01 DE 2005.**

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora DORA LIBIA ESPINOSA CHAVES a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que es beneficiaria de la mesada 14, y en consecuencia, se le cancele el respectivo retroactivo desde la fecha en que se le dejó de cancelar la mesada 14, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que a través de resolución 103144 del 14 de marzo de 2011 le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 01 de septiembre de 2010, en cuantía de \$ 1.546.825, bajo 14 mesadas pensionales; que a partir de junio de 2018 dejó de recibir la mesada 14; que elevó reclamación ante COLPENSIONES y le fue desatada el 3 de julio de 2018, manifestándole que no le será reconocida la mesada 14 en consideración a que su mesada pensional para el año 2010 era superior a los 3 SMLMV.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 30); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que la actora no es beneficiaria de la mesada 14, pues para el año 2010 excedía los 3 SMLMV, y si bien menciona que solo excedía el valor de \$1.825 pesos, debe tenerse en cuenta que la norma aplicable no hace excepciones, y tampoco se pueden interpretar las normas de manera caprichosa; ahora, si bien la entidad le venía reconociendo la mesada 14, ello lo fue por error, pero COLPENSIONES no está en la obligación de seguir sosteniendo dicho pago, además se estaría atentando contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y declaración de otras excepciones.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a restablecer el derecho al pago de la mesada 14 a la demandante, a partir de junio de 2018 y hasta que se haga efectivo el procedimiento legal para suspender dicho pago; ordenó por concepto de mesada 14 para el año 2018 el valor de \$ 2.106.022, para el año 2019 la suma de \$2.172.993, y para el año 2020 \$2.249.048; condenó a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios; declaró no probada las excepciones propuestas por la entidad demandada, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 48 a 49, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó teniendo como fundamento jurídico el artículo 5 de la Ley 14 de 1976, artículo 142 de la ley 100 de 1993, sentencia C- 409 de 1994, y Acto Legislativo 01 de 2005, con la cual consideró que la mesada 14 se eliminó con posterioridad al 31 de julio de 2011, y solo se causa para quienes la prestación antes de tal calenda y además que el monto pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV.

En ese orden, en el caso concreto manifestó que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez a través de la resolución No 103144 de 2011, con fecha de disfrute a partir del 01 de septiembre de 2010 por corresponder a su última cotización, y fecha de causación del 14 de agosto de 2010, año para la cual la mesada ascendió a \$ 1.546.825, y como quiera que el salario mínimo ascendía a \$ 515.000, los tres salarios mínimos corresponden a \$ 1.545.000, siendo en consecuencia la mesada pensional superior al límite exigido por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que la norma que establece la causación de la mesada 14 es clara; no obstante, no es de resorte del despacho entrar a decidir al respecto, ya que no obra en el expediente acto administrativo de suspensión de la mesada 14, pues COLPENSIONES procedió a suspender la prestación basada en un concepto jurídico interno de la entidad que establece directrices generales, pero omitió el procedimiento legal para revocar o suspender la mesada 14, lo que incluye contar con el consentimiento del beneficiario, tal como lo dispone el artículo 97 de la Ley 2437 de 2011; que no se puede con un simple concepto suspender la prestación, sin obtener el consentimiento.

Que en virtud de lo anterior, se debe ordenar restablecer el derecho a la mesada 14, suspendida desde el año 2018, y hasta la fecha en que se efectuó el procedimiento legal para modificar la resolución por medio del cual se hizo el reconocimiento pensional, orden que implica ordenar los reajustes legales para cada anualidad de la

mesada 14; condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, mismos que se liquidarán desde la causación de cada mesada 14 y hasta la fecha en que se efectuó el pago de la obligación.

Declaró no probada la excepción de prescripción al evidenciarse que la suspensión de la mesada pensional fue en junio de 2018, y la demanda se interpuso el 06 de junio de 2019, esto es, dentro de los tres años de que trata el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

5. La decisión no fue recurrida por ninguna de las partes, razón por la que se envió el proceso para surtir el Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que la entidad demandada revocó la mesada 14 sin autorización de la parte demandante, máxime cuando la demandante nunca realizó actuación tendiente a defraudar o engañar al sistema.

Colpensiones: Solicita que se estudie en su integridad el fallo de instancia, procediéndose a la absolución de COLPENSIONES, ya que a la actora no le asiste derecho a la mesada 14 de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, se estudiará la decisión de primer grado en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable a sus intereses.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿Podía COLPENSIONES suspender de oficio el reconocimiento de la mesada 14 que venía percibiendo la señora Dora Libia Espinosa Chaves, por ser superior la mesada pensional a 3 SMLMV? en caso negativo iii) ¿Procede la condena por retroactivo e intereses moratorios?

MESADA 14- SUSPENSIÓN Y REVOCATORIA DE PENSIONES DE MANERA OFICIOSA POR PARTE DE LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES.

No es objeto de discusión que a la actora mediante Resolución No 103144 del 14 de marzo de 2011 le fue reconocida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES en cuantía inicial de \$ 1.546.825, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2010, fecha de la última cotización (Fols. 6 a 7); que COLPENSIONES le venía reconociendo la mesada 14, pero a partir del mes de junio de 2018 dejó reconocerle y pagarle la mesada 14, tal como se constata en la documental de folio 10 a 13, contentivo de certificación de histórico de valores reconocidos a la pensionada; que el 03 de julio de 2018 recibió respuesta por parte de COLPENSIONES a la petición elevada por la actora referente a la suspensión de la mesada 14, en la cual le informan que para el año 2010 la mesada pensional reconocida (\$1546.825), era superior a los 3 SMLMV, que ascendía a un valor de \$ 1.545.000, por lo que *"de acuerdo a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, y en concordancia con el Concepto Jurídico 2018_4755380 del 26 de abril de 2018, expedido por Colpensiones, usted tienen*

derecho a trece (13) mesadas pensionales al año. Es decir, no le corresponde la adicional de junio” (Fols. 8).

Para resolver, acota la Sala que en lo pertinente a la mesada 14, el Acto Legislativo 01 de 2005, preceptúa lo siguiente:

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

(...)

Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”

Puestas así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL200-2021) en derredor a la revocatoria de prestaciones económicas, en la que haciendo alusión al artículo 19 de la Ley 797 de 2003 relativo a la revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente, y la sentencia C- 835 de 2003, tiene adoctrinado:

“Luego entonces, para la Sala es claro que la administración puede válidamente revocar de manera unilateral los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas, sin el consentimiento del titular, si se está en presencia de un comportamiento grave, que puede llegar a ser catalogado dentro del ámbito penal, así no esté demostrada su responsabilidad, pues basta con que se haya beneficiado de esa conducta o del error, a efectos de hacer prevalecer el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, que curiosamente también lo invoca la censura como conculcado, dejando de lado que el acatamiento a este principio también se les exige a los particulares, sin que ello implique la transgresión a los principios constitucionales de legalidad, confianza legítima y debido proceso”.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia SU182 de 2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la revocatoria de pensiones reconocidas de manera irregular o con base en documentación falsa, en la que hace todo el andamiaje jurídico y jurisprudencial sobre la revocatoria de los actos administrativos en materia pensional, y precisa por una parte que la revocatoria directa es una “poderosa herramienta” para que la administración ejerza control de legalidad sobre sus propios actos, pudiendo en algunos eventos invalidarlos sin el consentimiento del afiliado; no obstante, “la revocatoria unilateral supone también una evidente tensión con los derechos adquiridos que venía disfrutando un individuo. Cada revocatoria trae consigo un costo social elevado, en tanto la modificación unilateral de una decisión que debía ser obedecida corre el riesgo de convertirse en un “factor de inseguridad y desconfianza en la actividad administrativa” (T-336/97)

Es así que, en la sentencia SU182/2019, la Corte Constitucional precisó el alcance del artículo 19 de la ley 797 de 2003, y reiteró los criterios de la sentencia C-835/03, complementándolos, y en lo que interesa en el sub examine se pueden extractar:

"Solo motivos reales, objetivos, trascendentes, y verificables, que pudieran enmarcarse en un comportamiento criminal justifican la revocatoria, sin el consentimiento del afectado. Con este criterio, la jurisprudencia busca evitar que el ciudadano quede al arbitrio de la administración. La simple sospecha, inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos, o debates jurídicos alrededor de una norma, no habilitan el mecanismo de la revocatoria unilateral¹. Estos motivos deben ser lo suficientemente graves como para que pudieran enmarcarse en una conducta penal².

(...)

Sujeción al debido proceso. La administración o autoridad competente no puede suspender un derecho pensional, sin antes haber agotado un debido proceso que garantice al afectado su defensa. En este proceso, la carga de la prueba recae sobre la administración a quien corresponde desvirtuar la presunción de buena fe que cobija al pensionado. Durante el mismo, debe prestarse especial atención a los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción³. Frente a una "censura fundada"⁴ de la administración, la carga de la prueba se traslada al afiliado".

Así las cosas, descendiendo al sub examine, precisa la Sala que es equivocada la suspensión que hiciera COLPENSIONES en el reconocimiento de la mesada 14 a favor de la pensionada Dora Libia Espinosa Chaves, pues procedió a dejar de cancelarle la mesada 14 desde junio de 2018, sin ninguna justificación, es decir, no existe ningún acto administrativo donde haya procedido a revocar parcialmente la resolución No 103144 del 14 de marzo de 2011, mucho menos se evidencia que haya adelantado algún procedimiento administrativo tendiente a garantizar el debido proceso de la actora, esto es, solicitar su autorización para revocar el actor administrativo de reconocimiento pensional en lo que tiene que ver con la mesada 14.

Nótese que COLPENSIONES venía cancelando 14 mesadas pensionales al año a favor de la actora, con fundamento en la resolución No 103144 del 14 de marzo de 2011, y de manera sorpresiva en el mes de junio de 2018 le dejó de reconocer la mesada adicional de junio de esa anualidad, y procedió a pronunciarse al respecto tan solo con la solicitud que elevare la actora, en la que le contestan el 03 de julio de 2018, que para el año 2010 la mesada pensional reconocida fue por valor de \$1.546.825, esto es, superior a los 3 SMLMV que para esa anualidad corresponden a \$ 1.545.000, por lo que *"de acuerdo a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, y en concordancia con el Concepto Jurídico 2018_4755380 del 26 de abril de 2018, expedido por Colpensiones, usted tienen derecho a trece (13) mesadas pensionales al año. Es decir, no le corresponde la adicional de junio"* (Fols. 8).

Lo anterior, deja entrever que COLPENSIONES actuó de oficio basado en un concepto jurídico interno, pero no se detuvo en examinar lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 797 de 2003 y la sentencia C-835/03, y por esa vía, ante la ostensible irregularidad de COLPENSIONES, le asiste razón a la postura de la parte actora en solicitar se continúe pagando la mesada 14 que le venía siendo reconocida.

¹ Sentencias T-347 de 1994. MP. Antonio Barrera Carbonell y T-611 de 1997. MP. Hernando Herrera.

² Sentencia C-835 de 2003 MP. Jaime Araujo.

³ Sentencia C-835 de 2003. MP. Jaime Araujo.

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 16 de julio de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029).

Igualmente, sobre la causación o no de la mesada 14, no puede entrar la Sala a definir si le asiste o no derecho, pues aquello es el punto basilar de la revocatoria del acto administrativo que reconoció la prestación, es decir, no podría entrar desde ya a emitir un pronunciamiento sin antes haberse agotado el procedimiento de revocatoria de un acto administrativo, además no nos encontramos frente a una irregularidad de tal trascendencia que justifique el actuar de COLPENSIONES en suspender de manera oficiosa el reconocimiento de la mesada 14 sin el consentimiento del pensionado.

Así las cosas, bien hizo el a quo al reestablecer el reconocimiento de la mesada 14 a partir de junio de 2018, y en adelante hasta que COLPENSIONES haga efectivo el procedimiento legal para suspender tal reconocimiento.

Acto seguido, como quiera que la mesada 14 fue suspendida desde el mes de junio de 2018, y COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, cumple relieves que, la mesada 14 se causó a partir de junio de 2018, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó la reclamación pensional con posterioridad (sin fecha), que fue resuelta a través de oficio del 03 de julio de 2018 (Fol. 8), y entre esta respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 06 de junio de 2019 (fol. 28), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo de la mesada 14 causada en el año 2018, prescripción que ha de declararse no probada como lo hizo el a quo de manera correcta.

Así las cosas, por mesada 14 o mesada adicional de junio, nos arroja un valor de **\$8.826.467**, que corresponden a las mesadas de junio de 2018 a junio de 2021, sin perjuicio de las mesadas de junio que se sigan causando hacia adelante, debiéndose modificar la decisión de instancia, ya que de conformidad con el artículo 283 del CGP, las condenas deben imponerse en concreto, y en el sub examine se dan los parámetros para poder realizar la liquidación.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2010	3,17%	\$ 1.546.825		\$ 0
2011	3,73%	\$ 1.595.859		\$ 0
2012	2,44%	\$ 1.655.385		\$ 0
2013	1,94%	\$ 1.695.776		\$ 0
2014	3,66%	\$ 1.728.674		\$ 0
2015	6,77%	\$ 1.791.944		\$ 0
2016	5,75%	\$ 1.913.258		\$ 0
2017	4,09%	\$ 2.023.271		\$ 0
2018	3,18%	\$ 2.106.023	1	\$ 2.106.023
2019	3,80%	\$ 2.172.994	1	\$ 2.172.994
2020	1,61%	\$ 2.255.568	1	\$ 2.255.568
2021		\$ 2.291.883	1	\$ 2.291.883
			TOTAL	\$ 8.826.467

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia

SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adocrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que COLPENSIONES de manera equivocada procedió a suspender de oficio el reconocimiento y pago de la mesada 14, siendo que lo procedente era adelantar el procedimiento de revocatoria parcial de la resolución que reconoció la mesada 14, siguiendo los lineamientos del artículo 19 de la Ley 19 de la ley 797 de 2003 y la sentencia C-835/03, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, esto es, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se aprecia que se presentó solicitud, pero no evidencia la fecha, solo la respuesta del 03 de julio de 2018 (fl. 8), por lo que considera la Sala que al tratarse de la mesada adicional que se causa en junio de cada anualidad, lo procedente es confirmar la decisión del a quo, en ordenar los intereses moratorios desde la causación de cada mesada adicional de junio (mesada 14), y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, y en ese orden, lo que subsigue la confirmación de la sentencia en este tópico.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo por mesada 14, impartándose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, ya que la sentencia se revisó en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 05 de marzo de 2021 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a restablecer el derecho al pago de la mesada 14 a la señora DORA LIBIA ESPINOSA CHAVES, a partir de junio de 2018 y hasta que se haga efectivo el procedimiento legal para suspender dicho pago. Se condena a la suma de **\$ 8.826.467**, por concepto de mesada 14 causadas en los meses de junio de 2018 al 2021, sin perjuicio de la mesada 14 que se siga generando hacia futuro".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



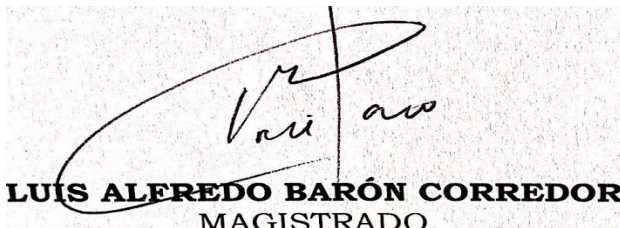
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 EMMA TRIANA DE VELASQUEZ**
DEMANDADO: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**
RADICACIÓN: **110013105-022-2017-00469-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA**
TEMA: **INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL.**

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

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. La señora BLANCA EMMA TRIANA DE VELASQUEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, a reconocer y pagar a su favor la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación sobre el último salario promedio devengado en el último año de servicios, que venía devengando su esposo Luis Ignacio Velásquez Jiménez (Q.E.P.D), con los respectivos reajustes anuales pertinentes a partir del 11 de julio de 1991; el retroactivo pensional por las diferencias pensionales, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 1177 del 29 de mayo de 2001 le fue reconocida la pensión sanción al señor Luis Ignacio Velásquez Jiménez (Q.E.P.D), con fecha de causación del 10 de julio de 1991, y en valor de \$ 175.821.96, a partir del 6 de diciembre de 1997 por efecto de la prescripción al haber solicitado la prestación el 05 de diciembre del 2000; que el salario promedio mensual para liquidación de cesantías definitivas correspondió a \$34.613.78 en el último año de servicios; que la entidad demandada incurrió en error al no indexar el ingreso base de liquidación, esto es, los \$ 34.613,78, desde el 12 de julio de 1983 hasta el reconocimiento pensional efectuado el 10 de julio de 1991; que mediante radicado No 014883-2004 solicitó la indexación de la primera mesada pensional, pero con oficio del 24 de septiembre de 2004, le fue negado con fundamento en que la pensión se causó antes de 1994; que mediante resolución No 1331 del 4 de julio de 2006 la entidad accionada reconoce en favor de la aquí demandante la sustitución pensional en cuantía de \$408.000, a partir del 27 de

febrero de 2006; que el 11 de septiembre de 2008 solicitó nuevamente la indexación de la primera mesada pensional, y mediante resolución No 2320 del 20 de agosto de 2009 la entidad encartada procedió a indexar la mesada pensional, pero varió lo recibido en el último año de servicios, generando un promedio mensual al año de 1991 de \$127.610,20, que multiplicado por el 73.06%, arrojó una primera mesada pensional de \$93.235.20 para el año de 1991; que aplicando la formula respectiva de indexación de la primera mesada pensional y teniendo en cuenta el valor del salario promedio de \$34.613.78, arrojaría un valor de la mesada pensional de \$146.201,89 para el año de 1991; que para el año de 1997 la pensión reconocida debía ascender a \$508.217.92, y no a \$175.821,96 como le fue reconocida; que una vez realizado el reajuste de la prestación desde el año de 1997 (\$508.217,92) hasta la fecha de fallecimiento ocurrida el 25 de febrero de 2006, asciende a \$1.124.816,38, y no de \$408.000 como le fue reconocida; que el 31 de agosto de 2012 solicitó revisión de la indexación de la primera mesada pensional, pero le fue negada a través de resolución No 3565 del 03 de octubre de 2012.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 76); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que tanto la pensión sanción como la sustitución pensional fueron otorgadas con los reajustes legales correspondiente, además su reconocimiento se hizo con la observancia de la totalidad de factores salariales y eventualidades pertinentes y exigidas durante la existencia de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, buena fe, falta de título y causa para demandar y las genéricas (Fols. 77 a 82).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que el monto inicial de la primera mesada pensional de jubilación reconocida al causante Luis Velásquez Jiménez y sustituida por Blanca Emma Triana de Velásquez, corresponde a \$136.951,48; condenó a reconocer y pagar a favor de la demandante, las diferencias pensionales causadas entre la mesada reconocida y la mesada pensional aquí establecida, desde el 24 de julio de 2014; condenó a la entidad demandada a la indexación de las diferencias pensionales hasta la fecha en que se pague y reajuste la mesada pensional; autorizó a la entidad accionada a realizar los descuentos para el subsistema de seguridad social en salud; absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas procesales a la entidad demandada (fls. 113 a 115, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la CSJ lo relativo a la indexación de la primera mesada pensional, la cual opera para todos los pensionados sin importar su vigencia, ello de conformidad con los postulados de la Constitución Nacional, para ello extractó lo discurrido en la sentencia SL736 de 2013, reiterada en la SL8942 de 2017 y SL12911 de 2017; encontró que la entidad demandada reconoció la pensión sanción mediante resolución No 1177 de 2001, en la que estableció como último salario la suma de \$ 34.613,78, y al aplicarle el 73.06 %, le arrojó una mesada pensional inicial para el año de 1991 de \$25.288,83, pero como era inferior al salario mínimo de 1991, la aumentó al \$51.720, lo que

denota que la entidad accionada no actualizó la primera mesada pensional, ya que el causante dejó de laborar en el año de 1983; que en ese orden, la entidad accionada desconoció la actualización de la primera mesada pensional, y por ello, dio prosperidad a la súplica pretendida.

Ello así, procedió a realizar el cálculo de la primera mesada pensional teniendo en cuenta la fórmula establecida en las sentencias SL439 de 2013, precisando que la entidad accionada expidió la resolución No 2323 del 20 de agosto de 2009, donde fijó la primera mesada pensional para el año de 1991 por valor de \$ 93.235,20, teniendo en cuenta como salario promedio en el último año el valor de \$ 127.610,20, y una tasa de reemplazo del 73.06 %, lo que denota un cumplimiento parcial de la obligación, en la medida en que una vez actualizado los \$ 34.613.78, desde 1983 (fecha de finalización del vínculo laboral) hasta el 10 de julio de 1991, arroja un valor de \$187.450,68, al que se le aplica el 73.06 %, dando como primera mesada el valor de \$136.951,48, valor que genera una diferencia pensional a la que debe ser condenada la entidad accionada, previo el estudio de la excepción de prescripción, la cual la declaró probada parcialmente desde el 24 de julio de 2014, en razón a que la reclamación administrativa fue elevada en el año 2012, y la demanda solo se presentó el 24 de julio de 2017, es decir, superior a los 3 años de que trata el CST.

Sobre la tasa solicitada del 80% manifestó que no se allegó la Convención Colectiva de Trabajo que pretende sea aplicada, carga demostrativa que estaba en cabeza de la parte demandante.

Ordenó el pago de las diferencias pensionales desde el 24 de julio de 2014, estableciendo el valor de la mesada pensional para cada año así: 2014 \$1.423.607,38; 2015 \$1.475.711,41; 2016 \$1.575.617,07; 2017 \$1.166.215,05; 2018 \$1.734.363,25; 2019 \$1.789.516; y 2020 \$ 1.857.517, sin calcular el retroactivo generado por diferencias pensionales.

Absolvió de los intereses moratorios por no estar contemplados para diferencias pensionales, y por ser una prestación que no es del sistema general de pensiones, ello con fundamento en la sentencia SL11427 de 2016; en subsidio ordenó la indexación hasta la fecha en que se haga el pago de la obligación.

Finalmente, autorizó a la entidad demandada para que haga los descuentos al subsistema general de seguridad social en salud.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del **Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, quien manifestó que lo relativo a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda se dio cumplimiento por la entidad al reconocer la pensión conforme a la normatividad, esto es, al artículo 8 de la ley 71.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal, ninguna de las entidades presentó alegatos en segunda instancia.

7. 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, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:
i) ¿Acertó la cognoscente de instancia en indexar la primera mesada pensional del causante, otorgada con posterioridad a la demandante como sustitución pensional?, en caso positivo iii) ¿Procede la indexación?, y finalmente iv) ¿La condena se debe estimar en concreto?

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.

No es objeto de discusión que el señor Luis Ignacio Velásquez Jiménez laboró al servicio de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia durante el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1958 hasta el 12 de julio de 1983, es decir, 7.014 días, equivalente a 19 años, 5 meses y 24 días (Fols. 3 y 7); que mediante Resolución No 1177 del 29 de mayo de 2001 le fue reconocida la pensión sanción en valor de \$51.720 para el año 1991, pero con efectividad a partir del 06 de diciembre de 1997, en valor de \$175.821,96, por efectos de la prescripción (Fol. 7 a 13); que el 28 de mayo de 2004 elevó solicitud de indexación de la primera mesada, pero le fue desatada de manera negativa a través de oficio DPE-7034 del 24 de septiembre de 2004, por ser una prestación otorgada antes de 1991 (Fols. 14 a 18); que mediante Resolución No 1313 del 04 de julio de 2006 le fue otorgada sustitución pensional a la señora BLANCA EMMA TRIANA DE VELASQUEZ como cónyuge supérstite de LUIS IGNACIO VELASQUEZ JIMENEZ, en cuantía de \$ 08.000 a partir del 27 de febrero de 2006 (Fols. 19 a 21); que el 11 de septiembre de 2008 solicitó el reconocimiento de la indexación de la pensión, y mediante resolución No 2320 del 20 de agosto de 2009 se accede a la indexación, en la cual tiene en cuenta como salario promedio actualizado a 1991 el valor de \$127.610,20, al que le aplicó el 73.06 %, generando como primera mesada pensional el valor de \$ 93.235,20 para el año de 1991 (Fols. 22 a 32); que el 31 de agosto de 2012 solicitó nuevamente sea indexada la pensión, y le fue negada a través de resolución No 3565 del 03 de octubre de 2012 (Fols. 33 a 40).

Puestas así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en derredor a casos de similares contornos facticos y jurídicos en la que se plantea todo lo pregonado a la indexación de la primera mesada pensional.

Es así que, para mejor brevedad se colaciona la sentencia SL1222 de 2021, en la que reitera lo expuesto en la SL736-2013, providencias en las que de manera general se trasluce la prosperidad de la indexación de la primera mesada pensional.

En lo atinente y que interesa a la Litis, se adoctrina:

"Pues bien, respecto de la figura de la indexación, la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado (CSJ SL736-2013) que: (i) la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha

de su reconocimiento, y (iii) la indexación constituye una especie de «derecho universal que procede para todo tipo de pensiones, reconocidas en cualquier tiempo», de modo que cualquier diferencia al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad. En consecuencia, tanto las pensiones legales, como las extralegales son susceptibles de esta corrección monetaria”.

Esto quiere decir que resulta irrelevante si la prestación fue causada con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o si tiene origen en la ley, pacto, convención, laudo, conciliación o acto unilateral del empleador, pues lo cierto es que la actualización de la base salarial de las pensiones constituye un derecho universal de todos los pensionados y, en esa medida, su carácter no es excepcional, sino general.

Ahora, frente a la actualización del ingreso base para liquidar la prestación, en casos como el aquí estudiado en que transcurre un tiempo entre el retiro y el disfrute de la prestación, la providencia atrás aludida propala de manera histórica las decisiones que han tocado ese tema, empezando desde la de radicado No 46832 del 2012 hasta la SL649-2020, para adoctrinar que: *“procede la actualización del ingreso base que sirve para liquidar la pensión solicitada, siempre que transcurra un tiempo entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión”.*

Así las cosas, descendiendo al sub examine precisa la Sala que es equivocada la negativa que en su momento tuvo la entidad demandada al negar la indexación de la primera mesada pensional con sustento en que la pensión es anterior a la vigencia de la Constitución de 1991, pues como quedó dicho tal apreciación no se encuentra acorde al criterio jurisprudencial expuesto.

Igualmente, si bien es cierto que con la resolución 2320 del 20 de agosto de 2009 se accedió a la indexación de la mesada pensional, lo cierto es que cae en un dislate jurídico insalvable, ya que esgrime que debe tenerse en cuenta para el ingreso base de liquidación el Decreto 1158 de 1994, cuando lo procedente solo era actualizar el salario base de liquidación de \$34.613,78 que corresponde a lo percibido mensualmente durante el último año de servicios (13/07/82 al 13/07/83), desde el 13 de julio de 1983 (terminación de la relación laboral) hasta el 11 de julio de 1991 (fecha de causación de la pensión o cumplimiento de los 50 años de edad).

Frente a la formula y el IPC utilizado, la Sala de Casación Laboral (SL649-2020) en casos de similares contornos ha delineado:

“Ahora, esta Corporación ha determinado que la fórmula para indexar la primera mesada pensional corresponde al valor del salario multiplicado por el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- y que esos índices económicos corresponden a los de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Este criterio ha sido planteado en sentencias CSJ SL4629-2016, 5509-2016, CSL13688-2016, entre otras”.

Así las cosas, al descender al caso concreto, se tiene que la relación laboral del causante finalizó el 13 de julio de 1983 y la pensión se le reconoció a partir del 11 de julio de 1993, razón por la cual, al reemplazar la fórmula matemática se tendría que tomar el IPC inicial el del 31 de diciembre de 1982 (**1.41**) y el IPC final el del 31 de diciembre de 1990 (**7.65**), para sustituir ambos valores que, luego de dividirse,

daría como resultado **5.42** y, al multiplicar este por el promedio de lo devengado en el último año (**\$34.613,78**), el salario base para liquidar la pensión sería \$ **187.600.68** para el año de 1991, valor superior por una ínfima diferencia de \$ 149,99 del valor calculado por el a quo, por lo que se mantendrá el valor que fue asignado en primera instancia, esto es, \$ **187.450,69**.

Sobre el anterior valor se aplicara una tasa de reemplazo del 73.06 % por haber laborado 19 años, 5 meses y 24 días punto que no es objeto de discusión, y en todo caso se encuentra acorde a la proporción de que trata la Ley 71 de 1988, arrojando como primera mesada pensional el valor de \$ **136.951,48** a partir del 11 de julio de 1991, valor que fue el que tuvo en cuenta la a quo.

Acto seguido, como quiera que desde que se reconoció la pensión sanción como la sustitución pensional (Resolución No 1177 del 29 de mayo de 2001, Resolución 1313 del 04 de julio de 2006, y Resolución 2320 del 20 de agosto de 2009), no se viene cancelando la mesada en debida forma, en línea de principio se ordenaría el reconocimiento de las diferencias pensionales a partir del 11 de julio de 1991; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el *a quo* determinó que las diferencias pensionales anteriores al 24 de julio de 2014 se encuentran prescritas, cumple relieves que, en efecto la exigibilidad de la indexación de la primera mesada pensional se causó a partir del 11 de julio de 1991, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó la última reclamación se efectuó el 31 de agosto de 2012 (Fols. 33 a 37), que fue resuelta a través de resolución No 3565 del 03 de octubre de 2012 (Fols. 38 a 40), y entre esta respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 24 de julio de 2017 (fol. 73), corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la presentación de la demanda, esto es, las causadas con anterioridad al 24 de julio de 2014, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por la entidad demandada y haberse así determinado por la a quo de manera correcta.

Así las cosas, por diferencias pensionales, nos arroja un valor de \$**51.831.407**, que corresponden a las diferencias pensionales causadas desde el 24 de julio de 2014 hasta el 30 de junio de 2021, sin perjuicio de las diferencias pensionales que se sigan causando hacia adelante, debiéndose modificar la decisión de instancia, ya que de conformidad con el artículo 283 del CGP, las condenas deben imponerse en concreto, y en el sub examine se dan los parámetros para poder realizar la liquidación en concreto.

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total retroactivo
1991	26,10%	\$ 93.235	\$ 136.951	\$ 43.716		\$ 0
1992	25,00%	\$ 117.570	\$ 172.696	\$ 55.126		\$ 0
1993	22,60%	\$ 146.962	\$ 215.870	\$ 68.908		\$ 0
1994	22,59%	\$ 180.175	\$ 264.656	\$ 84.481		\$ 0
1995	19,46%	\$ 220.877	\$ 324.442	\$ 103.565		\$ 0
1996	21,63%	\$ 263.860	\$ 387.579	\$ 123.719		\$ 0
1997	17,68%	\$ 320.933	\$ 471.412	\$ 150.479		\$ 0
1998	16,70%	\$ 377.673	\$ 554.758	\$ 177.084		\$ 0
1999	9,23%	\$ 440.745	\$ 647.402	\$ 206.657		\$ 0
2000	8,75%	\$ 481.426	\$ 707.157	\$ 225.732		\$ 0
2001	7,65%	\$ 523.550	\$ 769.034	\$ 245.483		\$ 0
2002	6,99%	\$ 563.602	\$ 827.865	\$ 264.263		\$ 0

2003	6,49%	\$ 602.998	\$ 885.732	\$ 282.735		\$ 0
2004	5,50%	\$ 642.132	\$ 943.216	\$ 301.084		\$ 0
2005	4,85%	\$ 677.450	\$ 995.093	\$ 317.644		\$ 0
2006	4,48%	\$ 710.306	\$ 1.043.355	\$ 333.049		\$ 0
2007	5,69%	\$ 742.128	\$ 1.090.098	\$ 347.970		\$ 0
2008	7,67%	\$ 784.355	\$ 1.152.124	\$ 367.770		\$ 0
2009	2,00%	\$ 844.515	\$ 1.240.492	\$ 395.977		\$ 0
2010	3,17%	\$ 861.405	\$ 1.265.302	\$ 403.897		\$ 0
2011	3,73%	\$ 888.711	\$ 1.305.412	\$ 416.701		\$ 0
2012	2,44%	\$ 921.860	\$ 1.354.104	\$ 432.243		\$ 0
2013	1,94%	\$ 944.354	\$ 1.387.144	\$ 442.790		\$ 0
2014	3,66%	\$ 962.674	\$ 1.414.055	\$ 451.380	6,23	\$ 2.813.604
2015	6,77%	\$ 997.908	\$ 1.465.809	\$ 467.901	14	\$ 6.550.612
2016	5,75%	\$ 1.065.466	\$ 1.565.044	\$ 499.578	14	\$ 6.994.089
2017	4,09%	\$ 1.126.731	\$ 1.655.034	\$ 528.303	14	\$ 7.396.249
2018	3,18%	\$ 1.172.814	\$ 1.722.725	\$ 549.911	14	\$ 7.698.755
2019	3,80%	\$ 1.210.110	\$ 1.777.508	\$ 567.398	14	\$ 7.943.576
2020	1,61%	\$ 1.256.094	\$ 1.845.053	\$ 588.959	14	\$ 8.245.431
2021		\$ 1.276.317	\$ 1.874.759	\$ 598.442	7	\$ 4.189.091
TOTAL						\$ 51.831.407

Se confirmará la autorización para que se realicen los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo por diferencias pensionales, impartándose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues a pesar de la apelación propuesta por la entidad convocada a juicio, la sentencia se revisó en el Grado Jurisdiccional de Consulta en su favor. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 02 de marzo de 2021 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

***"SEGUNDO: CONDENAR** al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales a reconocer y pagar a la señora Blanca Emma Triana de Velásquez, la suma de **\$ 51.831.407**, por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 24 de julio de 2014 hasta el 30 de junio de 2021, sin perjuicio de las diferencias pensionales que se siga generando hacia futuro. A partir del 01 de julio de 2021, la entidad demandada seguirá reconociendo una mesada pensional por valor de \$ 1.874.759, sin perjuicio de los aumentos legales que fije u ordene el Gobierno Nacional".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **NESTOR EGIDIO PARRA FERNÁNDEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-010-2017-00476-01**
ASUNTO: **APELACIÓN**
TEMA: **NULIDAD DICTAMEN.**

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor NESTOR EGIDO PARRA FERNÁNDEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que el estado de salud que genera la pérdida de capacidad laboral superior al 50 % es a partir del año 2004, así como la pensión de invalidez a la que puede tener derecho, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue calificado por COLPENSIONES, quien determinó como diagnóstico "otros trastornos afectivos bipolares", con pérdida de capacidad laboral del 57.1%, enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 18 de diciembre de 2014; que presentó inconformidad y fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá- Cundinamarca, el cual diagnosticó "trastorno afectivo bipolar- episodio maniaco presente con síntomas psicóticos", generando una PCL del 57.10%, de origen común, con fecha de estructuración del 18 de diciembre de 2014; que presentó recurso de apelación y fue remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual confirmó la decisión de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca; que laboró para varias empresas y estuvo afiliado a COLPENSIONES, haciendo cotizaciones desde el 19 de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2005, con un total de 516 semanas; que solicitó la pensión de invalidez

a COLPENSIONES, pero le fue desatendida a través de resolución GNR 221672 de 2015, bajo el argumento de no acreditar las 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, mismo que fueron resueltos a través de resoluciones GNR49612 de 2016 y VPB17212 de 2016, respectivamente, mediante el cual se confirmó la negativa pensional.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 134); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones

- **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.** Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que es claro el porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido en el dictamen No 11521128-3052 del 17 de diciembre de 2015 emitido por la Sala 4 de la JNCI, el cual quedó en firme; que no hay lugar a imponerle costas ya que es una entidad sin ánimo de lucro. Propuso como excepciones de fondo la de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum- inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, la calificación de la fecha de estructuración de la invalidez debe fundamentarse en criterios médicos – técnico – científicos, inexistencia de la obligación a cargo de la Junta Nacional- inexistencia de las pretensiones- competencia del juez Laboral, buena fe de la parte demandada, y, la genérica. (fls. 97 a 114).

- **COLPENSIONES:** Como réplica a la demanda manifestó que no se opone a las pretensiones, y se atiene a lo que determine el despacho. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Fols. 136 a 140)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y falta de causa o título para pedir propuesta por COLPENSIONES, en consecuencia, absolvió a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, y, impuso costas a la parte actora (fls. 220 a 221 con Cd de folio 217).

Partió la a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si la fecha de estructuración de la invalidez corresponde desde el año 2004 o debe tenerse en cuenta la establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que la estructuró en el año 2013.

Efectuó un recuento de los diferentes dictámenes practicados al afiliado, tales como el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, como el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Consideró que los dictámenes emitidos por la Junta Regional como Nacional de Calificación de Invalidez cumplían los parámetros legales que echa de menos la parte

actora, esto es, se ajusta a las prerrogativas del Decreto 917 de 1999 y contienen los fundamentos de hecho y de derecho respectivamente, siendo en todo caso objeto de discusión la fecha de estructuración de la invalidez.

Preciso que para la fecha de estructuración se hace necesario tener conocimiento técnico- científicos, y por ello, se efectuó un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral con la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el cual, al igual que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la fecha de estructuración lo fue incluso para el año 2019, teniendo en cuenta la última valoración.

Tuvo como referente la sentencia T- 046 de 2019, para decir que la calificación es integral y que la fecha de estructuración puede coincidir con el momento en que no puede seguir ofreciendo su capacidad laboral, que hay eventos en los que la enfermedad se presenta de manera progresiva y genera en un momento dado la incapacidad de seguir laborando, lo que ocurre con las enfermedades de carácter crónico y degenerativas, y que generalmente no coincide con la fecha que determinan las juntas.

Que le dictamen realizado al interior del proceso determinó que el actor cuenta con el diagnóstico de trastorno bipolar cuyo porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 57.10 %, con fecha de estructuración del 28 de enero de 2019, y tuvo en cuenta los antecedentes de la historia clínica como la valoración psiquiátrica efectuada el 21 de febrero de 2005, donde se determina que la enfermedad es cíclica, permitiéndole tener funcionalidad externa, y que si bien presentó episodios, lo cierto es que, en el año 2019 se determina que presenta el trastorno bipolar en reducción, además para la fecha en que lo valoró la Junta Regional de Calificación de Invalidez se evidencia que estaba orientado, alerta y coherente.

Que la situación en la salud del actor puede cambiar, y que para el año 2004 surgen los primeros síntomas, y si bien el actor tuvo unos episodios críticos no fueron permanentes como para mover la fecha de estructuración; que la calificación de la Junta Regional de Invalidez deja claro que no necesariamente la enfermedad del demandante lleve a coincidir entre la fecha del diagnóstico inicial con la pérdida de capacidad laboral, también que la fecha en que comienzan los síntomas no necesariamente coincide con la estructuración de la invalidez.

Que en agosto de 2005 se hace alusión a que la enfermedad del actor tenía aproximadamente 6 meses de evolución, y conforme la historia clínica el primero episodio lo había presentado hace 7 meses, además que el actor venía trabajando como vigilante, sin problemas hasta ese momento; que en el 2004 se presentó la primera crisis.

Que entre los años 2004 y 2005 tuvo los primeros síntomas, y aun se encontraba trabajando, y que la decaída en su salud lo fue porque suspendió por 4 meses los medicamentos; que el tratamiento terapéutico tiene incidencia en la pérdida de capacidad laboral.

Que conforme la certificación del Hospital de Kennedy en el año 2013, se certifica que el actor tiene trastorno bipolar, con tratamiento médico, pero se niega la existencia de discapacidad mental, y por ende se le da de alta con medicación.

Que para los años 2009-2010, se evidencian episodios críticos, pero son temporales, y con los tratamientos médicos presenta mejorías, y por ello es que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez toma como fecha de estructuración la fecha de la valoración psiquiátrica más reciente, incluso con la última calificación realizada en el transcurso del proceso, se evidencia que su situación ha variado de manera positiva por ello se corrió la fecha de estructuración al año 2019, fecha de la última valoración.

En síntesis, manifestó que no hay lugar a declarar la nulidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y determinar la fecha de estructuración para el año 2004, ya que en aquella calenda se presentaron los primeros síntomas y episodios, pero no hubo pérdida de capacidad laboral, ya que después de las crisis se le daba de alta con medicación, presentando mejoría en su estado de salud.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la **parte demandante** colige no estar de acuerdo, ya que en el expediente se aportó la historia clínica que data para los años 2004-2005 y 2006, y allí se relata varios hechos o episodios del demandante relacionados con la "esquizofrenia", episodios donde su estado mental fue alterado, además debe tenerse en cuenta que esta medicado hasta la actualidad; que desde el año 2005 no volvió a hacer aportes al sistema de seguridad social, ya que se quedó sin trabajo debido a su situación de salud, aunado a que por su situación mental no le ha permitido encontrar trabajo; que desde el 2014 la Juntas de Calificación sostienen que el actor tiene una enfermedad que no tiene mejoría; que debe tenerse en cuenta el tipo de evolución de la enfermedad y los periodos crónicos de los episodios mentales; que solo con la evolución terapéutica se puede presentar buena conducta, lo que significa que siempre ha estado medicado, esto es, desde el año 2004; que si bien el dictamen del año 2019 practicado al interior del proceso se establece en la valoración una buena conducta, no debe desconocerse que siempre ha tenido ayuda con medicamentos, y si siempre esta medicado es porque no está bien de salud; que se debe analizar la historia clínica; que en el año 2013 se detecta una mejoría, pero aquello solo fue posible bajo medicación, debiendo tenerse en cuenta el periodo desde el año 2005 hasta el año 2013, en la que siempre estuvo medicado. En definitiva solicita que se revoque la sentencia y se conceda las prestaciones reclamadas.

6. Alegatos de conclusión.

Colpensiones: Solicita que se confirme la decisión absolutoria de primera instancia, argumentando que COLPENSIONES no es la legitimada para declarar la nulidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Demandante: Aduce que debe revocarse la decisión de instancia, ello por cuanto no se tuvo en cuenta la patología del demandante, además que la enfermedad que padece es incurable, que se logra controlar con tratamiento pero la persona jamás vuelve a tener capacidad para trabajar, estudiar o en general para llevar una vida normal.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora 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.

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar: (i) ¿Hay lugar a acoger el dictamen médico pericial de la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que determinó una PCL del 57,10 %, con fecha de estructuración del 28 de enero de 2019 y que conllevó a declarar la legalidad del dictamen No 11521128-3052 del 17 de diciembre de 2015 expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez? En caso negativo (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez?

DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-PENSIÓN DE INVALIDEZ- ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERATIVAS Y/O CONGÉNITAS.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que COLPENSIONES a través de dictamen No 201587388UU del 31 de enero de 2015, calificó al señor NESTOR EGIDIO PARRA FERNÁNDEZ con una PCL del 57.1%, con fecha de estructuración del 18 de diciembre de 2014 (Fols. 35 a 36); que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, a través de dictamen No 11521128 del 30 de junio de 2015, calificó al afiliado con una PCL del 57.10 % con fecha de estructuración del 18 de diciembre de 2014 (Fols. 39 a 41); que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen No 11521128-3052 del 17 de diciembre de 2015, en la que confirmó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (Fols. 45 a 46); que el señor NESTOR EGIDIO PARRA FERNÁNDEZ, se encuentra afiliado a COLPENSIONES desde el 19 de julio de 1994, y cotizó de manera dependiente desde hasta el 31 de diciembre de 2005, acreditando 533 semanas (Fols. 30 a 33); que el 13 de febrero de 2015 solicitó el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES, y le fue negado a través de resolución GNR 221672 del 26 de julio de 2015, ya que no acredita las 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, decisión confirmada a través de resoluciones GNR49612 del 16 de febrero de 2016 y VPB17212 del 14 de abril de 2016 (fols. 51 a 55); que en el transcurso del proceso por disposición del a quo, se ordenó la práctica de dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, el cual, procedió a emitir dictamen No 154486 datado el 13 de febrero de 2020, asignando una PCL 57.10 %, con fecha de estructuración del 28 de enero de 2019 (Fols. 210 a 213).

En primer término, cumple acotar que inveteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, replicada en providencia SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adocina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando "*lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo,...*", (...) "*sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso.*"

Así mismo, ha delineado que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, "*«...porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal...»* (CSJ SL3090-2014),

empero, *"debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez"*.

De igual manera, debe tenerse en cuenta las previsiones legales contenidas en el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, según las cuales el juez: *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso"*.

Así las cosas, en línea de principio teniendo en cuenta que el dictamen médico de PCL realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 17 de diciembre de 2015 (Fols. 45 a 46) indica que el estado de la invalidez se estructuró el 18 de diciembre de 2014, es dable concluir que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que a su vez modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual señala como requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común el haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Al aplicar la norma al caso concreto se encuentra que el afiliado debe cumplir con las 50 semanas en el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2014 al 18 de diciembre de 2011 y revisado el reporte de semanas se observa que no cuenta con semanas cotizadas en este interregno de tiempo (Fols. 30 a 30), ello en la medida en que dejó de cotizar el 31 de diciembre de 2005.

Ahora, el apoderado judicial del actor refiere que debe tenerse en cuenta para efecto de la acreditación de las 50 semanas en los últimos 3 años, las cotizaciones que se efectuaron con anterioridad a la última cotización por entender que a partir de allí se estructuró la pérdida de capacidad laboral, ello conforme a los soportes de la historia clínica allegados al expediente.

Al respecto, ciertamente la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T- 054 de 2012, asunta la posibilidad de contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma o hasta la última cotización; no obstante, cumple precisar que tal postura se aplica a casos excepcionales, tratándose de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, siempre y cuando las cotizaciones sean producto de la capacidad laboral residual que posiblemente le permitió desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar, tal como se dejó sentado en la sentencia SU 588 de 2016.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3275 de 2019, en la cual siguiendo la misma línea de razonamiento que la Corte Constitucional ha fijado en la sentencia SU-588 de 2016, respecto de la pensión de invalidez y la fecha de estructuración en tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas y/o congénitas, precisó:

"Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en

uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

*Ahora bien, **en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal**, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, **su historia laboral**, entre otras, pues precisamente en razón a que **el afiliado puede trabajar** y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, **es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida***"

(...)

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional **o, incluso, la data de la última cotización efectuada**, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario" (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia T-013 de 2015 ha delineado respecto a la capacidad laboral residual que: *"En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, **pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados** realmente correspondan a la prestación de una labor, **ya sea material o intelectual**, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario" (Negrilla fuera del texto).*

En este punto, sea preciso traer a colación algunas decisiones de la Corte Constitucional en tratándose de la calificación de invalidez de personas con el mismo diagnóstico médico del aquí demandante, para posteriormente descender al caso concreto y determinar si fue o no acertada la decisión de instancia.

Veamos, en sentencia T- 498/20, se tiene:

*"No obstante, esta Corte ha insistido que, al momento de cumplir con la acreditación de este requisito, cuando la persona padece enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, como **los trastornos afectivo bipolar y depresivo** que padece la actora, la entidad competente debe valorar, además del examen médico, **todos los documentos clínicos obrantes**, como la historia médica de la persona o conceptos realizados que relacionen los profesionales en salud.*

41. Por lo tanto, la sala encuentra que la fecha de estructuración establecida por las accionadas no expresa de manera cierta el momento en que la situación de salud de la señora María Teresa Sosa Cañón llegó a causarle un estado de invalidez. En el expediente se aportaron varios documentos que

permiten inferir que la accionante padece y convive con estas aflicciones desde antes del fallecimiento de la causante, a saber: (i) historia clínica del año 2000 que constata la primera vez que la actora es remitida a psiquiatría; (ii) certificaciones de diferentes centros médicos a los que ha acudido desde el año 2004 para tratar el trastorno depresivo y el trastorno afectivo bipolar II; y (iii) fórmulas médicas que datan del año 2008 a la fecha y que confirman que a la peticionaria le han sido ordenados varios medicamentos para tratar ambas aflicciones médicas, como amitriptilina, clonazepam, trazodona, alprazolam y flouxetina. Documentación que también fue aportada en el trámite iniciado ante las accionadas.

*42. Entonces es posible concluir, que las juntas de calificación de invalidez estimaron como fecha de estructuración el día en el que se llevó a cabo la consulta de valoración médica sin tener en cuenta lo consignado en los documentos referidos. Para la sala no existe duda que, pese a que a la actora se le determinó como **fecha de estructuración el 2 de junio de 2017**, en la historia clínica obra evidencia que con anterioridad a ese tiempo ya sufría de trastorno afectivo bipolar II y trastorno depresivo, y además se había visto imposibilitada de ejercer en el ámbito laboral. Además, se reitera que tampoco resulta coherente establecer como fecha de estructuración el día que la junta efectuó el examen médico para la calificación de pérdida de capacidad laboral”.*

En la sentencia T-469/2018, la Corte Constitucional precisa que el trastorno afectivo bipolar es una enfermedad crónica, episódica y recurrente, así:

*"El **trastorno afectivo bipolar**^[19] es una enfermedad que afecta a los mecanismos que regulan el estado de ánimo. La persona que sufre trastorno bipolar pierde el control sobre su estado de ánimo y este tiende a describir oscilaciones más o menos bruscas, que van desde la euforia patológica (manía) a la depresión, sin que estén relacionadas a factores externos. Es una enfermedad crónica, episódica y recurrente.^[20] El tratamiento es farmacológico y complementado con psicoterapia.*
(...)

*La sentencia T-202A de 2018, reiteró que cuando se presentan los supuestos para acudir a la aplicación de una capacidad laboral residual, **le corresponde al juez determinar el momento a partir del cual verifica el cumplimiento de las exigencias de la Ley 860 de 2003**. Sin que ello quiera decir que goce de la facultad de modificar la fecha de estructuración, como tampoco puede hacerlo la administradora pensional, habida cuenta de que esta fue definida por un componente médico competente para ello. No obstante, lo anterior no es óbice para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo de las 50 semanas que exige el SGSSS en la actualidad y que, según esta Corporación, **atiende a tres posibilidades: (i) la fecha de calificación de la invalidez, (ii) la fecha de la última cotización o (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional**.*

Por consiguiente, con la figura de la capacidad laboral residual no se busca alterar la fecha de estructuración de la invalidez de la persona, sino analizar su solicitud pensional bajo unos supuestos que garanticen el cumplimiento de la finalidad de la prestación periódica para las personas en condición de discapacidad, así como un tratamiento más digno e igualitario, en el entendido

de que el sistema de seguridad social no puede excluir de sus beneficios a los trabajadores que padezcan una merma física o mental y, a pesar de ella, realicen actividades laborales y aportes con la intención de consolidar derechos pensionales que le permitan afrontar una afección que es propia de los seres humanos”.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la jurisprudencia, valga a traer a colación la sentencia SL3181/19 en la que si bien es cierto, no se trata de la prestación de invalidez, hace referencia a la legislación internacional respecto de las personas que tienen diagnósticos de salud mental, y trae como referente lo dicho por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la recomendación 818 de 1977 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la Resolución No 61/106 del Sistema de Naciones Unidas, en la que para mejor proveer se extracta los siguientes apartados:

"Las personas con trastornos mentales son, o pueden ser, particularmente vulnerables al abuso y a la violación de sus derechos. La legislación que protege a los ciudadanos vulnerables (incluyendo a las personas con trastornos mentales) es el reflejo de una sociedad que respeta y se preocupa por su gente. La legislación progresista puede ser una herramienta efectiva para promover el acceso a la atención en salud mental, como también promover y proteger los derechos de las personas con trastornos mentales... (...)

Lo anterior sirve de contexto para puntualizar, que nos encontramos frente a un caso de una persona que por su padecimiento mental es vulnerable ante la sociedad, siendo necesario la protección de sus derechos por mandato constitucional y legal. (...)

No sobra agregar, que para la Sala no pasa inadvertido, el hecho de que este tipo de controversias sean las que la propia doctrina ha catalogado como «casos difíciles», no solo porque comprometen aspectos morales que pueden conducir a desviar el debate, a los que se suma la estigmatización que en algunos sectores pueden llegar a existir y que avocan, como resultado contraproducente a la exclusión social y profesional de quienes los padecen y también por la propia dificultad que supone determinar la incapacidad volitiva o de discernimiento derivada de los trastornos mentales y depresivos. (CSJ SL1292-2018)”.

Así pues, teniendo en cuenta los anteriores derroteros legales y jurisprudenciales considera la Sala que la decisión de instancia se debe revocar, pues la a quo consideró que para determinar la fecha de estructuración se debía recurrir a los dictámenes de pérdida de capacidad laboral; no obstante, desconoció que en estos eventos se debe ponderar varias aristas, entre estas su historia laboral, el diagnóstico, su historia clínica entre otras probanzas que permitan al operador judicial constatar que la fecha de estructuración determinada por la Junta calificadora corresponda con lo que emane del proceso y de su situación particular, como aconteció en el caso que analizó la Corte Constitucional en la sentencia T-498/20, pues la falladora primigenia tuvo en cuenta como fecha de estructuración la última valoración realizada al afiliado, sin detenerse a revisar que en la historia clínica tales episodios de trastorno bipolar acaecieron desde una data anterior.

En el caso particular que concita la atención de la Sala, la juez de primer grado asidero que no podía estructurarse la invalidez para los años 2004 o 2005, en la medida en que para esa fecha se habían presentado los primeros síntomas, y que los episodios que tuvo en esa calenda no lo incapacitaron de manera definitiva, ya que se le daba de alta con medicación, aunado a que uno de los episodios aconteció por suspender los fármacos que le habían recetado. Asimismo, que en el año 2013 el Hospital de Kennedy certifica que tiene trastorno bipolar con tratamiento médico, negando la existencia de discapacidad mental, al igual que para los años 2009 y 2010, presentó episodios críticos, pero temporales, y que con los tratamientos médicos presenta mejoría, razón por la cual, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez toma como fecha de estructuración la fecha de la valoración psiquiátrica más reciente, incluso el dictamen practicado al interior del proceso evidencia que la situación de salud del actor ha variado de manera positiva, y en ese orden corrió la fecha de estructuración al año 2019, fecha de la última valoración.

De lo expuesto, y de la documental allegada al plenario que milita a folios 8 y 29, 169 a 129, y Cd de folio 122, la Sala no puede arribar a la misma conclusión de la cognoscente de instancia, al contrario considera esta Judicatura que los síntomas no se presentaron desde el año 2004 como lo infirió la a quo, sino desde mucho antes, y así se encuentra documentado a folio 20, en la que la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE PACHO, el día 15 de noviembre de 2011, en el acápite de enfermedad actual refiere: *"paciente de 39 años quien presenta cuadro de ideas delirantes, paciente que consume clozapina, ácido valproico, fue hospitalizado por trastorno afectivo bipolar en el Hospital de Kennedy salió hace 3 días. Se trasladó anoche a pie desde Zipaquirá a Pacho, refiere ideas teístas. **Ha presentado trastornos desde los 18 años**, al presentar servicio militar fue internado en el Hospital Militar por agitación psicomotora. Por esa época realizó intento suicida en el Hospital Militar (ahorcamiento). En el momento el refiere que lo único que quiere es que le suministren medicamentos. (...) Se interroga a la hermana del paciente quien refiere que el paciente es agresivo, violento y varias veces ha intentado quitarse la vida"*

Así mismo, a folio 14, se constata que ingresó al Hospital la Victoria Nivel III, en la que se indica: *"Remitido de Pacho para valoración y tratamiento. Paciente con enfermedad mental de 13 años de evolución con múltiples hospitalizaciones, ultima hace 4 años en HSB tto ambulatorio con ácido vlaproico y clozapina, los cuales tomo irregularmente el último mes. Es traído por agresividad, insomnio, lagorrea, ideas delirantes místicas"*.

A folio 19, obra consulta de fecha 15 de junio de 2010, del Hospital San Blas, en la que es atendido por médico psiquiatra, y se dice: *"Paciente de 38 años de edad con diagnóstico de trastorno afectivo bipolar actualmente en manejo con clozapina, ácido valproico. Debido a la enfermedad el paciente tiene dificultades para desempeñarse laboralmente. Debe asistir de forma constante a los controles y tomar estrictamente los medicamentos"*

A folio 22, el 20 de noviembre de 2011, en la epicrisis del Hospital de Kennedy se informa: *"Paciente con antecedentes de trastorno afectivo bipolar de larga data, egreso reciente de unidad de salud mental, presenta episodio de características maniformes de 3 días de evolución"*

El 09 de abril de 2013 la Unidad de Salud Mental del Hospital de Kennedy certifica: *"presenta diagnóstico de TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR, enfermedad mental con*

carácter crónico, sin posibilidad de cura, genera DISCAPACIDAD MENTAL durante crisis agudas y en periodos inter críticos. Se da de alta por encontrarse controlada su crisis aguda, plan de manejo ambulatorio consulta externa y medicación (Clozatina, Sertralina, Acido valproico)”(Fol. 29).

Igualmente, en el dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 17 de diciembre de 2015, en consulta del equipo interdisciplinario por parte de Fisioterapeuta se dejó consignado lo siguiente: *"ingresa a valoración fisioterapéutica con diagnóstico de: trastorno afectivo bipolar episodio maniaco presente con síntomas psicóticos de hace 11 años de evolución aproximadamente (...) vive con la esposa y sus dos hijos de quienes recibe apoyo psicoafectivo. No trabaja desde hace 11 años".* (Fol. 46).

Ahora, en lo que tiene que ver con la fecha de estructuración emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizado en el transcurso del proceso, apuntalan la sustentación en la última valoración por neuropsicología y Psiquiatría, respectivamente, en la que esta última datada el 29 de enero de 2019 se precisa como diagnóstico "trastorno afectivo bipolar en remisión", y si bien, se indica en la valoración como: *"paciente alerta, orientado globalmente, colaborador. No se evidencia alteración sensoperceptiva. Pensamiento lógico, sin delirio. Coherente. Juicio comprometido parcialmente. Conducta motora normal. Prosperción incierta. Afecto modulado"*, lo cierto es que, en el plan de manejo se indica que: *"debe continuar tratamiento con carbonato de litio 300 mg tabletas, tomar clozapina 100mg. Se da certificación de discapacidad psicosocial por trastorno mental. Control en consulta externa de psiquiatría"*.

Así las cosas, tal como aconteció en la sentencia T- 498/20, las Juntas de calificación procedieron a estructurar la invalidez con la última valoración psiquiátrica, sin consideración a los antecedentes reportados en la historia clínica en la que con suficiencia se establece que la enfermedad mental del actor se venía manifestando incluso desde los 18 años, y que si bien para el año 2004 en adelante se hizo más evidente y los episodios fueron más recurrentes, debe destacarse que desde tales episodios ha presentado hospitalizaciones y se encuentra medicado, y que, en el lapso en el que dejó los medicamentos, generó el reingreso a hospitalización tal como se detalla a folio 13, en la que se precisa: *"paciente reingresa en 4 de diciembre de 2006, con cuadro similar relacionado con abandono del tratamiento. Presenta en esta oportunidad cuadro con actividad alucinatoria, se trató con haloperidol, nidazolam, luego se cambió a clozapina por efectos extrapiramidales, continuó con levamopromazina y ácido valproico"*

Medicación que tal como se dejó sentado en la documental de folio 19, atrás reseñada *"Debe tomar estrictamente"*, incluso hace parte del plan de manejo de la última calificación, y aquí se puede aclarar que el hecho de que la última valoración haga referencia a que se encuentra orientado, coherente, sin delirio, con pensamiento lógico, entre otras, no significa que haya superado la enfermedad, pues de ser así, su porcentaje de pérdida de capacidad laboral no se mantuviera en el 57.10 %, aunado a que, el diagnóstico de la última calificación refiere a un "trastorno afectivo bipolar **en remisión**", concepto que en la medicina hace referencia a la atenuación de los síntomas de la enfermedad y no a su desaparición (<http://www.scielo.org.mx/pdf/sm/v37n1/v37n1a8.pdf>), y ello viene dado concretamente por efectos de la medicación en el tratamiento, lo que denota que la consideración de la juez de primer grado relacionada con que ha presentado mejoría

y que por ello su fecha de estructuración corresponde a la última evaluación, es equivocada, ya que en esta clase de enfermedades, tal como lo consideró la Corte Constitucional (T-469/18) es crónica, episódica y recurrente, cuyo único tratamiento es el manejo farmacológico; de hecho tal postura se acompasa con la postura de la Corte Suprema en la sentencia SL3181/19, cuando menciona que *"la propia doctrina ha catalogado como «casos difíciles», no solo porque comprometen aspectos morales que pueden conducir a desviar el debate, (...) también por la propia dificultad que supone determinar la incapacidad volitiva o de discernimiento derivada de los trastornos mentales y depresivos. (CSJ SL1292-2018)"*.

Así las cosas, tal como lo concluyera la Corte Constitucional (T-469/18, T-202A/18) y la Corte Suprema de Justicia (SL3275/19), en estos eventos, le corresponde al juez determinar el momento a partir del cual verifica el cumplimiento de las exigencias de la Ley 860 de 2003, entre estas *"(ii) la fecha de la última cotización" o "incluso, la data de la última cotización efectuada, porque **se presume** que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico"*, respectivamente.

En ese orden, atendiendo a que la última cotización efectuada por el actor fue para el 31 de diciembre de 2005 (Fol. 31), calenda en la que los padecimientos de orden mental ya se presentaban, hay lugar a tener esta fecha como fecha de estructuración de la invalidez, por corresponder a la fecha en que a consecuencia de su enfermedad le impidió seguir laborando en condiciones normales y ser productivo laboralmente.

El otro aspecto que hace alusión la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es verificar si puede presentarse fraude al sistema en casos como los que solo se cotiza el tiempo correspondiente para causar la prestación; no obstante, en el sub examine ha de tenerse en cuenta que los episodios en su salud mental datan desde mucho antes del año 2004, incluso se documenta su padecimiento desde los 18 años, y a pesar de ello, el actor efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 19 de abril de 1994, es decir desde los 21 años de edad (fol. 30), y hasta el 31 de diciembre de 2005, es decir, hasta los 33 años de edad, tiempo que cotizó de manera continua y para distintos empleadores, siendo el ultimo Servigotec Ltda, acumulando en total 533 semanas, densidad cotizacional y del que de ninguna manera se desprende intención del actor de defraudar el sistema, por el contrario, considera la Sala que a pesar de su situación estuvo activo laboralmente por espacio aproximado de 12 años, los cuales no se pueden desconocer.

Ello así, siendo que el último mes en que el accionante realizó aportes al fondo de pensiones como cotizante dependiente fue el 31 de diciembre de 2005, se tomará como fecha de estructuración esa misma data, estimándose que fue a partir de allí que no le fue posible al demandante seguir laborando, al no haber más cotizaciones al sistema general de pensiones.

Pensión de invalidez por riesgo común – densidad mínima de cotizaciones

Establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que tendrá derecho a la pensión de invalidez quien haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, y como quiera que la fecha de estructuración fue el 31 de diciembre de 2005, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones al sistema general de

pensiones (fol. 30 a 31), se tiene que acredita más de las 50 semanas exigidas por la norma en cita, pues tiene 115.22 semanas.

En cuanto al quantum pensional, de la historia laboral de cotizaciones se aprecia que el ingreso base de cotización en la mayoría de periodos se efectuó sobre un salario mínimo legal mensual vigente, y en algunos periodos de manera superior, pero no de manera significativa, por lo que al aplicarle el 45 % de que trata el literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, su pensión será inferior al SMLMV, razón por la que, en aplicación de la anterior norma referida, que esgrime que *"En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual"*, se procederá a reconocer la prestación en cuantía de UN (1) SMLMV.

Respecto al disfrute de la pensión de invalidez, establece el artículo 40 de la ley 100 de 1993, que *"comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado"*.

Ahora, ninguna de las mesadas se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción, pues en materia de pensión de invalidez, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que *"el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido 'conocimiento acabado' de su estado de invalidez laboral, (...), esto es 'desde cuando queda firme la 'determinación' de la incapacidad o invalidez laboral'".* (Sentencia SL 5703-2015, radicación 53600 del 06 de mayo de 2015). En el sub judice el estado de invalidez superior al 50 % y que hace exigible el derecho se vino a consolidar con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 17 de diciembre de 2015 (fol. 45) y la fecha de estructuración se delimitó en esta instancia, en el transcurso del proceso, que determinó como fecha de estructuración el 31 de diciembre de 2005, por tanto, ninguna mesada queda sometida a la prescripción.

Por lo anterior, como quiera que no se cuenta con reportes de incapacidades recibidas por el actor, y con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 31 de diciembre de 2005 y el 30 de junio de 2021, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$134.914.547**, y a partir del 1º de julio de 2021 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a **\$908.526**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 14 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2005	4,85%	0,03333333	\$ 381.500	\$ 12.717
2006	4,48%	14	\$ 408.000	\$ 5.712.000
2007	5,69%	14	\$ 433.700	\$ 6.071.800
2008	7,67%	14	\$ 461.500	\$ 6.461.000
2009	2,00%	14	\$ 496.900	\$ 6.956.600
2010	3,17%	14	\$ 515.000	\$ 7.210.000
2011	3,73%	14	\$ 535.600	\$ 7.498.400
2012	2,44%	14	\$ 566.700	\$ 7.933.800

2013	1,94%	14	\$ 589.500	\$ 8.253.000
2014	3,66%	14	\$ 616.000	\$ 8.624.000
2015	6,77%	14	\$ 644.350	\$ 9.020.900
2016	5,75%	14	\$ 689.454	\$ 9.652.356
2017	4,09%	14	\$ 737.717	\$ 10.328.038
2018	3,18%	14	\$ 781.242	\$ 10.937.388
2019	3,80%	14	\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	1,61%	14	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021		7	\$ 908.526	\$ 6.359.682
			TOTAL	\$ 134.914.547

Se autoriza a COLPENSIONES para que se realice los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo por diferencias pensionales, impartíendose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia para ninguna de las demandadas, por no haberse causado, ya que, a pesar de la prosperidad de la apelación, ello tuvo lugar al seguir la tesis de la Corte Constitucional vertida, entre otras, en sentencia T-202A/18, de manera que si bien en el sub examine se estableció como fecha de estructuración el 31 de diciembre de 2005, lo fue por el estudio particular y concreto de la patología del actor. Las de primera se revocan, y correrán a cargo de la parte demandada. Tásense.

DECISIÓN

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 15 de septiembre de 2020 por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las entidades demandadas de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** que la fecha de estructuración de la invalidez del señor NESTOR EGIDO PARRA FERNÁNDEZ, corresponde al 31 de diciembre de 2005, y en consecuencia, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, conforme las consideraciones vertidas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma de **\$ 134.914.547**, por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 31 de diciembre de 2005 y el 30 de junio de 2021, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad. A partir del 01 de julio de 2021, la demandada seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente a **\$ 908.526**, junto con la mesada adicional de junio y diciembre de cada año, en lo sucesivo con los reajustes que fije o acoja el Gobierno Nacional, y autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y las que se sigan causando hasta el momento del pago efectivo de la obligación, indexación que debe efectuarse desde la causación de cada mesada pensional, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Por sustracción de materia declarar no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO. SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

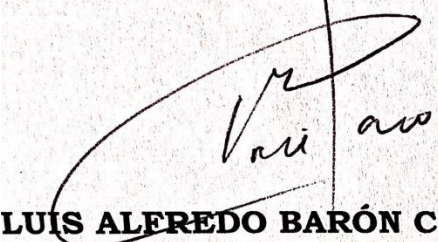
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: *ESPECIAL FUERO SINDICAL*
DEMANDANTE: *COLSUBSIDIO*
DEMANDADO: *MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO y OTROS.*
RADICACIÓN: *110013105-026-2018-00045-01*
ASUNTO: *CONSULTA DEMANDANTE*
TEMA: *PERMISO PARA DESPEDIR*

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

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, 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. La CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR, en adelante COLSUBSIDIO instauró demanda especial de fuero sindical contra MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO con el fin que se declare que existe justa causa para terminar el contrato de trabajo de la trabajadora demandada; que las patologías que eventualmente pueda estar padeciendo la demandada no constituyen impedimento para que se proceda a su retiro de la empresa por justa causa, en virtud de la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES, en consecuencia, que se otorgue el permiso para terminar por justa causa el contrato de trabajo de la señora MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO, y finalmente, que se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de septiembre de 1992, y actualmente ocupa el cargo de Auxiliar de Conmutador en el Departamento de Servicios Generales; que el 20 de noviembre de 2017 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a través de resolución SUB261239, notificada el 13 de diciembre de 2017; que COLSUBSIDIO se enteró del reconocimiento pensional el 27 de diciembre de 2017, e igualmente el 04 de enero de 2018 se informó por parte de COLPENSIONES que la señora PACHÓN fue ingresada en nómina de pensionados en el periodo 2017-12, cancelando su prestación a partir del periodo 2018-01; que de conformidad con el artículo 62 del CST, y parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contemplan como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el reconocimiento pensional; que la señora MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO pertenece al Sindicato Nacional de

Trabajadores del Sistema de Subsidio Familiar, la Compensación y la Seguridad Social Integral "SINALTRACOMFA"- Seccional Cundinamarca, y actualmente ostenta el cargo de Secretaria General; que la trabajadora MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO ha presentado algunas incapacidades conforme certificación de la EPS FAMISANAR, lo que posiblemente puede estar amparada por estabilidad laboral reforzada.

2. Contestaciones MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO y SINALTRACOMFA, dieron contestación a través de curador Ad Litem, oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que no existen elementos probatorios actuales que permitan determinar si la demandada pertenece o no al sindicato "SINALTRACOMFA", así mismo que no es posible determinar si actualmente está percibiendo una mesada pensional por parte de COLPENSIONES; que no se encuentra demostrado el estado de salud o incapacidad de la demandada; que no está demostrado la justa causa para dar por terminado la relación laboral, precisando que se podría ver afectado el mínimo vital en el evento de no encontrarse incluida en nómina de pensionados.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado concedió el permiso para levantar el fuero sindical de la demandada María Edilma Pachón Pulido; declaró como justa causa la terminación del contrato de trabajo, declarando que las eventuales patologías que pueda estar padeciendo no son un impedimento para su retiro; aceptó el permiso para el despido, y gravó en costas a la demandada. (fls. 1 a 2 con audiencia, archivo No 4 expediente digital).

Su decisión se basó en que de conformidad con la documental de folio 236 la demandada hace parte de la organización sindical "SINALTRACOMFA" como Secretaria de la Seccional Chía, y que conforme a folios 196 y 279 no se registran cambios, razón por la cual goza de fuero sindical según lo previsto en el artículo 405 del CST.

Ahora, en lo relacionado con la justa causa, estableció que ello encuentra sustento en el numeral 14 del artículo 62 del CST, parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con los que se infiere que el reconocimiento pensional es justa causa para terminar el contrato de trabajo, siempre y cuando no haya interrupción entre la finalización del contrato y la inclusión en nómina de pensionados, y como tal extractó lo dispuesto en sentencia SL287/21.

En el caso concreto, encontró que a la señora María Edilma Pachón Pulido, le fue reconocido la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES mediante resolución SUB261239 del 2017, a partir del 01 de diciembre de 2017 con inclusión en nómina en enero de 2018, aunado a que COLPENSIONES certificó que se encuentra disfrutando de la pensión desde el mes de diciembre de 2017, conforme a folio 306, lo que daba lugar a la prosperidad de las pretensiones, esto es, levantar el fuero sindical y conceder el permiso para terminar el contrato de trabajo por acreditarse la justa causa.

Finalmente, en lo relacionado con la estabilidad laboral por contar con incapacidades médicas, hizo alusión a los folios 194 y 195, donde se reportan incapacidades por la EPS desde el 25 de enero de 2017 al 25 de junio de 2018, pero para esa calenda ya estaba pensionada por COLPENSIONES, lo mismo ocurre con unas incapacidades posteriores del 27 de julio de 2018 hasta el 31 de enero de 2020, las cuales son

incapacidades interrumpidas y no superan los 180 días, aunado a que también para esa calenda ya se encontraba recibiendo la pensión de vejez, y por esa vía, no goza de estabilidad en salud, y por ende, tales incapacidades no son impedimento para aplicar la justa causa por reconocimiento pensional.

4. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes, por lo que se remitió el proceso para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la trabajadora.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a revisar la sentencia de primera instancia el grado jurisdiccional de consulta en favor de la trabajadora demandada, por haberle sido totalmente desfavorable la sentencia de primera instancia, de conformidad con el artículo 69 del C.P.L. y S.S. (STL14957-2016).

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El levantamiento del fuero sindical y la autorización para terminar el contrato de trabajo emitida por la a quo se encuentra o no ajustada a derecho?, para lo cual se abordará sí (ii) ¿El reconocimiento pensional constituye justa causa para la terminación del contrato de trabajo?

FUERO SINDICAL

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: i) que entre las partes existió una relación laboral, desde el 10 de septiembre de 1992 (Fol. 12 y 13, documento No 1 archivo digital - Expediente, en la que se aportó copia del contrato de trabajo y certificación laboral); ii) que MARÍA EDILMA PACHÓN aparece como Secretaria de la Subdirectiva Seccional Chía (Folio 278 expediente digital); (iii) que mediante Resolución SUB 261239 del 20 de noviembre de 2017 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2017 en cuantía inicial de \$ 737.717, la cual fue incluida en nómina de pensionados en diciembre de 2017, y pagada en enero de 2018 (Fol. 20 24 expediente digital).

Importa memorar que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o

desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta, se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012: "...que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despidiera al trabajador *deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido*".**

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DEL FUERO SINDICAL PARA DESPEDIR

Es menester para la Sala detenerse en las previsiones legales contenidas en el artículo 410 del C.S.T., relativo a las justas causas para el despido de un trabajador amparado por el fuero sindical: 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo.

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede establecer de manera cristalina que la señora MARÍA EDILMA PACHO PULIDO ostenta la calidad de miembro de Subdirectiva Seccional Chía, del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema de Subsidio Familiar, la Compensación y la Seguridad Social Integral "SINALTRACOMFA", en el cargo de Secretaria (Folio 278 expediente digital), y que mediante Resolución SUB 261239 del 20 de noviembre de 2017 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2017 en cuantía inicial de \$ 737.717, la cual fue incluida en nómina de pensionados en diciembre de 2017, y pagada en enero de 2018 (Fol. 20 24 expediente digital), aspectos que se tendrán en cuenta al momento de fallar de fondo la presente causa.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL COMO JUSTA CAUSA PARA LA TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, en cuyos supuestos fácticos se contemplan dos obligaciones a cargo de la parte que lo da por terminado, a saber: la primera de carácter subjetivo y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues es carga argumentativa de la parte promotora de la terminación del vínculo invocar la causal por la que procede al despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas oportunidades, que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su veracidad y el cumplimiento de las formalidades necesarias, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Pretende la entidad empleadora demandante, que se levante el fuero sindical de que goza la señora MARÍA EDILMA PACHÓN PULIDO, para proceder a terminar su contrato de trabajo con justa causa, en vista de que le fue reconocida por COLPENSIONES la pensión de vejez, allende de ser incluida en nómina de pensionados desde diciembre de 2017.

Sobre el punto, lo primero que viene a propósito resaltar es lo propalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente SL10770-2017, en la que rememoró la posición que ha defendido la Alta Corporación en derredor de la causal de despido por reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el numeral 14 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1961, esto es, su aplicación antes de la Ley 100 de 1993, luego en vigencia del parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y por último a partir de la entrada en vigor la Ley 797 de 2003.

En lo tocante con el evento en que la pensión es reconocida bajo el régimen de transición, y que, para efectos del despido por justa causa debe aplicarse el contenido del parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es, que el empleador debía haber pedido su opinión o elevar consulta al trabajador acerca de su intención de permanecer en el empleo o seguir cotizando, la Corte adoctrinó que: *“el deber de pedir la opinión al trabajador sobre su deseo de permanecer en el cargo hasta por 5 años más, es un elemento inexistente en la regulación de la Ley 797 de 2003. Primero, porque en ningún pasaje de su texto se encuentra esta obligación y, segundo, porque no existe un contexto histórico que autorice tal inferencia”*.

Ahora, en lo relativo a la aplicación o no de la Ley 797 de 2003 al caso objeto de estudio, debemos partir por el hecho indiscutido de que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez a través de Resolución SUB 261239 del 20 de noviembre de 2017, a partir del 01 de diciembre de 2017, fecha que resulta de suma importancia para la aplicación de la justa causa al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte en sentencia SL2509-2017 abandonó el criterio fijado en la sentencia SL3088-2014: *“donde expresó que la justa causa de despido «se ha de aplicar en concordancia con la regulación pensional vigente a la causación de la pensión”*, para en su lugar pregonar que: *“el hecho relevante que marca la aplicación de la regla de despido prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es la fecha de reconocimiento de la pensión”*.

En consonancia con lo dicho, y en razón a que la actora cumplió la edad mínima de 57 años para pensionarse el 29 de diciembre de 2016 por haber nacido el mismo día y año de 1959 (Fol. 18 expediente digitalizado), fecha para la cual acreditaba la densidad mínima de semanas, le resultaría aplicable lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, en la medida en que tal disposición legal entró en vigencia desde el 29 de enero de 2003.

Al punto, resulta relevante extractar lo delineado en la sentencia SL2509-2017, en la que el máximo tribunal de esta jurisdicción sostuvo: *"cuando el legislador por razones de política social o económica incorpora al ordenamiento jurídico una nueva justa causa para finalizar los vínculos laborales, esa normativa rige con efecto general inmediato en las relaciones que estén en curso"*.

Por otra parte, en torno de la inmediatez, vale precisar que el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003 prevé que *"El empleador **podrá** dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones"*, lo que llevó a la Corte Suprema de Justicia a pronunciarse respecto de la expresión **"podrá"** en los siguientes términos: *"El vocablo «podrá» que utiliza la norma en sus incisos primero y segundo denota que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad"*.

Se desprende de lo anterior que, en el sub examine no hay lugar a revisar la fecha en que se causó la pensión o la data en que fue expedida la resolución de reconocimiento, dado que la inmediatez no es un elemento por revisar en estos casos, pues tratándose de la justa causa establecida en el numeral 14 literal b) del artículo 62 del C.S.T, y de conformidad con el criterio jurisprudencial antes vertido, no se trata de una causal de forzosa operancia o aplicación, es decir, que ante el conocimiento del empleador de que el trabajador cuenta con reconocimiento pensional no existe un término o plazo para invocar la justa causa, en la medida en que queda a su ponderación optar o no porque el trabajador siga vinculado.

Para mejor proveer sobre la inmediatez, antaño la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado No 5547 del 08 de julio de 1993, asentó que: *"no es acertado aplicar a la causal de terminación del contrato de trabajo originado en el otorgamiento de la pensión el mismo tratamiento aplicable a las causales motivadas por el quebrantamiento de las obligaciones contractuales, como que la inmediatez requerida jurisprudencialmente entre la ocurrencia del hecho y su invocación patronal para la terminación del contrato"*, dado que el empleador puede optar por la continuidad de la prestación del servicio, sin que por ello desaparezca o se extinga la justa causa, en el caso particular bajo análisis, el reconocimiento pensional.

Por último, no se contraría los predicamentos contenidos en la sentencia C- 1037 de 2003, vale decir, la condición de que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, pues tal como se desprende del artículo segundo de la Resolución SUB 261239 del 20 de noviembre de 2017, la actora está incluida en nómina y disfrutando de la pensión de vejez desde el mes de diciembre de 2017, aunado a que a folio 304 COLPENSIONES certifica que para el 17 de noviembre de 2020, a la señora MARIA EDILMA PACHÓN PULIDO se le viene girando la mesada pensional desde diciembre de 2017, y su estado actual es como pensionada activa.

Con todo lo anterior, tal como lo consideró el a quo, hay lugar a levantar el fuero sindical, por haberse configurado la terminación del contrato por justa causa prevista

en el numeral 14 del literal b) del artículo 62 del C.S.T, y en estricta aplicación de lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, por lo que no queda otra alternativa diferente para la Sala que confirmar el fallo de primer grado.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las incapacidades laborales, debe precisarse que ello en nada enerva la pretensión principal de la entidad demandante, ya que se encuentra acreditada la justa causa para terminar el contrato de trabajo por reconocimiento pensional, aunado a que, solo se anexan unas certificaciones de incapacidades sin que se determine el diagnóstico o su estado de salud, aspectos esenciales para entrar a determinar si un trabajador goza o no de estabilidad ocupacional reforzada.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por haberse revisado la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la trabajadora demandada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 febrero de 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones que motivan este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

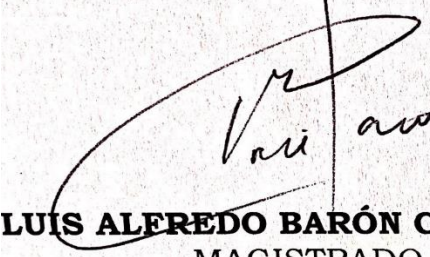
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: **ANA ISABEL ALBARRACIN**
DEMANDADO: **UGPP**
RADICACIÓN: **110013105-022-2017-00798-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA UGPP**
TEMA: **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.**

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

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. La señora ANA ISABEL ALBARRACIN a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que cumple con los requisitos exigidos en la ley 797 de 2003 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente de EDILBERTO MONTIEL RODRIGUEZ (QEPD), a partir del 22 de septiembre de 2016, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que tal como consta en la resolución No RDP 012752 del 28 de marzo de 2017, proferida por la UGPP, el señor Edilberto Montiel Rodríguez (Q.E.P.D), fue pensionado por la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM; que el señor Edilberto Montiel Rodríguez falleció el 22 de septiembre de 2016; que mediante escritura pública No 465 de la Notaria Primera de Duitama la actora y el causante constituyeron la unión marital, cuya fecha inicial data desde el 15 de mayo de 2008; que solicitó ante la UGPP el reconocimiento pensional, pero le fue negado a través de Resolución No 4019 del 6 de febrero de 2017, ante lo cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pero a través de Resoluciones RDP12752 del 28 de marzo de 2017 y RDP017728 del 27 de abril de 2017, respectivamente, se confirmó en su integridad la negativa al reconocimiento pensional, quedando agotada la vía gubernativa; que se acredita con suficiencia la convivencia como compañeros permanentes.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 43); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que carecen de sustento fáctico y legal, ya que no cumple con los requisitos para acceder a la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, ello en vista que no acredita los 5 años de convivencia mínima. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica (Fols. 44 a 54, y 83 a 84).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de julio de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que la señora Ana Isabel Albarracín convivió de manera ininterrumpida con el señor Edilberto Rodríguez Montiel desde el 15 de mayo de 2008 hasta el 22 de septiembre de 2016, lo que le hace merecedora del reconocimiento pensional a partir del 22 de septiembre de 2016, en consecuencia, condenó a la UGPP a pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes desde el 22 de septiembre de 2016, en cuantía inicial de \$ 1.698.949, sobre 14 mesadas anuales, autorizando los descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, gravando en costas a la entidad demandada (fls. 128 con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que se encuentra acreditado el nacimiento de la demandante el 04 de enero de 1951, así como el fallecimiento del causante el 22 de septiembre de 2016, igualmente la negativa en el reconocimiento pensional por parte de la UGPP con las resoluciones RDP004019 de 2017, RDP01277521 de 2017, y RDP017728 de 2017.

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial delineado en la sentencia SL10146/17, entre otras, la sustitución pensional debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Edilberto Rodríguez Montiel falleció el 22 de septiembre de 2016, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, la actora contaba con más de 30 años de edad, en particular con 75 años, y en ese orden, se estudia la prestación de manera vitalicia.

En cuanto a la convivencia, adujo que debía acreditar 5 o más años anteriores al deceso del pensionado fallecido, pues la beneficiaria acude como compañera permanente, siendo que se encuentran dos posturas diferentes, pues mientras la actora sostiene que la convivencia se dio desde el 15 de mayo de 2008, la entidad de seguridad social se mantiene en que no se acreditó el tiempo mínimo de convivencia exigido.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor Edilberto Rodríguez Montiel se elevó una escritura pública de fecha 10 de marzo de 2016 en la que declaraban que la unión marital de hecho la iniciaron desde el 15 de mayo de 2008; así mismo, que se logró acreditar que la demandante dependía del causante, ello corroborado con el dicho de los testigos

Pedro Manuel Robayo (hijo de la actora) y Pedro Fernando Avendaño (vecino y amigo), quienes fueron contestes y al unísono, dieron cuenta de la convivencia desde mayo de 2008, que era el causante quien le proveía para recursos para el sostenimiento del hogar; en el caso del testigo Pedro Avendaño que los veía usualmente como pareja y él compartió algunos momentos con ellos, y que una vez fallecido el señor Edilberto Rodríguez Montiel, la demandante se dedicó a vender obleas pues todos los gastos los cubría el causante.

Lo anterior, le permitió a la a quo dar por acreditado la convivencia entre la demandante y el señor Edilberto Rodríguez Montiel desde mayo de 2008 hasta el momento del óbito de Edilberto Rodríguez Montiel, y que si bien, la actora en el trámite administrativo tuvo contradicción en la fecha en que mencionó había iniciado la convivencia, estos es, dijo 2006 y era 2008, tal aspecto es superable, ya que es una persona de la tercera edad y es natural que no recuerde ciertos aspectos de manera muy específica.

Así las cosas, procedió a ordenar que la UGPP reconozca la sustitución pensional en la cuantía que venía disfrutando el causante en calidad de pensionado, esto es, en \$1.698.949 a partir del 22 de septiembre de 2016, bajo 14 mesadas pensionales, lo que generó un retroactivo desde el 22 de septiembre de 2016 hasta el 31 de mayo de 2020 por valor de \$ 96.399.522, junto con la indexación por efecto de la pérdida del valor adquisitivo, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró no probada la excepción de prescripción por cuanto el fallecimiento del pensionado fue el 22 de septiembre de 2016, el trámite administrativo ante la UGPP se agotó el 06 de febrero de 2017, y la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2017, es decir, que no transcurrió el término trienal, y por ende, no hay lugar a la prosperidad de ese medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por la parte demandante y la UGPP, en los siguientes términos:

Demandante: Solicitó que debe condenarse a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por las mesadas pensionales no reconocidas en tiempo; que la a quo condenó a la indexación pero en su concepto se debe condenar a los intereses moratorios.

UGPP: Manifiesta que con las afirmaciones de los testigos y la propia demandante no logran demostrar la convivencia en el lapso que se dice en la demanda, ninguna prueba logra acreditar que hayan convivido en calidad de compañera permanente; que en el trámite administrativo fue contradictoria al manifestar que la unión marital de hecho inicio en el año 2006, siendo que el documento de la declaración de tal unión marital de hecho dice que lo fue en el año 2008; que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar y ello no se logra acreditar con los testigos allegados al proceso; que en el interrogatorio manifestó haber convivido 8 años, cuando según el documento elevado en notaria corresponden a 10 años; que en la base de datos del Fosyga aparece como cabeza de familia, y además no se demuestra que haya sido beneficiaria en salud del pensionado, lo que denota que no dependía del causante; que no obra declaración del pensionado fallecido donde manifieste que la demandante era beneficiaria en salud, o en cualquier beneficio en el evento de fallecimiento; que mediante escritura pública en el año 2014, se decretó

la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que la actora tenía con el señor Carlos Alberto Valderrama; que se contrajo una unión marital de hecho pocos meses antes del fallecimiento del causante, generando inconsistencias en el actuar de la actora; que frente a los testigos, se trajo al hijo de la actora, el cual puede ser el más interesado en que se le reconozca la pensión a su madre, aunado a que tal testigo no logra demostrar la dependencia económica, ya que solo hizo referencia a que el causante le ayudada, pero no dijo nada sobre la convivencia; que el segundo testigo es ajeno a los hechos, ni siquiera recordó el nombre del fallecido, pero si recordó la fecha en que inició la convivencia, es decir, es contradictorio y no genera convicción.

6. Alegatos de conclusión.

UGPP: Solicita que se revoque la decisión de instancia, negándose las pretensiones de la parte actora, ya que se presentan incongruencias en la prueba obrante en el proceso, tanto en los testimonios como en la documental, lo anterior lleva a establecer que no acredita el tiempo mínimo exigido de convivencia para hacerse acreedora de la pensión de sobrevivientes.

7. 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 las 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 señora ANA ISABEL ALBARRACÍN reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor EDILBERTO MONTIEL RODRIGUEZ (q.e.p.d.)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, los intereses moratorios o la indexación?

Fallecimiento

El señor Edilberto Montiel Rodríguez (Q.E.P.D) falleció el 22 de septiembre de 2016, según registro civil de defunción obrante a folio 32.

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 22 de septiembre de 2016 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor Edilberto Montiel Rodríguez (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que CAPRECOM le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de enero de 1997, conforme Resolución N° 1643 del 27 de agosto de 1996, reajustada mediante Resolución No 1634 del 12 de agosto de 1997

(Fol. 18 a 20).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

1) Calidad de compañera permanente

Obra en el plenario la escritura pública No 465 del 10 de marzo de 2016 (Fols. 9 y 15) donde da cuenta que Edilberto Montiel Rodríguez (QEPD) y Ana Isabel Albarracín comparecieron ante la Notaria Primera del Círculo de Duitama, con el fin de constituir la unión marital de hecho, donde afirmaron haber iniciado vida en común desde el 15 de mayo de 2008.

Al respecto, valga precisar que este aspecto formal aquí acreditado, no significa que se esté dando por sentado la convivencia, ya que en el campo de la seguridad social, y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)" (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008)

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Ana Isabel Albarracín, nació el 04 de enero de 1951 (Fol. 12), y para la muerte del señor Edilberto Montiel Rodríguez (q.e.p.d.), contaba con 65 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Ana Isabel Albarracín, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional ante la UGPP (Fol. 17), dicha entidad mediante resoluciones No 4019 del 06 de febrero de 2017, RDP012752 del 28 de marzo de 2017, y RDP017728 del 27 de abril de 2017, le negó la prestación bajo el argumento de que: *"se presenta la primera inconsistencia, en el entendido, que primero*

*manifestó convivir con el causante 10 años y después manifiesta que son 8 años”
"no se tiene certeza y plena claridad que entre el causante y solicitante haya existido
convivencia de manera continua y permanente en los últimos cinco (5) años
anteriores al fallecimiento”(Fols. 19).*

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que esta depende de la acreditación de "ser miembro del grupo familiar", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "ser miembros del grupo familiar", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362/21, que reiteró lo dicho en la SL1399/18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 15 de mayo de 2008, y para ello trae al cartulario la escritura pública No 465 del 10 de marzo de 2016 de la Notaria Primera del Círculo de Duitama- Boyacá (Fols. 9 y 15), debidamente firmada por los comparecientes Edilberto Montiel Rodríguez y Ana Isabel Albarracín, donde se consigna que: *"desde el día 15 de mayo del año dos mil ocho (2008) en forma libre y espontánea iniciaron vida en común, como marido y mujer, conviviendo bajo un mismo techo durante más de siete (7) años"*.

Entre tanto la parte antagonista y apelante sostiene que se presentan inconsistencias y contradicciones, ya que en el trámite administrativo la actora arribó dos declaraciones extra juicio donde en la primera se manifestaba que convivió con el causante desde el 05 de mayo de 2006, y otra, desde el 15 de mayo de 2008, lo que llevó a no tener plena certeza y claridad de la convivencia, y por esa vía procedió a negar la prestación.

Puestas así las cosas, lo primero que colige la Sala es que, ni la convivencia en materia de seguridad social se encuentra demostrada con solo allegar la escritura pública donde conste la manifestación de quienes constituyen la unión marital de hecho, ni tampoco la contradicción a que hace alusión la entidad de seguridad social es de trascendencia para negar la prestación con ese argumento, veamos.

En líneas anteriores se había considerado que para demostrar la convivencia en calidad de compañera permanente en el ámbito de la seguridad social se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, y en punto a la declaración de la existencia de la unión marital de hecho por el causante y el eventual beneficiario o beneficiaria, se tiene dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que ello: *"no impide que el juez laboral verifique en el proceso laboral la real y efectiva convivencia entre la pareja, más allá de cualquier vínculo declarado formalmente"* (SL1744/21).

Dice tal providencia:

"En efecto, la evolución jurisprudencial en el ámbito de la seguridad social ha permitido la construcción de un criterio de convivencia con identidad propia, acorde con la finalidad de las prestaciones por muerte y que concierne a la protección del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, de modo que exhibe independencia respecto a la noción de «unión marital de hecho» que en el campo civil contempla la Ley 54 de 1990 (CSJ SL, 22 en. 2013, rad. 44677 y CSJ SL5524-2016)".

Así las cosas, para efecto de verificar la convivencia "real y efectiva" más allá de la escritura pública, se debe demostrar por la parte actora que lo allí expresado trascendió de la formalidad, es decir, que se constate que durante ese lapso de tiempo, se haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, lo que logra extraerse de las testificales, como a continuación se detalla.

El señor Pedro Manuel Robayo Albarracín hijo de la solicitante expresó que la pareja conformada por su madre y el señor Edilberto Montiel Rodríguez (QEPD) iniciaron su

convivencia el 15 de mayo de 2008, y al inquirírsele la razón del porque se acuerda con exactitud de la fecha, manifestó que para esa calenda "pactaron un contrato de arrendamiento en un inmueble de mi propiedad", en la que le cancelaban \$ 250.000 mensuales; que ellos convivían de manera satisfactoria; que al señor Edilberto lo distinguía desde tiempo antes, ya que le enseñó su labor como mensajero; que su madre dependía del señor Edilberto, y que no tenía otros ingresos; que en salud se encontraba afiliada en el SISBEN porque tenía unos tratamientos médicos; que respecto del señor Carlos Valderrama era el esposo de su madre, pero que entabló divorcio más o menos hace 15 años; que ella no tiene o recibe ningún beneficio, y que ahora él le solventa como hijo mayor.

En relación con el señor Fernando Avendaño Penagos, manifestó que es vecino y tiene conocimiento de la convivencia desde el año 2008, ya que vive en el mismo barrio San José; que los veía que salían, iban y hacían sus cosas, hacían mercado; que tenían buena convivencia; que vivía a 4 casas de la pareja; que tenían una buena amistad, ya que lo invitaban a reuniones, almuerzos; que Edilberto era pensionado; que después del fallecimiento del señor Edilberto, la demandante se dedicaba a la venta de helados y obleas; que antes del fallecimiento "él" era quien cubría los gastos, compraba el mercado; que la casa donde vivían se componía de una planta con lote atrás, dos habitaciones y servicio de dos baños.

A juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que en efecto, la convivencia inicio a principios del año 2008, igual como lo declararon en pareja ante la Notaria Primera del Círculo de Duitama, aunado a que los deponentes son contestes en que la actora dependía económicamente de la pensión que recibía el causante, pues no de otra manera se explica que posterior al fallecimiento de su consorte se dedicó a vender helados y obleas, lo que denota que de ninguna manera puede dársele la razón a la apelación propuesta por la entidad de seguridad social en este punto.

Ahora, sobre las contradicciones a que alude la pasiva, es de resaltar que la Sala no aprecia la relevancia que le quiere dar la entidad accionada, pues en relación con Pedro Manuel Robayo Albarracín, manifiesta la apoderada judicial que puede estar interesado en las resueltas del proceso; empero, tal afirmación no pasa de ser una simple conjetura, pues ni siquiera fue propuesta la tacha del testigo en la oportunidad legal, donde hubiere podido esgrimir esa razón, y no en la alzada. Igualmente, si bien es cierto el deponente es hijo de la actora, acota la Sala que su dicho coincide con lo aportado en el expediente, pues en efecto se allegaron unos documentos donde consta que entre él y la pareja compuesta por su madre y el óbito, vivían en una casa de propiedad del testigo, es decir, que ello refuerza la versión de que desde el momento de la convivencia se fueron a vivir a la casa del testigo ubicada en el Barrio San José en calidad de arrendatarios, aspectos que no pueden desestimarse por la Judicatura.

En cuanto al señor Fernando Avendaño Penagos, si bien es cierto no recordó el nombre del causante, ello fue al inicio de la declaración, y justificó el olvido en que en ese momento estaba recordando la dirección de la casa, y solo puede tenerse como un olvido pasajero, ya que en lo esencial dio cuenta inclusive de la casa donde habitaba la pareja, de la situación de la actora antes y después del fallecimiento del *de cuius*, y en el resto de su declaración se lo notó espontáneo, seguro en las

respuestas, y las mismas coinciden con lo expresado por la actora en el interrogatorio, con lo cual no puede desecharse sus dichos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con que la actora disolvió y liquidó la sociedad conyugal con el señor Carlos Alberto Valderrama en el año 2014, ello resulta intrascendente, pues el hecho de que la actora no haya liquidado la sociedad conyugal que tenía con Carlos Alberto Valderrama, no implica que haya estado imposibilitada para convivir con Edilberto Montiel Rodríguez (QEPD), pues en todo caso, el testigo Pedro Manuel Robayo Albarracín dio cuenta que su madre había adelantado proceso de divorcio hace aproximadamente 15 años, es decir, nada conduce a establecer la existencia de impedimento alguno para que desde el año 2008 haya decidido con el señor Edilberto Montiel Rodríguez (QEPD) conformar una comunidad de vida, incluso puede concluirse que solo una vez realizada la anotación de la cesación de efectos civiles del matrimonio en el registro civil, fue que decidieron ir a la notaria a declarar la unión marital de hecho, pues así se desprende de la escritura pública, en los siguientes términos: *"a la fecha los comparecientes se encuentran legalmente divorciados, presentan para su protocolización la prueba de la liquidación previa"*, lo que connota que al contrario de lo dicho por la apoderada judicial de la UGPP, la pareja esperó a estar legalmente divorciados para protocolizar la unión marital, y ello no genera inconsistencias en el actuar de la actora, como lo dice la UGPP.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que ANA ISABEL ALBARRACÍN convivió en calidad de compañera permanente con el óbito desde mayo de 2018, y convivió con aquel por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso.

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 22 de septiembre de 2016, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Edilberto Montiel Rodríguez (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, \$ 1.698.949.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna de las mesadas reconocidas se encuentra afectada a tal fenómeno jurídico, dado que las mesadas se causaron a partir del 22 de septiembre de 2016, y que la demandante solicitó el reconocimiento pensional a la entidad el 07 de octubre de 2016 (Fol. 17), no solo interrumpiendo sino suspendiendo el término prescriptivo hasta que la entidad surtiera la actuación administrativa correspondiente (C-0792 de 2006), lo cual ocurrió el 27 de abril de 2017 con la expedición de la Resolución RDP 017728 (fol. 18), siendo incoada la presente acción judicial el 11 de diciembre de 2017 (fol. 39), vale decir, sin que transcurriera el término legal de 3 años entre tales calendas, según y conforme lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$ 127.941.352**, correspondiente a las mesadas causadas entre 22 de septiembre de 2016 y el 31 de junio de 2021, y a partir del 1º de julio de 2021 la UGPP deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$2.035.163, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno

Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Edilberto Montiel Rodríguez (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
1997	17,68%	\$ 511.746		\$ 0
1998	16,70%	\$ 602.223		\$ 0
1999	9,23%	\$ 702.794		\$ 0
2000	8,75%	\$ 767.662		\$ 0
2001	7,65%	\$ 834.832		\$ 0
2002	6,99%	\$ 898.697		\$ 0
2003	6,49%	\$ 961.515		\$ 0
2004	5,50%	\$ 1.023.918		\$ 0
2005	4,85%	\$ 1.080.233		\$ 0
2006	4,48%	\$ 1.132.625		\$ 0
2007	5,69%	\$ 1.183.366		\$ 0
2008	7,67%	\$ 1.250.700		\$ 0
2009	2,00%	\$ 1.346.628		\$ 0
2010	3,17%	\$ 1.373.561		\$ 0
2011	3,73%	\$ 1.417.103		\$ 0
2012	2,44%	\$ 1.469.961		\$ 0
2013	1,94%	\$ 1.505.828		\$ 0
2014	3,66%	\$ 1.535.041		\$ 0
2015	6,77%	\$ 1.591.223		\$ 0
2016	5,75%	\$ 1.698.949	4,30	\$ 7.305.481
2017	4,09%	\$ 1.796.639	14	\$ 25.152.942
2018	3,18%	\$ 1.870.121	14	\$ 26.181.697
2019	3,80%	\$ 1.929.591	14	\$ 27.014.275
2020	1,61%	\$ 2.002.916	14	\$ 28.040.818
2021		\$ 2.035.163	7	\$ 14.246.138
			TOTAL	\$ 127.941.352

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de*

intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que: "se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001", y que "de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley" (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (Sentencia SL14918-2016, radicado 52073), así como también "cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales" (SL1019/21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de la UGPP al establecer la existencia de una contradicción en la declaración de la actora, cuando ello era irrelevante, pues en todo caso de tener en cuenta que en la declaración extrajuicio colocó como fecha de inicio de la convivencia en el año 2006, de todas maneras superaba con creces más de los 5 años exigidos para causar el derecho prestacional, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 07 de octubre de 2016 (fl. 17), por lo que la entidad tenía hasta el 07 de diciembre de 2016 para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 08 de diciembre de 2016.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, pues en todo caso la sentencia se revisó en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la UGPP. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 08 de julio de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"TERCERO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a pagar a la señora **ANA ISABEL ALBARRACÍN**, la suma de **\$127.941.352**, como retroactivo pensional causado desde el 22 de septiembre de 2016 hasta el 30 de junio de 2021. A partir del 1º de julio de 2021, la UGPP, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$ 2.035.163, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

Parágrafo: La UGPP deberá reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 08 de diciembre de 2016, sobre las mesadas causadas desde el 22 de septiembre de 2016, y que componen el retroactivo aquí generado, sin perjuicio de las mesadas que se sigan generando, intereses que correrán hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

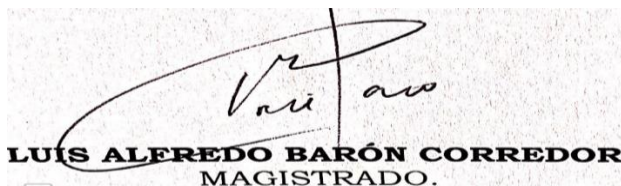
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: NANCY TRIANA TRASLAVIÑA
DEMANDADO: OPERADORA HOTELERA ORQUIDEA S.A.S.
RADICACIÓN: 110013105-037-2019-00602-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Bogotá D.C, treinta (30) de junio del dos mil veinte (2021)

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. Nancy Triana Traslaviña instauró demanda ordinaria contra Operadora Hotelera Orquidea S.A.S., con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 19 de septiembre de 2017 hasta el 07 de julio de 2019, el cual terminó por causas imputables al empleador, lo que genera un despido sin justa causa, en consecuencia, se debe condenar a la entidad demandada al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, las horas extras diurnas y nocturnas, los intereses e indexación, lo extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y 6).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró a favor de la entidad demandada bajo un contrato a término fijo desde el 17 de septiembre de 2017 en el cargo de administradora, con una remuneración de \$1.500.000; que su jornada laboral era de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, cumpliendo un promedio semanal de 84 horas de trabajo; que el 14 de enero de 2019 le fue preguntado por el señor Libardo Angulo Traslaviña que por qué había una habitación sin registro de pago, ante lo cual respondió que era una cortesía, sin que en ese momento se le hubiere llamado la atención o reclamación alguna; que durante la vigencia de la relación laboral no ha tenido llamados de atención ni memorandos; que el 19 de febrero de 2019 el señor Libardo Angulo Traslaviña le manifiesta que debe presentar su carta de renuncia, o se verán obligados a despedirla; que el 22 de febrero de 2019 en cumplimiento de su jornada de trabajo se encuentra con el señor Libardo Angulo Traslaviña y otra persona que dice ser el abogado de la empresa, quienes la requirieron para que pase a una oficina, donde le obligaron a apagar el celular; que el abogado, de quien desconoce el nombre le efectuó diligencia de descargos, sin presencia de testigos, y allí se le comunica los motivos que supuestamente dan para terminación del contrato de trabajo con justa causa, motivos en los que nunca estuvo de acuerdo; que solicitó copia de los descargos, pero no le hicieron entrega; que ese mismo día le hacen entrega de la carta

de terminación del contrato, acusándola de la entrega de la supuesta cortesía sin ser autorizada, desconociendo que ella maneja un código especial para ese tipo de bonos; que la acusan de una posible apropiación de dineros al hacer entrega de la cortesía; que el despido provocó una fuerte depresión por lo que fue remitida a psicología y psiquiatría.

2. Contestación de la OPERADORA HOTELERA ORQUÍDEA SAS. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que contrato terminó por justa causa el 22 de febrero de 2019, y obedeció al incumplimiento de las obligaciones laborales ya que la demandante sin autorización del empleador entregó cortesías; que, en lo relacionado con el trabajo suplementario, manifestó que no es procedente ya que en el contrato quedó establecido que aquella ejercía como personal de manejo y confianza. Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y pago. (fols. 25 a 34)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró el despido de la demandante acaecido el 22 de febrero de 2019 se dio por parte del empleador sin mediar justa causa, por lo que fue condenado al pago de \$ 6.035.599 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, junto con la indexación, absolviendo de las demás pretensiones, y gravándolo en costas procesales. (Fol. 85 a 86 con Cd de audiencia)

De manera preliminar consideró que los problemas jurídicos en resolver consisten en determinar si se dio la terminación del contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, así como también, si hay lugar a reconocer el trabajo suplementario.

Lo primero que precisó, es que no existe discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral, ni el salario devengado, siendo el punto neural la terminación de la relación laboral, para lo cual a la parte demandante le corresponde demostrar el hecho del despido, y a la parte demandada demostrar que el despido ocurrió por virtud de las causas imputadas en la carta de despido, en ese orden, de la prueba documental de folio 40 y 41 se encuentra la carta de despido del 22 de febrero de 2019, donde el empleador le enrostra 4 conductas que llevaron a la finalización del contrato de trabajo, a saber, 1) entrega de cortesías sin autorización, 2) posible apropiación de dineros, 3) cobro indebido de tarjetas de crédito, y 4) amenazas en contra del negocio, de los propietarios y sus compañeros de trabajo.

Que si bien es cierto en la carta de despido no se hizo alusión a las causales legales de finalización del contrato, ello no es óbice para su estudio, ya que lo que interesa es que se demuestre la configuración de las conductas anti laborales enrostradas.

Que respecto a la vulneración del debido proceso a que hace referencia la parte actora, no se demostró que la entidad accionada debía ceñirse a un procedimiento para el despido de los trabajadores.

Respecto a la primera aseveración contenida en la carta de despido relacionada con la entrega de cortesías sin autorización, manifestó que la actora confesó en la carta de despido la entrega de una cortesía, pero sobre ese hecho el testigo Marcos Arsenio Sierra Silva dio cuenta que el empleador le llamó la atención a la trabajadora, sin que obre con posterioridad persistencia en la conducta; y que las testigos Sofía Torres Mora y Martha Gaona, la primera como administradora, dieron cuenta de que hubo 4

cortesías sin autorización; que de ninguna manera se encuentra demostrado en el proceso a que fecha hacen referencia o que las mismas hayan sido realizadas por la demandante; que no se aportó registro de esas 4 cortesías, en definitiva, que no se probó ese número plural a que hace alusión en la carta de despido.

Frente a la apropiación de dineros, no obra prueba alguna de que la demandante se haya apropiado de dineros, y si bien Sofía Torres Mora hizo alusión a que la demandante empezó a abusar de la confianza, ya que por ejemplo Postobon obsequiaba productos adicionales a los comprados, y la actora se quedaba con aquellos, tal situación no fue enrostrada en la carta de despido, aunado a la contradicción en que incurre el testigo Marcos Sierra, quien dijo que en el arqueo de caja habían faltantes, pero si ello era así, por qué razón no se tienen registro de los bonos o de las cortesías, y en relación con la testigo Martha Gaona, no le constaba la apropiación de dineros.

En lo referente al cobro indebido de tarjetas de crédito, se hizo referencia a la testigo Sofía Torres que manifestó que un cliente identificó a la demandante, pero ello no puede tenerse en cuenta pues a nada de ello se le hizo referencia en la carta de despido y en los descargos, además que había un datafono que era utilizado por la administradora y las camareras, lo que denota que no queda claro la falta en que haya incurrido la actora en este aspecto.

En lo tocante a las amenazas, no se demostraron los insultos o amenazas que esgrime la parte demandada, y si bien los testigos dieron cuenta de la actitud grosera de la demandante en la diligencia de descargos, ello fue una vez se le finalizó el contrato y no con anterioridad, es decir, de ninguna manera genera la causal de despido.

Como quiera que el despido fue de manera unilateral y sin justa causa, hay lugar a la indemnización por despido, el cual, al tratarse de un contrato a término fijo con duración inicial de 3 meses, el mismo inició desde el 19 de septiembre de 2017, y con sus prorrogas se extendió hasta el 19 de junio de 2019, generando como indemnización el valor de \$ 6.035.599, valor que debe ser indexado desde su causación hasta la fecha de pago.

Absolvió de la pretensión de trabajo suplementario en la medida en que no se demostró, y si bien se constata que se hacían 3 turnos de 8 horas rotativos, no se identifican los turnos en particular que haya laborado la actora, es decir, hay una indeterminación del trabajo suplementario.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que el *a quo* incurrió en errores de hecho fruto de la apreciación indebida de las pruebas documentales y testimoniales; que el *a quo* no da por demostrado estándolo que la justa causa fue confesada en los descargos cuando la misma trabajadora expresó que incumplió con las obligaciones laborales al otorgar cortesías sin autorización, lo que lleva a vulnerado sus obligaciones laborales, en especial la del numeral 6° del artículo 62 del CST; que los testigos dieron cuenta de las faltas cometidas por la actora; que quedó demostrado que la actora cogía las tarjetas de crédito de los clientes y hacia transacciones cobrando doble vez, y el juez dice que no está demostrado; que los testimonios son plena prueba como en el derecho penal, es decir, no se necesita que exista prueba documental sino que es suficiente con la versión de los testigos; que está demostrado las conductas de la actora, incluso configuran hechos punibles, pero el juez no apreció eso; que se cometieron actos inmorales que establecen las justas causas; que se logra extraer con

los testimonios los actos inmorales y delictuosos de la parte actora; que el a quo no da por probado estándolo que las amenazas fueron también hacia los trabajadores, y que esas amenazas se producen y se plasman en la carta de despido; que la actitud de la demandante, es una actitud reprochable y violatoria de la ley, que constituye justa causa de despido; que el juez debía entrar a desvirtuar cada uno de los testigos y no lo hizo; que en el fallo suposiciones y no hace manejo de la contradicción de la prueba; que se demostró con los testigos los malos tratos y la apropiación de dineros de la compañía; que conforme la sentencia SL4547/18 el empleador tiene que probar las justas causas, y en el proceso está plenamente demostrado; que el a quo no apreció las pruebas de conformidad con el artículo 61 del CPT y la S.S.. En definitiva solicita que se revoque integralmente la decisión de instancia, y se absuelva a la entidad encartada.

6. Alegatos. En la oportunidad procesal no se presentaron alegatos de conclusión por las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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 despido por parte de la demandada atendió a una justa causa, o por el contrario, lo fue sin que mediara justa causa, y en este último caso, si hay lugar al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa?

Terminación del contrato de trabajo.

La Sala encuentra que los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia: i) que entre las partes existió una relación laboral, desde el 19 de septiembre de 2017 hasta el 22 de febrero de 2019, ejerciendo el cargo de administradora, y con una asignación mensual de \$ 1.509.000 (fol. 36 a 42); ii) que el 22 de febrero de 2019 rindió diligencia de descargos (Fol. 39 a 41); y iii) que el 22 de febrero de 2019, la entidad demandada dio por terminado el contrato de trabajo a la señora Triana Traslaviña, con base en el literal a) del artículo 4º del Decreto Ley 2351 de 1965; (iv) que el motivo o causal endilgada consistió en "*1. Entrega de supuestas cortesías sin autorización a personas que dice no saber quiénes son, simplemente que en un caso era un policía del cuadrante, poniendo en grave riesgo los ingresos de la empresa. 2. Posible apropiación de dineros del negocio abusando del uso de las cortesías. 3. Cobro indebido con tarjetas de crédito de los clientes, poniendo en grave peligro la fidelidad de la clientela y el buen nombre y reputación de la empresa. 4. Realizar amenazas en contra del negocio y de sus propietarios y también contra algunas compañeras de trabajo. Por lo cual, al ser confrontada, manifiesta no recordar ni quiere recordar*" (Fols. 37 a 38).

Así las cosas, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación unilateral del vínculo laboral por justa causa, lo cual entraña dos obligaciones para la parte que lo da por terminado: la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues le corresponde manifestar al empleador al momento de la terminación del vínculo la causal por la que procede el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa

determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, se ha dicho siempre, que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su veracidad y el cumplimiento de las formalidades necesarias, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Ahora, abundante jurisprudencia se ha decantado al respecto de la inmediatez entre la comisión de la conducta anti laboral y la decisión de finiquitar el vínculo laboral, y para ello la Sala rememora la sentencia de radicado No 41155 de 2013, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia aquilató:

*(...) en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido, conviene recordar la Corte lo que en múltiples ocasiones ha enseñado, en torno a que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, **además de explícita y concreta, tempestiva**, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación éste invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede desatenderse que entre éstas y aquella no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y **que de no proceder el empleador inmediatamente o dentro de un plazo razonable a provocar el despido del trabajador se impone entender, en sana lógica, que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta**. Aun cuando también es cierto que habrá eventos o situaciones que ameritan un lapso razonable para esclarecer con certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos (Sentencias de la CSJ Laboral, 17 de mayo de 2011 y 28 de agosto de 2012, radicación 36.014 y 38855, respectivamente).*

Ab initio, esta Sala de Decisión encuentra suficiente asidero a la predica del cognoscente de instancia, pues en efecto de la prueba documental y testimonial no puede arribarse a conclusión diferente que la de dejar incólume la terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa, pues de las cuatro razones que le encaró la empresa demandada a la actora para finalizar su contrato, ninguna se logra acreditar, veamos.

Frente a la entrega de "supuestas cortesías", si bien es cierto se cuenta con la confesión de la actora en la diligencia de descargos que rindió el 22 de febrero de 2019, en la que le preguntan "según tus respuestas anteriores, entregas cortesías sin ningún control. Algo que agregar?" respondió: "no simplemente la entregue", y más adelante dice: "solo una y lo manifiesto bajo la gravedad de juramento". (Fols. 40 a 41), lo cierto es que, el testigo Marcos Arcenio Sierra Silva, quien manifestó fue el abogado que recibió los descargos por invitación del señor Libardo Angulo (empleador), dijo que "creo que le habían dado un plazo de un mes para mejorar el comportamiento y no lo hizo, por eso me llamó para que les colabore con la rendición de descargos", aserción que coincide con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte cuando respecto del tema de la cortesía entregada a un policía manifestó: "se lo explique al señor Libardo", lo que significa que en efecto sobre esa conducta se efectuó un llamado de atención previo a los descargos, consistente en la oportunidad de mejora durante

un mes, y por ello no podía la entidad demandada fundar en la diligencia de descargos del 22 de febrero de 2019 reproche alguno sobre la misma conducta, a no ser que durante ese mes se haya reincidido en conducta similar, pero ello debía acreditarse en el plenario por la pasiva, cosa que no sucedió, pues a juzgar por el contenido del acta de descargos, solo constituye un enunciado de preguntas generales y presuntas conductas también generales, es decir, no se le indica a qué cortesías se refiere, en qué fecha se efectuaron, a qué clientes, si fueron en el horario que ella estaba como administradora o no, lo que conduce indefectiblemente a despachar de manera desfavorable la alzada en este aspecto.

Ahora, esgrime el apoderado judicial que la prueba testimonial es plena prueba y que no puede exigirse prueba documental para configurar la justa causa, pues en su sentir basta con la diligencia de descargos y la carta de terminación; no obstante, para la Sala no es correcta su apreciación, ya que el a quo no le exigió a la entidad demandada que allegara pruebas documentales, sino que en su libre formación del convencimiento consideró que los dichos por los testigos no tenían la suficiente fuerza de persuasión para darles credibilidad a sus dichos, y que al haber manifestado en la testimonial que se generaban facturas en lo relacionado con las cortesías o los bonos, ello debía haberse traído al expediente para corroborar que los dichos de los testigos si corresponden con la conducta endilgada a la actora, pero se insiste, tanto los descargos como la carta de terminación en lo que tiene que ver con la entrega de cortesías solo son enunciados generales sin sostén probatorio.

Se duele el apoderado judicial que el a quo no valoró la prueba testimonial en debida forma; no obstante, la Judicatura aprecia que ello no es así, ya que los testigos traídos al proceso solo hacen afirmaciones sueltas y se refieren es a la cortesía entregada a un policía del cuadrante, es decir, sobre la misma cortesía con la cual ya se le había llamado la atención, y si bien la señora Sofía Torres Mora expresó que fueron 4 cortesías en total, ello se podía verificar porque el sistema "arrojó 4 recibidos de cortesía", pero tales recibos no militan en el plenario, razón por la cual, de ninguna manera puede sostenerse que con el solo dicho de la testigo se tenga que dar por acreditado que esas 4 cortesías fueron otorgadas por la actora sin autorización de los dueños del hotel, como equivocadamente lo sostiene el apoderado judicial de la pasiva.

Es que el a quo no le exigió a la entidad demanda que allegue prueba documental, sino que era de suyo para la parte pasiva, que si quería enervar las pretensiones de la demandante debía allegar todos los medios probatorios a su alcance para generar el convencimiento del juez, cosa que no sucedió, pues se itera las afirmaciones generales de las testificales no logran la suficiente persuasión de lo que quiere demostrar la parte pasiva, y es que, la testigo Martha Yaned Gaona, al igual que la otra declarante hizo la misma manifestación de que fueron 4 cortesías, manifestando seguidamente que "*4 facturas de cortesía llegaron a mis manos*", pero tal manifestación tampoco es de tal entidad que lleve al juzgador a endilgarle a la actora que esas 4 cortesías fueron otorgadas por ella, pues se insiste, ninguna factura se allegó al plenario.

En lo que tiene que ver con las otras tres causales endilgadas, esto es, apropiación de dineros, cobro indebido de tarjetas, y amenazas, tampoco hay prueba que logre acreditarlas, primero porque como se dijo, tanto la diligencia de descargos, como la carta de despido solo contienen generalidades, no se relata ninguna circunstancia de tiempo, modo o lugar de la conducta antilaboral realizada por la actora, y el primer testigo (Marcos Arcenio Sierra Silva), nada puede extraerse de él en este aspecto, ya que solo conoció a la actora el día de los descargos y su información respecto a las

conductas es porque le comentó o le dijo el señor Libardo, y por ello fue invitado a que les ayude con la diligencia de descargos debido a su profesión de abogado.

En lo referente a las otras dos testigos (Martha Yaned Gaona y Sofía Torres Mora), más que acreditar las faltas cometidas, lo que logra extraerse es que le dan la razón a la postura de la parte activa, pues en lo referente al cobro con el datafono, las dos manifestaron que las camareras también manejaban el datafono y una de las funciones de servicio al cliente era cobrar el servicio del hotel, lo que entraña nuevamente que de haber existido faltantes en el cobro de los servicios del hotel a cargo de la administradora, en este caso la demandante, debía individualizarse cuales fueron esos cobros indebidos, en qué fechas, con cuales clientes, el valor, etc, que permitan de alguna manera convencer al administrador de justicia que la falta enrostrada relativa a "apropiación de dineros del negocio" si fue cometida por la actora y no por cualquier otra persona que también manejaba el datafono, y se equivoca el apoderado judicial cuando insiste en que basta con las testigos para dar por acreditado tal hecho, pues ni siquiera las testigos relataron fechas, o cómo sucedieron los supuestos cobros indebidos, solo asumieron que fue la actora porque se venían presentando una serie de irregularidades con ella, pero nada de ello se demuestra en el legajo.

Igualmente, en lo referente a que un cliente reconoció que fue la actora la que le hizo un cobro doble de la tarjeta de crédito, vuelve y reitera la Sala, ni siquiera se determina cuando sucedieron esos hechos, ni como acontecieron, lo que da lugar a prohiar que de ninguna manera se configura la justa causa alegada por la entidad demanda, pues tal como se dejó sentado en líneas anteriores por la jurisprudencia, la conducta que se esgrime como justa causa debe ser "**explícita y concreta**", lo que no contiene la carta ni los descargos visibles a folios 37 a 41.

En lo relacionado con las amenazas, lo único que se logra vislumbrar de la testimonial es que al unísono hacen referencia que la actitud de la actora en la diligencia de descargos fue agresiva, y que los amenazó con las peores palabras como dijo Martha Gaona, pero considera la Sala que ello no podía constituir justa causa de despido enrostrándole tal conducta en la carta de terminación del contrato, pues es obvio y natural que ante la rendición de descargos donde se le diga que se ha apropiado de dineros de la empresa, con la consecuente terminación del contrato, haga que la reacción de la trabajadora sea de la manera cómo reaccionó, pero no por ello, puede esgrimirse en la carta de finalización del vínculo laboral como justa causa, precisando que nada se demuestra en lo relativo a amenazas o malos tratos durante la vigencia de la relación laboral antes del 22 de febrero de 2019, pues ninguna probanza así lo refleja.

Finalmente, en lo atañadero a que las conductas de la actora configuran hechos punibles, y que el juez no lo apreció, baste con decirle al apoderado judicial que sí la empresa consideraba que las conductas de la actora configuran algún punible, debía ejercer las acciones correspondientes ante la autoridad competente, sin que ello tenga incidencia en materia laboral, ya que la justa causa no se predica de la comisión o no de una conducta punible, sino del incumplimiento a las obligaciones laborales (SL1608/18).

Colofón de lo anterior, no queda otro camino para la Sala que confirmar de manera integral al fallo confutado.

COSTAS

Costas a cargo de la parte demandada por no haberle prosperado el recurso de apelación, y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 04 de diciembre de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



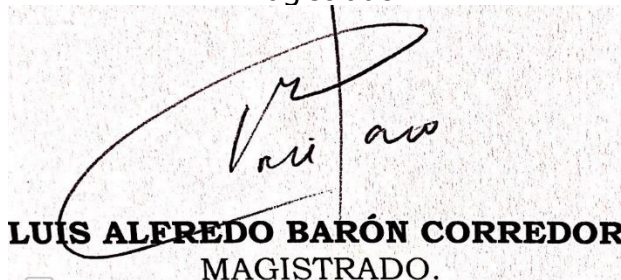
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada y a favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 908.526, correspondiente a 1 SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: WILLIAM ALBERTO BAQUERO NAMEN
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.-AFP PORVENIR S.A.-AFP COLFONDOS S.A. -UGPP
RADICACIÓN: 1100131050-16-2018-00457-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP COLFONDOS S.A.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. WILLIAM ALBERTO BAQUERO NAMEN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIONES Y PARAFISCALES -UGPP, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que el demandante continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP Protección trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación a la fecha en que se efectuó su traslado. Así mismo, solicitó que se declare la nulidad de traslado sucesivo realizado entre administradoras; la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante a Colfondos en el año 2000. Se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de la AFP Protección. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 116 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el día 23 de octubre de 1959; que una funcionaria de la sociedad administradora Protección fue hasta su lugar de trabajo y manifestó que el ISS se iba acabar, que la pensión en Protección iba a ser más favorable, por tanto el demandante aceptó el traslado; que la reunión no tardó más de 10 minutos dándoles a todos los funcionarios la misma información; que al demandante no se le informó la proyección de la mesada pensional que obtendría en el fondo privado, ni se le explicó el funcionamiento del régimen de ahorro individual, ni sus diferencias con el régimen de prima media. Que la afiliación efectuada por el demandante a Colfondos se dio en el año 2000 y que, de la afiliación a Porvenir realizada en el año 2001, de conformidad con reclamación e

informe de grafología logró probar que la firma que constaba en el formulario de Porvenir no correspondía con el demandante y, por tanto, fue devuelto a Colfondos en el 2012.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 182); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de UGPP. Dio contestación a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en la demanda, indicando que de las pruebas allegadas por el demandante, no se evidencia motivo alguno que permita inferir que el señor William Alberto Baquero Namen fue coaccionado o no se le brindó la asesoría necesaria para hacer su traslado de fondo de pensiones, además de indicar que la entidad no esta obligada a tomar decisiones concretas en el caso y por tanto, solicita la desvinculación de UGPP del presente litigio. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción (fol. 201).

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Señaló que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la innominada o genérica (fol. 209).

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Agregó que se pretende imponer una carga adicional, que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP. Que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras de fondos de pensiones. Que la afiliación del demandante al RAIS es válida y en consecuencia no hay lugar a realizar el traslado del demandante. 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 y del sistema general de pensiones, el traslado y la movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, traslado de aportes y la innominada o genérica (fol. 238).

6. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones indicó que la afiliación no se hizo en contra de una prohibición legal y, por el contrario, se dio en cumplimiento de todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico. Además, que obedeció a un acto libre y voluntario, por lo que no existe fundamento factico ni legal que permita declarar la ineficacia de la afiliación, máxime cuando han pasado más de 18 años desde aquel traslado sin que el demandante expresara inconformismo o inquietud frente a su situación pensional. Propone como excepciones de fondo las de

validez de la afiliación a Colfondos, inexistencia de la obligación de Colfondos, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fol. 273).

7. Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la administradora de pensiones demandada cumplió cabalmente la obligación de dar información al demandante en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado del régimen pensional. También señaló que el demandante tomó una decisión informada y consciente, sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad; de manera que no puede ahora aducir que no conocía del tema por falta de asesoría o información. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fol. 306).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de abril de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP Colfondos a trasladar a la UGPP los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. Ordenó a la UGPP a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la AFP Protección S.A. y Colfondos S.A

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de las AFP quienes no demostraron haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado. Que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su situación pensional. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Que el actor debe retornar a la UGPP dado que a la fecha en que realizó el traslado a la AFP Protección el 21 de febrero de 1995 se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL de acuerdo al D. 4269 de 2011, que ordena la UGPP asumir las obligaciones de carácter pensional que estaban en cabeza de CAJANAL. Que la AFP debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones a la UGPP.

9. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación manifestando que el art. 1746 C.C. establece las restituciones mutuas. Que no existe ningún soporte para ordenar la devolución de los gastos de administración y mucho menos de forma indexada. Que la comisión de administración es aquella suma que cobran todos los fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados y que se destina al cubrimiento de los gastos de administración y para pagar los seguros previsionales de las compañías de seguros, por ende, esos gastos de administración operarían también para el RPM, y no se debe imponer la obligación de trasladar los mismos.

10. Alegatos de conclusión.

Porvenir S.A.: Solicita que se mantenga la decisión de instancia, en tanto que no se impartió condena alguna frente a PORVENIR S.A., incluso en gracia de discusión alude a que no se presenta la ineficacia del traslado, ya que la actora se afilió de manera voluntaria, libre y sin presiones, suscribiendo el correspondiente formulario de

afiliación; que para la época del traslado no se exigía la información en los términos como lo dijo el a quo; que el demandante contó con múltiples oportunidades para trasladarse y no lo hizo; que debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera.

Demandante: Manifiesta que se debe confirmar la ineficacia del traslado, ya que la AFP solo allegó el formulario de afiliación y esta prueba no es suficiente para probar que existió información cierta y veraz; que es carga de la prueba de los fondos demostrar que brindaron la información.

UGPP: Alude a que la UGPP no es la llamada a recibir los aportes del demandante, pues tal entidad no es un fondo de pensiones o administrador del régimen de prima media, por lo tanto, no tiene afiliados o cotizantes activos.

Colpensiones: Peticiona que debe revocarse la sentencia de primera instancia, ya que obra prueba suficiente de que se brindó información, y que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria; que el demandante gozaba de capacidad legal para suscribir el formulario de afiliación; que se encuentra en la prohibición legal para retornar al RPM, tal como lo señala la sentencia SU062 de 2010.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS 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 en favor de la UGPP por no haber apelado de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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 accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a la UGPP las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿La UGPP debe aceptar el traslado y activar la afiliación del 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 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 N.º 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 demostrado que el señor William Alberto Baquero Namen, cotizó a FONPRECON entre el 1 de octubre de 1986 hasta el 22 de junio de 1989, conforme aparece en la copia expedida por la Cámara de Representantes (fol. 52); que cotizó en CAJANAL desde el 21 de junio de 1989 hasta el 15 de julio de 1990 de acuerdo a la certificación de la Personería de Bogotá (fol. 57); que continuo cotizando en CAJANAL desde el 2 de diciembre de 1991 hasta el 28 de febrero de 1995, de acuerdo a la certificación de la Rama Judicial (fol. 60); posteriormente el 21 de febrero de 1995 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Protección S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 224); que el 21 de mayo de 1997 se afilió a la AFP PORVENIR como se evidencia el formulario de afiliación (fol. 328); que el 14 de junio del año 2000 firmó el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 16 y 281); que finalmente el 19 de junio del 2000 nuevamente se traslada a la AFP Porvenir como se observa en el formulario de afiliación (fol. 333), sin embargo, esta última afiliación a la AFP Porvenir no es válida y es trasladado a la AFP Colfondos sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del demandante.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP Colfondos, AFP Porvenir y AFP Protección, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- 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 las AFP Colfondos, AFP Porvenir y AFP Protección 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 **William Alberto Baquero Namen** 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 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

preimpresión en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del asunto que gira en torno a si la UGPP debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, debe señalarse que tal devolución no se encuentra en cabeza de la UGPP en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes a CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL 2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar

todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que el accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan al promotor de la Litis en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 49 años de edad, por haber nacido el 23 de octubre de 1959, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante 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, 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-).

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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de COLFONDOS, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP Colfondos en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP PORVENIR a transferir a las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. apelante y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 la sentencia proferida el 12 de abril del 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, en la que condenó a la UGPP, para en su lugar absolver a la UGPP de las pretensiones incoadas por la parte actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante William Alberto

Baquero Namen 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.

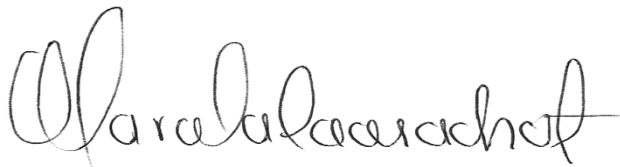
TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del demandante.

CUARTO: 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 PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN, así como a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLFONDOS S.A.. De las de primera, se confirman

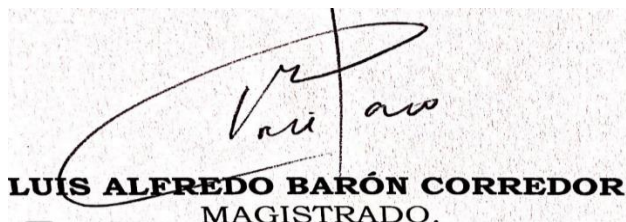
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLFONDOS S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MERCEDES GONZÁLEZ CUCUNUBA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-26-2019-00763-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los profesionales del derecho ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, y ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MERCEDES GONZÁLEZ CUCUNUBA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS por falta al deber de información. Como consecuencia, se declaré la anulación o rescisión del contrato, de conformidad con el vicio acaecido, restituyendo a la demandante al mismo estado en que se hallaba antes de la celebración del acto nulo. Que se ordene a Colpensiones como a la AFP Porvenir, que realicen los tramites a que haya lugar para activar la afiliación de la demandante en el RPM administrado por Colpensiones y que sea esta entidad que realice el proceso de validación del traslado de las cotizaciones; que se ordene a la AFP Porvenir que realice la devolución de todos los aportes netos cotizados, con sus rendimientos a Colpensiones y que asuma los menores valores frente a la cotización. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 54 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 3 de diciembre de 1957; que al 1 de abril del año 1994 la demandante contaba con más de 35 años; que para el periodo 5 de julio de 1984 la demandante empezó a cotizar al ISS; que durante su vinculación al ISS cotizó un total de 414.86; que para el periodo 05 de 2001, la demandante se trasladó al RAIS; que en su condición de empleada de la Fundación Hospital San Juan de Dios, fue vinculada en el sistema de pensiones al Fondo de prestaciones sociales del distrito capital entre el periodo 02 de 1987 y el periodo 1993; Que la demandante cotizó a la AFP Porvenir del 01 de junio del 2005 al 25 de julio de

2005, un total de 217.57; que la demandante cumplió a la fecha del 3 de diciembre de 2012, la edad de 57 años; que a la fecha del 3 de diciembre de 2012, tenía entre tiempos de servicios y cotizaciones al Sistema de pensiones un total de 1319.08; que al momento del traslado un asesor de Porvenir, le ofrece llenar una solicitud de vinculación al fondo de pensiones, con el argumento de que la pensión sería superior en el fondo privado; que no fue asesorada en debida forma; 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 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 Porvenir S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada, por lo que no procede la declaratoria de nulidad. 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 y la innominada o genérica. (fol. 105 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda argumentando que el traslado se dio con el lleno de los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria siquiera que conduzca a lo deprecado por la actora. Que se requiere demostrar efectivamente, que la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, que en el presente caso no se dan dichos presupuestos en la medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Que el traslado de régimen se dio de manera libre, voluntaria, espontánea, sin que mediara coacción, ni vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fol. 164 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de enero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir a transferir a Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados por la demandante con sus rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Condenó a Colpensiones, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Declaró no probadas las excepciones. Condeno en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, que se debe estudiar desde la ineficacia en virtud de lo previsto en los artículos 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, toda vez que se debe acreditar un consentimiento debidamente informado, que la carga de la prueba está en cabeza del fondo de pensiones. Que no se le explicó, que era beneficiaria del régimen de transición, qué su pensión se liquidaría con las normas existentes con anterioridad a las normas existentes a la ley 100 de 1993, y que al suscribir el formulario perdería dichos beneficios. Que no se concluye del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte de la actora que se le haya explicado las circunstancias o características propias del RAIS. 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.** interpuso recurso de apelación argumentando que al declarar la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, da lugar a interpretaciones distintas, en la medida que, si se hubiere realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor de una multa administrativa, que interpone el Ministerio de Trabajo. Que de acuerdo al artículo 1740 y siguientes del C.C. se establece el principio de la inescindibilidad de las normas, que impide a acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Señala que el formulario de afiliación suscrito por la demandante, es un documento público y se presume auténtico, según los artículos 243 y 244 del CGP. Que la selección de régimen de la demandante, fue libre espontánea y sin presiones, hecho que se ratificó en su interrogatorio de parte, en el formulario de afiliación y con la conducta de la afiliada de permanecer en el RAIS por casi 20 años. Que no es viable imponer cargas distintas a la AFP, a las que se preveían en las leyes existentes al momento de la afiliación de la demandante, pues constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima de la AFP. Por último, indico que la demandante era una persona jurídicamente capaz y que el acto que se celebró entre la AFP y la demandante contenía objeto y causa lícita.

7. Alegatos de conclusión.

Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

Demandante: Manifiesta que la única prueba que aportó el fondo privado fue el formulario de afiliación con la nota de afiliación inicial; sin embargo, desconoce que para ese momento se encontraba vinculada al RPM, aunado a que no se cumplió por parte de la AFP con la carga de la prueba en lo que refiere al suministro de información exigido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Colpensiones: Peticiona que debe revocarse la sentencia de primera instancia, ya que obra prueba suficiente de que se brindó información, y que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria; que la demandante gozaba de capacidad legal para suscribir el formulario de afiliación; que se encuentra en la prohibición legal para retornar al RPM, tal como lo señala la sentencia SU062 de 2010; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR 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 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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (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?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala 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 a la afiliada 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 N.º 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 Mercedes González Cucunuba se afilió al otrora al ISS desde el 27 de julio de 1984 con cotizaciones hasta el 31 de octubre del año 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 34 y 35) y que el 30 de abril de 2001 la demandante suscribió formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fol. 173).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., 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 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 afiliada 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 a la afiliada 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 la afiliada 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 AFP PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria pues no demostró haber brindado la información requerida a la señora **Mercedes González Cucunuba** y contrario a lo señalado por Porvenir en su apelación, la señora González no confesó haber recibido dicha información al momento del traslado, pues lo único que refirió fue sobre los beneficiarios, que en caso que falleciera y como sus hijos eran menores de edad, ellos tendrían el derecho, sin mayores explicaciones. Que solo le pasaron el formato y le dijeron que era para descontarle de su mensualidad y siguiera cotizando a pensión, porque ya habían liquidado la Fundación San Juan de Dios. Lo cual no es suficiente, pues nada se le dijo sobre las ventajas o las desventajas de cada uno de los regímenes, ni las consecuencias de su traslado, ni que era beneficiaria del régimen de transición. Y si bien es cierto para la fecha del traslado de la señora González no se exigía documentar la información dada, si era obligación de la AFP privada probar que brindó la información requerida al momento del traslado, lo cual no hizo.

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 N° 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 específica 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.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Mercedes González Cucunuba haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, la 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 información

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).

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP apelante y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

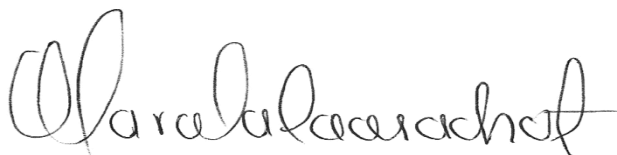
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de enero del 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. De las de primera, se confirman.

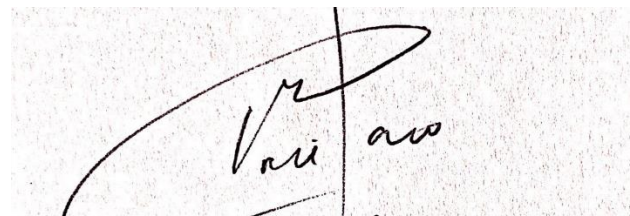
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

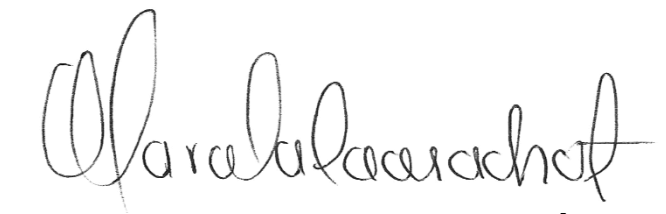


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CARLOS ALIRIO HEVER ÁLVAREZ CABRERA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-17-2019-00470-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN S.A.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CARLOS ALIRIO HEVER ÁLVAREZ CABRERA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCION, con el fin de que se declare inválido e ineficaz del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que el demandante continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP Protección trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación a la fecha en que se efectuó su traslado. Se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de la AFP Protección. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. subsano 55 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el demandante nació el día 12 de abril de 1957; que un funcionario de la sociedad administradora Santander fue hasta su lugar de trabajo y manifestó que el ISS se iba acabar, que la pensión en Pensiones Santander iba a ser más favorable, por tanto el demandante acepto el traslado; que la reunión no tardo más de 10 minutos dándoles a todos los funcionarios la misma información; que el demandante solicito un cálculo de su pensión ante la AFP Protección, le manifestaron que se llegaría a pensionar a los 61 años de edad con una suma de \$1.017.988; que los aportes a pensión que realiza este momento son de un IBC de aproximadamente \$4.700.000; que en proyección realizada arroja una suma de pensión, en el evento que nunca se hubiere traslado por cuantía de \$3.903.891; que solicitó el traslado al RPMPD a las demandadas 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 con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no le asiste razón al demandante para invocar la ineficacia de sus decisiones libres y espontáneas, que produjeron el cambio de régimen pensional. Que el demandante en uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional decidió trasladarse de régimen pensional, y en esta medida no debe considerarse como válidamente afiliado al RPMPD. Que el demandante en la actualidad se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (fol. 72).

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda a la demanda argumentando que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas y desventajas y todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional, que la asesoría se materializó mediante el diligenciamiento y firma del formulario, el cual se encuentra revestido de legalidad, sin hallarse en el constancia que vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP Santander hoy Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 102).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de febrero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas. Declaró que el traslado del demandante al RAIS administrado por Protección S.A. como sucesora de Pensiones Santander S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. Declaró que el demandante, se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente sin solución de continuidad. Ordenó a Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, e intereses, sin autorizar a Protección S.A., para efectuar descuento de los dineros, ni siquiera a título de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondo que efectúe Protección S.A., y convalidarlos en la historia laboral del demandante. Condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP Protección quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado, que le permitiera conocer las condiciones de los dos regímenes pensionales. Que, como

consecuencia, la AFP Protección debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros de la cuenta individual de la demandante, sin efectuar algún descuento por los gastos de administración. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN S.A.: Interpuso recurso de apelación manera parcial frente al numeral 4 de la sentencia de primera instancia, únicamente con la devolución de gastos de administración y el pago de pólizas de los seguros previsionales contratados. Señaló que es improcedente dicha condena, por cuánto tiene su fundamento legal en la Ley 100 del 93 artículo 20, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 del 2013 que señaló que en el RAIS el 10% del IBC se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del IBC se destinará al Fondo de Garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad, y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Adujo, que al ordenar la devolución de los gastos de administración a Colpensiones se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor del demandante al recibir unos rendimientos generados por la buena administración de la AFP, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión adelantada por la AFP, causando un detrimento del patrimonio de la AFP, privilegiando a la parte actora ante la declaratoria de la ineficacia del contrato suscrito de buena fe en su momento por Santander hoy en día AFP Protección.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación manifestando que el actor solicitó el traslado de régimen pensional al RPMPD en el mes de junio del año 2019 cuando ya contaba con 62 años de edad, que en virtud del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 Colpensiones estaba imposibilitado para aceptar el traslado de régimen pensional. Que el asesor de la AFP Protección al momento del traslado de régimen, debía realizar una valoración y un análisis detallado respecto la situación del actor, inclusive a desmotivarlo y aconsejarle que era más ventajoso para su situación pensional permanecer en el RPMPD.

Indicó que de acuerdo a lo señalado por la CSJ en la sentencia SU 062 del 2010, aquellas personas que acreditaron al 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados, se les otorgó el privilegio de trasladarse de régimen pensional en cualquier momento, sin la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003. Que contrario a la situación del demandante, al 1º de abril de 1994 no contaba con esos 15 años de servicios cotizados por lo que no existía una situación particular que hiciera desventajoso ese traslado de régimen pensional, que el demandante contaba más de 15 años para acreditar su derecho pensional y construir un derecho pensional acorde a sus expectativas.

Igualmente, señaló que la afiliación del actor en el año 2001, generaba la obligación de la AFP Protección de aceptar dicho traslado, a través de la suscripción del formulario de afiliación, tal como lo establece el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando el demandante no se encuentra dentro de las personas excluidas del pertenecer en el RAIS, de qué trata el artículo 61 de la Ley 100 de 1993. Que el demandante en el interrogatorio de parte reconoció conocer características propias del RAIS, como también lo manifestó en el escrito demandatorio, Por lo que concluye que el demandante si tuvo una asesoría previa al traslado a régimen pensional en el año 2001.

Finalmente, manifestó que Colpensiones no ha omitido ninguna obligación que recaiga como administradora del RPMPD y no debe ser condenada en costas.

6. Alegatos de conclusión.

Protección S.A.: Manifiesta que es totalmente improcedente la devolución de los gastos de administración, ya que va en contra de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además se ordena la devolución de los rendimientos financieros, desconociendo por completo la gestión realizada por el fondo privado; que ordenar la devolución de gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia, no solo por estar acreditada la falta de información a cargo de la AFP, sino también porque se debe seguir el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Colpensiones: Esgrime que el actor se encuentra válidamente afiliado en el RAIS, sin que se demuestre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, resultando inverosímil que hubiere evidenciado irregularidades en el traslado sin haber formulado ningún reparo en ese momento, y solo ahora cuando acredita los requisitos para pensionarse manifieste que no se le brindó asesoría por la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN 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 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 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 el accionante fuera beneficiario 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 del demandante?; (vi) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones?; (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 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 N.º 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 demostrado que el señor Carlos Alirio Hever Álvarez Cabrera, se afilió al otrora ISS desde el 01 de marzo de 1988, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 10); que el 8 de noviembre de 2001 firmó el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 9), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del demandante.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes. 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.

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 al señor **Carlos Alirio Hever Álvarez Cabrera** 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 es que no es cierto como lo señala la apoderada de COLPENSIONES que con el interrogatorio de parte absuelto por el actor se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona el señor Álvarez Cabrera es que le dijeron que el ISS se iba acabar; que la iniciativa del cambio de régimen fue por parte de la Gerencia de la Clínica donde trabajaba; que no asistió a ninguna reunión donde le brindaran la respectiva información; que el formulario de afiliación se lo pasaron diligenciado y únicamente lo firmó, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Finalmente, es necesario precisarle a Colpensiones que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidas, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Necesidad de ser beneficiario 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 legítima 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 a la actora, 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 la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado la apoderada de la AFP PROTECCIÓN, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PROTECCIÓN en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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 la 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 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-)

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, por lo que acertó el a quo al imponerle costas en primera 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

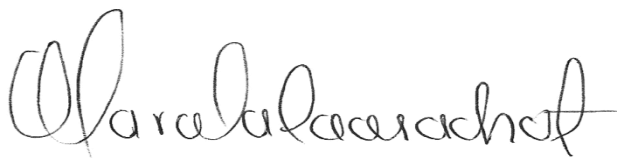
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero del 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



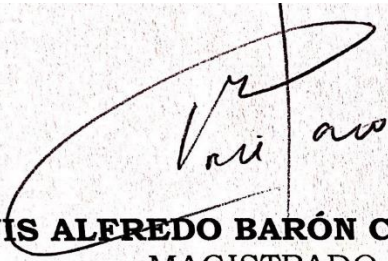
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA CÁCERES NEIRA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-17-2019-00715-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021)

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMIREZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARTHA CECILIA CÁCERES NEIRA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y como consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos el traslado de la demandante al RPMPD; se declare que la AFP Colfondos debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante; que se declare que la AFP Colfondos debe rembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante; que se declare que Colpensiones acepte la vinculación de la demandante en el RPMPD, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; se declare que Colpensiones como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la demandante en el RPMPD como si nunca hubiere existido el traslado de régimen pensional. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a las demandadas. (fol. 1 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada legalmente en el RPMPD, hasta que suscribió formulario de afiliación y traslado con la AFP Colfondos el día 30 de noviembre de 1998; que los asesores de la AFP Colfondos indujeron a la demandante de manera equivocada a vincularse al RAIS; que el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del RPM; que los asesores de la AFP nunca le señalaron los eventuales riesgos del traslado y que la AFP nunca le suministró información idónea para asumir una determinación objetiva.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (fol. 72); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Contestó la demanda allanándose a todas y cada una de las pretensiones de conformidad con el art. 98 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPT y SS (fol.71).

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Señaló que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no existe nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presión indebida. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (fol. 77).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones de inexistencia, cobro de lo no debido y prescripciones propuestas por Colpensiones. Declaró que el traslado de la demandante al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos. Declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado por Colpensiones, que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, productos e intereses, tal y como se indicó en precedencia sin autorizar a COLFONDOS S.A. efectuar descuentos, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad. Ordenó a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante que efectúe COLFONDOS S.A. y convalidarlos en la historia laboral de la demandante, para efecto de la suma de semanas a que haya lugar. Condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que la carga probatoria es de la AFP Colfondos quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado. Que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su situación pensional. Que no importa si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Que se debe devolver todo al estado original y la AFP debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación manifestando que la afiliación efectuada por la demandante actualmente es válida, toda vez que fue suscrita de manera voluntaria, sin presiones ni constreñimientos por una persona plenamente

capaz, que del interrogatorio de parte se extrae, que la demandante si recibió una asesoría por parte del agente comercial de la AFP, cumpliendo de esta manera los requisitos legales vigentes para la fecha del traslado. Por último, indicó que para el caso en concreto la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años y que conforme la sentencia 3753 de 2020, los actos de relacionamiento funcionan como un mecanismo que permite colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección. Que nadie puede alegar en su favor su propia culpa en relación con la falta de diligencia por parte de la demandante al respecto de su propio derecho pensional.

7. Alegatos de conclusión: En la oportunidad legal solo allegó alegatos COLPENSIONES, quien manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del traslado de que trata la ley 797 de 2003; que no se demuestra vicios del consentimiento o asalto a la buena fe, además que para la fecha del traslado era imposible predecir ingresos para calcular la futura mesada pensional; que también es deber del afiliado informarse acerca de su situación pensional; que resulta inverosímil haberse afiliado y solo ahora cuando acredita los requisitos para pensionarse aduzca que no fue informada; que en el evento de confirmarse la ineficacia del traslado se debe ordenar a la AFP que traslade a COLPENSIONES todas las cotizaciones, gastos de administración, comisiones, descuentos al fondo de solidaridad y garantía de pensión mínima. Finalmente que se deben revocar las costas, ya que ha actuado de 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 en su favor en lo que no haya sido 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) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (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 del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Martha Cecilia Cáceres Neira, se afilió al otrora ISS desde el 2 de enero de 1990 y cotizó hasta el 30 noviembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 28 y 87 y s.s.); que el 30 de noviembre de 1998 firmó el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (fol. 33), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

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 objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- 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 la afiliada 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. 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 Martha Cecilia Cáceres Neira 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 es que no es cierto como lo señala la apoderada de Colpensiones que con el interrogatorio de parte absuelto por la actora se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona la señora Martha Cecilia Cáceres Neira es que su lugar de trabajo, la AFP Colfondos les dio una charla grupal de 15 minutos, que le dijeron que el ISS se iba a acabar; que Porvenir le brindaba los mismos beneficios o incluso más que en el ISS; que tendría una cuenta individual; que las semanas cotizadas en el ISS iban a ser trasladadas al fondo privado, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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. Siendo claro conforme se ha explicado, que no era la demandante como lo pretende el apoderado de COLPENSIONES, quien debía buscar asesoría, sino que era obligación de la AFP privada haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Martha Cecilia Cáceres Neira haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, la 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 información.

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 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 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 marzo del 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LEYDA AYLEN MARTINEZ ACUÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2019-00292-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP COLFONDOS-AFP PROTECCIÓN S.A.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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. LEYDA AYLEN MATINEZ ACUÑA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP COLFONDOS y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP Protección trasladar a la demandante al RPMPD; se declare que la AFP Protección debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante; se declare que la AFP Protección debe rembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante; se declare que Colpensiones acepte la vinculación de la demandante en el RPMPD, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; se declare que Colpensiones como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la demandante en el RPMPD como si nunca hubiere existido el traslado de régimen pensional. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a las demandadas (fol. 2 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante ha prestado sus servicios como empleada de RAFAEL ESPINOSA Y CIA Y OTRO; que estuvo vinculada legalmente en el RPMPD, luego suscribió vinculación el 10 de abril de 1996 con la AFP Colfondos; que los asesores de la la AFP Colfondos indujeron a la demandante de manera equivocada a vincularse al RAIS; que le indicaron que no perdía los beneficios del RPM; que desde la fecha de afiliación ha gestionado ante la AFP Colfondos el traslado al RPM; que posteriormente se traslada a la AFP Protección, fondo que actualmente administra el capital ahorrado de la demandante; que no fue asesorada en debida forma; que nunca le indicaron los eventuales riesgos al trasladarse al RAIS; que solicitó el traslado de régimen a 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 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación cuenta con validez en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria. Que no obra soporte alguno que demuestre el vicio del consentimiento alegado por el actor. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (fol. 111 y s.s. subsono fol 149).

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda allanándose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en atención al artículo 98 del CGP, artículo 145 del CPT y SS, solicitó al Juez abstenerse de imponer condena en costas en su contra (fol. 138).

5. 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 de la demandante a la AFP es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente, clara y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación que cumplen todos los requisitos contenidos en el art. 11 del Decreto 692 de 1994 por lo que no existe razón para que Colpensiones deba recibir a la demandante como afiliada al RPM, que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico. 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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (exp. digital).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS, administrado por la demandada AFP Colfondos y por ende a la AFP Protección. Condenó a la demandada AFP Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante entre el 1 de junio de 1996 al 30 de noviembre de 2001, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. En parágrafo, autorizó a efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 1 de diciembre de 2001. Condenó a la AFP Protección a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto. Declaró que la demandante se

encuentra afiliada al RPMPD, administrado en su momento por el extinto ISS, hoy administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. No condeno en costas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que las AFP deben suministrar a los afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las características, condiciones, diferencias y riesgos del cambio de régimen pensional. Que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado. Que no es necesario si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que desde la ley 100 de 1993 existe la obligación de brindar al afiliado una información clara, completa y suficiente de los dos regímenes pensionales. Que la AFP no aportó elemento probatorio suficiente con el fin de demostrar si le suministro a la actora la información completa. Que es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN S.A.: Interpuso recurso de apelación de manera parcial únicamente respecto a trasladar a Colpensiones los descuentos de comisión de administración y primas de seguros previsionales, señalo que los mismos corresponde a un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003 en su artículo 7. Que opera dicho descuento para ambos regímenes. Que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la AFP, se administró lo dineros de su cuenta de ahorro individual, con la mayor diligencia y cuidado, evidenciándose los buenos rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual y que ascienden al 406%.

Que de acuerdo a la sentencia de radicado 31.989 de septiembre de 2008 de la CSJ Sala laboral, la consecuencia de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva que se deben preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral o en la seguridad social. Finalmente, señaló, que el cobro del 3% destinado para comisión de administración y financiar las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que impone la ley. Además que es un concepto que no financia directamente la prestación económica por vejez.

7.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación manifestando que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, que no había una expectativa legítima para la demandante como quiera que al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con la sentencia C 789 de 2002. Que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición señalada en la ley 797 del 2003, y no es beneficiaria del régimen de transición, de manera que no le son aplicables las sentencia SU de la Corte Constitucional. Igualmente, manifestó que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, toda vez que para el año que se trasladó de la demandante en el año 1996, los fondos solo tenían la obligación de brindar la información de las condiciones a la hora del traslado.

Adujo, que del interrogatorio de parte de la demandante se evidencia que la principal motivación de la demandante es por la inconformidad con la mesada pensional que va recibir en el RAIS. Que en sentencia del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, indicó que la simple manifestación de inconformidad del valor de la pensión a recibir en este momento en RPM pueda resultar superior al del RAIS, no constituye

prueba del engaño o una equivocada información por parte del fondo. Que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante respecto de consultar su situación pensional, que ella misma decide continuar cotizando al RAIS por mas de 25 años de manera libre y voluntaria.

8. Alegatos de conclusión:

Colpensiones: Manifiesta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues la actora no tenia expectativa legitima alguna; que los comparativos por si solo no constituyen prueba de engaño; que existió desinterés y descuido de parte de la actora en su situación pensional, y finalmente, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Demandante: Solicita que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, ya que le correspondia a la AFP demostrar que brindó asesoría y no lo hizo; que no se demostró que la información haya sido adecuada, suficiente, entendible y comprensible.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES 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) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iv) ¿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?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (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 N.º 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 Leyda Aylen Matinez Acuña se afilió al otrora ISS desde el 23 de julio de 1984, con cotizaciones hasta el 16 de junio de 1996, conforme la historia laboral para bono pensional (Fol. 47 exp. digital contestación Protección S.A.); que posteriormente, el 10 de abril de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Colfondos S.A., con fecha de efectividad del 01 de junio de 1996 conforme aparece en el formato SIAFP (fol. 49 exp. digital contestación Protección S.A.) y que finalmente, se afilió a la AFP Protección el 11 de octubre del 2001, conforme aparece en el formulario de afiliación (exp. digital).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP COLFONDOS y AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- 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 la afiliada 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 las AFP Colfondos y 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 **Leyda Aylen Matinez Acuña** 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 es que si bien la demandante manifestó que su incorformidad radica en el monto de su mesada pensional que va recibir en el RAIS, siendo superior en el RPMPD como lo manifiesta la AFP Protección en su apelación, lo cierto es que esto no es suficiente para concluir que a la demandante se le brindó la información necesaria al momento del traslado inicial.

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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la

CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado. Siendo claro que no era la accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era cada una de las AFP PRIVADAS las que debían brindar la información requerida al momento del traslado.

Finalmente, es necesario precisarle a Colpensiones que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si la demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Leyda Aylen Matinez Acuña haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, la afiliada 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 información.

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 legítima 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 a la actora, 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 la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que

en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apodera de la AFP PROTECCIÓN, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó ella en sus consideraciones, pues lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PROTECCIÓN en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

En cuanto a se refiere a las decisiones del Tribunal Superior de Pererira, debe decirse que no son vinculantes, pues esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

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 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 marzo del 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.. De las de primera, se confirman.

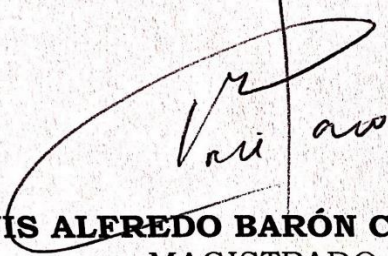
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO SUAREZ AREVALO
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-004-2019-00919-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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. LUIS ALFONSO SUAREZ AREVALO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP Protección trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y recibir los aportes de la AFP. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 1 a 10).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el día 18 de febrero de 1958; que inició sus aportes al otrora ISS desde el 05 de mayo de 1977, y posteriormente el 08 de noviembre de 1996 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.; manifiesta que la AFP faltó a su deber de brindar información, ya que no tuvo contacto con ningún representante de la AFP, no era consciente de lo que estaba firmando, no fue asesorado sobre las consecuencias del traslado, no le fue informado el monto pensional en ambos regímenes, ni las condiciones para acceder a la pensión en los mismos, tampoco le informó la posibilidad de retornar al RPM en el año 2004, y no le fue suministrado re-asesoría; que el 04 de febrero de 2013 solicitó el traslado a COLPENSIONES, pero le fue negado por estar a menos de 10 años para pensionarse; que insistió nuevamente el 4 de febrero de 2014, pero nuevamente le fue negado por COLPENSIONES mediante oficio del 12 de febrero de 2014; que el 13 de septiembre de 2016 radicó petición ante PORVENIR S.A., y le fue informado por esta AFP que al mes de marzo de 2019 obtendría una mesada pensional de \$ 1.158.300 al cumplimiento de los 62 años; que el ingreso base de cotización es de \$ 4.289.227, y su proyección pensional en el RPM equivaldría a \$ 2.768.238; que el 9 de abril de 2019 petitionó a PORVENIR S.A. la anulación del traslado, e igualmente lo hizo ante COLPENSIONES, pero en ambas entidades le fue negado.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (fol. 195 a 196); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. En el término legal concedido no presentó contestación, por lo cual se le tuvo por no contestada a través de proveído del 16 de marzo de 2021 (fol. 199); igualmente, se solicitó la intervención de la Procuraduría para los asuntos del trabajo y la seguridad social, pero mediante correo electrónico del 23 de marzo de 2021 la Procuradora Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, informa que no intervendrá en el proceso, ya que no cumple los criterios internos de selección establecidos por la PGN (Fol. 269).

4. Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la administradora de pensiones demandada cumplió cabalmente la obligación de dar información al demandante en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado del régimen pensional. También señaló que el demandante tomó una decisión informada y consciente, sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad; de manera que no puede ahora aducir que no conocía del tema por falta de asesoría o información. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (fol. 100 a 130).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de abril de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración y comisiones; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al RMPPD; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de régimen debe ser libre y voluntaria, y para ello trajo a colación la sentencia SL17595 de 2017, en la que precisó que la responsabilidad de la AFP es de carácter profesional, desde la antesala al traslado de régimen pensional, independiente de si es un afiliado lego o un afiliado experto; que no se suministró la información completa sobre su futuro pensional; que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, ya que la AFP se encuentra en mejor posición; que de conformidad con el artículo 167 del CGP las afirmaciones indefinidas no requieren prueba; que no se le brindó el cuadro comparativo entre los regímenes; que el brindar la información va más allá de la simple firma del formulario de afiliación; que ante la falta de información se declaró la ineficacia del traslado con la consecuencia para la AFP de devolver las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

COLPENSIONES: Solicita que se revoque la sentencia en su integridad; que se aparta de la interpretación otorgada por el despacho, ya que el demandante guardó silencio por más de 17 años, lo que permite notar un abandono respecto de su asunto pensional; que en el interrogatorio el demandante manifestó que se trasladó de manera libre y voluntaria y que nunca se sintió coaccionado, firmando y diligenciando el mismo el formulario; que el demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero, tal como es precisado por el Decreto 2241 del 2010; de debe

tenerse en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en la que se precisó que justamente el periodo de carencia planteada por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, esto último en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la Carta Política; que en el presente caso no nos encontramos frente a un afiliado profesional y que para el momento de la asesoría ostentaba la ocupación de economista, por lo que no carecía de capacidad para ilustrarse o asesorarse mejor; que el demandante no contaba con ninguna expectativa legítima de pensionarse bajo las prerrogativas del régimen de prima media; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 36 años y 246,86 semanas, es decir, no es beneficiario de la sentencia SU062 de 2010; que no tenía ningún beneficio adquirido en el RPMPD.

PORVENIR S.A.: Peticiona que se revoque en su totalidad la sentencia emitida; que se brindó una información totalmente clara y completa a la luz de la ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que no se evidenció ningún tipo de vicio de consentimiento como lo es error, fuerza o dolo; que el fallador de instancia declara una nulidad sin que existan tales vicios de consentimiento y descarta los artículos 1742 y 1743 del Código Civil que previene el saneamiento por el paso del tiempo por ratificación; que de conformidad con el CGP en su artículo 167, indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hechos que alega, en este caso no quedó demostrado cuál fue el error, el engaño, la fuerza o el dolo en el que incurrió la AFP al momento de la afiliación; que el deber de información siempre ha existido desde la creación de las AFP, lo que no existía era ese deber de documentar; que de conformidad con el Decreto 663 de 1993 no se manifiesta ese deber de generar la documentación adicional al formulario de afiliación; que lo único que se requería era suscribir el formulario de afiliación, el cual nace del cumplimiento de la ley 100 de 1993 en su artículo 114, por tanto, no se le puede restar valor probatorio y mucho menos desconocerlo; que si el formulario no es un documento que entrega una certeza de información entonces cuál es el documento que se le exige a las AFP; que el interrogatorio presentó varias inconsistencias que tampoco fueron evaluadas por el fallador de primera instancia, además se le dio plena credibilidad, cuando el mismo busca es la confesión para la contraparte, es decir, el demandante no puede crear su propia prueba; de otra parte el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 del 2003, norma sometida a control previo de constitucionalidad en la sentencia C 1024 del 2004, declarándose exequible; que no es dable que el demandante ahora se escude en una supuesta falta de información, cuando ha permanecido más de 20 años en el RAIS; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 manifiesta que no se puede rechazar a ningún tipo de afiliado que tenga los requisitos para pertenecer al régimen de ahorro individual, por tanto mi representada no podía rechazar esta afiliación; que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez, es decir, no es un concepto que contenga o que sea del afiliado, por el contrario es el artículo 20 inciso 2 de la ley 100 de 1993, que nos indica que también en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración para la pensión de invalidez y sobrevivientes, por tanto al no ser parte integral de la pensión vejez, si se afecta por la prescripción; es importante anotar que la Superintendencia en varios conceptos, uno de ellos el del 17 de enero del 2000 indica de forma expresa que en los eventos en los que proceda una nulidad, una ineficacia o un traslado los dineros que se deben retornar son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y la cuenta en general sin que proceda a la devolución de la prima previsional de seguros, en consideración a que la

compañía aseguradora cumplió con ese deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco los gastos de administración; que ordenar los gastos de administración genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de la codemandada Colpensiones, ya que en ningún momento generó la buena administración que si generó la AFP; que si los efectos de la ineficacia es que las cosas retornen a su estado anterior, tampoco habría lugar a rendimientos y mucho menos gastos de administración.

6. Alegatos de conclusión.

Colpensiones: Alega que se debe revocar la decisión de instancia, en primera medida porque el actor no es beneficiario del régimen de transición, y por ello no contaba con una expectativa legítima; que el traslado lo hizo de manera libre y voluntaria, y no existe prueba sumaria para inferir la nulidad o ineficacia del traslado, y finalmente que se encuentra en la prohibición legal para retornar a COLPENSIONES.

Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

Demandante: Manifiesta que debe confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que el fondo privado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar información completa, además que el formulario de afiliación no puede por sí solo considerarse como prueba suficiente para demostrar el consentimiento informado.

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 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 sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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? En caso positivo, 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 accionante 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 del 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 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 N.º 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 demostrado que el señor Luis Alfonso Suarez Arévalo, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 05 de mayo de 1977, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 21); que posteriormente el 08 de noviembre de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad a partir del 01 de enero de 1997, conforme aparece en el formulario de vinculación y en la certificación de Asofondos (fol. 155 y 156).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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 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 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 1996- 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que

el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que solo se enteró de que estaba afiliado a PORVENIR S.A. en el año 2013, ello por cuanto habían inconsistencias en talento humano de la entidad donde laboraba, y que el formulario de afiliación lo pudo haber firmado cuando hizo la vinculación en tal entidad, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir y a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor LUIS ALFONSO SUAREZ AREVALO haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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 información.

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 la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden 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-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico, y se deja incólume la orden de primera instancia, por comprender los conceptos aquí explicados.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP apelantes, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 07 de abril del 2021, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



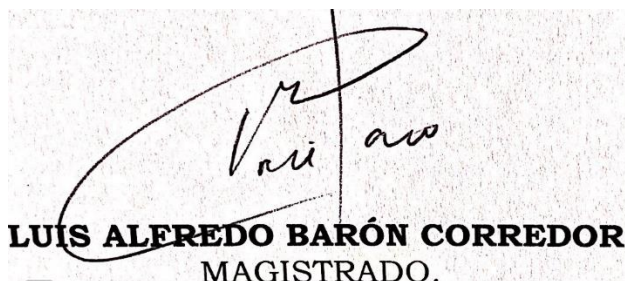
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **OSCAR STIVENT ACOSTA BELTRAN**
DEMANDADO: **EMPRESAS AMP S.A.S. y COOPETATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ENLACE EMPRESARIAL D.C.**
RADICACIÓN: **1100131050-27-2014-00081-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA EMPRESAS AMP S.A.S.**
TEMA: **CONTRATO DE TRABAJO.**

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

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. OSCAR STIVENT ACOSTA BELTRAN instauró demanda ordinaria contra EMPRESAS AMP S.A.S., COOPETATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ENLACE EMPRESARIAL D.C., con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 15 de enero de 2010 al 22 de diciembre de 2012 y como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas al pago de salarios causados entre el 21 de diciembre de 2012 al 4 de enero de 2013, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones causadas desde el 15 de enero de 2010 al 22 de diciembre de 2012, indemnización por el no pago de las cesantías, sanción por el no pago de las intereses a las cesantías; horas extras, subsidio de familia, subsidio de transporte, aportes al sistema de seguridad social integral, intereses moratorios por el no pago de aportes conforme al art. 23 de la ley 100 de 1993, sanción moratoria del art. 65 del CST e indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingreso a laborar para las demandadas el 15 de enero de 2010 con un salario mensual de \$515.000; que las funciones que debía desempeñar eran de auxiliar de procesos industriales, debido a que debía tratar perflería con ácido sulfúrico, soda caustica a altas temperaturas para obtener al anodizado y evitar la corrosión; que el horario de trabajo era de lunes a viernes de 6 a.m. a 6 p.m. y sábados de 6 a.m. a 3 p.m.; que de acuerdo con este horario laboraba 3 horas extras diarias las cuales fueron pagadas; que la vinculación se hizo mediante un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de enero de 2010 al 22 de diciembre de 2012; que no se le entregó dotación adecuada para la

actividad peligrosa que venia desempeñando; que la ausencia de dotación le generó una afección denominada cianosis, reumatismo y vasculitis; que debido a ello tuvo varias incapacidades laborales, siendo la última durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2012 al 4 de enero de 2013; que fue despedido del trabajo el día 22 de diciembre del año 2012, sin justa causa y estando vigente la incapacidad médica laboral; que a la terminación del contrato no se le pagaron las acreencias laborales ni le fue practicado el examen médico de retiro.

2. Contestación de EMPRESAS AMP S.A.S.. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que entre las partes nunca existió una relación laboral, pues el demandante era asociado de la cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C., por lo tanto, no tiene ninguna responsabilidad de pagar prestaciones sociales de ninguna naturaleza, sin embargo, la cooperativa pagó los aportes a seguridad social. Propuso como excepciones de fondo la de falta de causa y prescripción (fls. 394 a 401).

3. Contestación de COOPETATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ENLACE EMPRESARIAL D.C. Dio contestación a través de curador ad litem quien manifestó que se atiene a las resultas del proceso. Propuso como excepciones de fondo la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica (fls. 298 a 306). Conforme auto del 21 de julio de 2017 se tuvo por contestada la demanda y en proveído del 12 de enero de 2018 se tuvo por no contestada la reforma de la demanda.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de mayo de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre Oscar Estiven Acosta Beltrán y la empresa AMP S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 15 de enero de 2010 y el 22 de diciembre de 2012. En el que actuó como intermediaria la cooperativa de trabajo asociado Enlace Empresarial DC en liquidación, de acuerdo con ello, declaró solidariamente responsable de las obligaciones adquiridas con el trabajador Oscar Estiven Acosta Beltrán a la cooperativa de trabajo asociado Enlace Empresarial DC, en liquidación y como consecuencia de lo anterior, condenó a AMP S.A.S. y solidariamente a la CTA Enlace Empresarial DC en liquidación, a pagar al demandante \$1.771.918 por concepto de cesantías, \$288.569 por concepto de intereses a las cesantías, \$1.271.837 por concepto de prima de servicios, \$885.959 por concepto de vacaciones, \$11.660.973 por concepto de indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías e indemnización moratoria prevista por el artículo 65 del CST a razón de \$18.890 desde el 23 de diciembre de 2012 hasta cuando el pago de las prestaciones sociales se efectúe. Finalmente declaró probada la excepción de prescripción formulada por las demandadas y no probada las demás. (fls. 583 a 586).

Su decisión se basó en que pese a que el señor Oscar Estiven Acosta Beltrán estuvo vinculado formalmente como asociado a una cooperativa de trabajo asociado, lo cierto es que desarrolló una actividad personal en beneficio de la empresa AMP S.A.S., bajo la continua subordinación o dependencia. Sin que se ejerciera si quiera vigilancia, control o supervisión por parte de la cooperativa, desnaturalizándose de esa manera la autogestión y autonomía que son la principal característica de las cooperativas de trabajo asociado, presentándose de esta forma un suministro de personal, incurriendo de esta forma en la prohibición prevista por el Decreto 4588 de 2006 en sus artículos 17 y 18. De acuerdo con lo anterior, declaró la existencia

del contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 15 de enero de 2010 y el 22 de diciembre de 2012 en el que actuó como intermediario la cooperativa de trabajo Enlace Empresarial DC., y teniendo en cuenta que, el numeral tercero del artículo 7 de la ley 1233 de 2008 dispone, que cuando se compruebe prácticas de intermediación laboral o actividades propias de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o pre – cooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado. Como salario estableció el mínimo legal mensual vigente debido a que sobre este valor se efectuaron los aportes al sistema general de seguridad social integral.

Negó el pago de incapacidades, pago de aportes al sistema de seguridad social y pago del subsidio familiar, pues el demandante estuvo afiliado siempre al sistema general de seguridad social y a una caja de compensación familiar durante la vigencia del vínculo laboral que reclama a través de la cooperativa de trabajo asociado. Así mismo negó el pago de horas extras por no encontrarse demostradas. Finalmente, condenó al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías y la moratoria del art. 65 del CST al encontrar acreditada la mala fe de las demandadas al encubrir la existencia de un contrato de trabajo a través de un acuerdo asociativo y negó el pago de la indexación por considerarlo incompatible con las anteriores condenas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada EMPRESAS AMP S.A.S.** interpuso recurso de apelación argumentando que no se dan los elementos para un contrato real, adicionalmente considera que hay suficientes elementos probatorios con los cuales se demuestra que de buena fe la empresa contrató un convenio para que hubiese un préstamo de asociados más no para realmente generar una relación laboral, por lo tanto, aduce que no está llamada a responder de manera alguna por condenas impuestas.

6. Alegatos de conclusión:

Demandante: Solicita sea confirmada la decisión de instancia, en la que reconoció como verdadero empleador a las Empresas A.M.P. SAS, bajo la continuada subordinación y dependencia de aquella; que tanto Empresas A.M.P. SAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial incumplieron las obligaciones como empleadores que les impone la ley y la constitución, por ende, al estar acertada la decisión de primera instancia, la misma debe confirmarse por el Tribunal.

Empresas AMP S.A.S.: Solicita que se revoque la decisión de instancia en el entendido que no existió relación laboral directa del demandante con tal entidad, pues estuvo vinculado con una Cooperativa de Trabajo Asociado, sin que logre desprenderse subordinación, y tampoco el pago de salarios lo hacía AMP SAS, sino la Cooperativa como compensaciones; que quien autorizaba el trabajo del actor era la Cooperativa; en definitiva, solicita que se absuelva a la entidad demandada de todas las suplicas incoadas por el actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada EMPRESAS AMP S.A.S. 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) ¿Efectivamente fue demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre Oscar Stivent Acosta Beltrán y la Empresas AMP S.A.S., en donde fungió como intermediaria la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C.?

Existencia del contrato de trabajo

Solicitó la parte demandante se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C. y la Empresas AMP S.A.S., sin embargo, consideró la Juez de instancia que lo demostrado en juicio fue una verdadera relación laboral entre el actor y la Empresas AMP S.A.S., relación en que la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C. actuó como una intermediaria para el suministro de personal a favor de la codemandada, razón por la que fue condenada solidariamente al pago de las acreencias laborales.

La apoderada de la Empresas AMP S.A.S., objetó lo resuelto en primera instancia y de manera lacónica adujo que no se encuentran demostrados los elementos del contrato realidad; afirmó que se contrató un convenio para que hubiese un préstamo de asociados más no para realmente generar una relación laboral.

Así las cosas, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, establece *que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*, presunción que se encuentra respaldada en el postulado constitucional de *"primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"* amparado en el artículo 53 de nuestra Carta Política.

Frente a ello, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 9801-2015 bajo el radicado N° 44.519 del 29 de julio del 2015, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si se puede establecer si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, y si tienen la virtud de demostrar que el trabajo lo ejecutó el promotor de la *litis* de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

Adicionalmente, es necesario precisar que desde la Ley 79 de 1988 (art. 4º) y posteriormente en el Decreto 4588 del 2006, se estableció que las cooperativas son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creadas con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Fueron distinguidas tres modalidades de cooperativas, según su actividad, a saber: especializadas, multiactivas e integrales¹. Definidas las primeras como aquellas que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural – artículo 62 Ley 79 de 1988-. Las segundas, como esas que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica – artículo 63 Ley 79 de 1988. Y las últimas, entendidas como aquellas que en desarrollo de su objeto social realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios – artículo 64 Ley 79 de 1988 -.

El legislador también se refirió a las Cooperativas de Trabajo Asociado, como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios². Previó además, el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, que en los casos donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación, *"será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria"*.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, ha hecho diversos pronunciamientos, en casos similares en los cuales dijo que: *"Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia..."*³

A partir del presente marco conceptual, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario encontramos que a folio 15 del informativo reposa certificación de fecha 25 de diciembre de 2012, expedida por la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C., en la que se indica que Stivent Acosta Beltrán desempeñó el cargo de Empacador en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2010 y el 22 de diciembre de 2012. A folios 345, 346, 556 y 557 obran comprobantes de egreso expedidos por AMP S.A.S., para el mes de diciembre de 2012 y a folios 402 a 537 encontramos sendos comprobantes de pago a seguridad social efectuados por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C. durante los interregnos de enero de 2010 a diciembre de 2012.

De la declaración de parte rendida por el representante legal de AMP S.A.S. se advierte confesión respecto de la prestación de servicios para la empresa entre los

¹ Ley 79 de 1988. Artículo 61.

² Ley 79 de 1988. Artículo 70.

³ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Radicación 25725 y 35164 M.P. Luis Javier Osorio López

años 2010 a 2012, período en el que desarrolló varias actividades, sin referirse a cuales, sin embargo aclara que, la labor se prestó virtud de un acuerdo realizado con la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C., quien a su vez era la que suministraba el personal, pagaba las compensaciones y los aportes a seguridad social.

Fue escuchado en testimonio el señor Juan David Acosta, quien manifestó que el demandante prestaba sus servicios para la Empresas AMP S.A.S., siendo su jefe inmediato el señor Jaime Arturo Pachón, quien a su vez era empleador de AMP.

También fue escuchada la declaración del señor Jaime Arturo Pachón, quien manifestó que conoce al demandante desde cuando ingreso a trabajar a AMP S.A.S. a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C.; señaló que la vinculación se mantuvo entre el año 2010 y 2013; sostiene que la cooperativa era la que se encargaba del suministro del personal, que las labores desarrolladas por el demandante fueron las de emparador, carga y ayudante de carga y descarga de camiones, así mismo señaló que el actor estaba sujeto al cumplimiento de un horario de trabajo y órdenes.

En cuanto a la declaración del testigo Andrés Felipe Acosta Prieto, tenemos que no ofrece mayores elementos de convicción frente al tema objeto de estudio, como quiera que solo refiere que veía al demandante laborando en Empresas AMP S.A.S., ello debido a que las puertas de las bodegas eran grandes y siempre permanecían abiertas, sin embargo, desconoce la forma como se desarrolló la relación laboral predicada por el actor.

De las anteriores probanzas, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente, en el presente caso se desdibujó el convenio de trabajo cooperativo asociado, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, prestando directamente sus servicios en las instalaciones de la Empresas AMP S.A.S., desarrollando a su favor labores de empaque, carga y descarga de camiones, bajo su continua dependencia y subordinación, traducida en órdenes impartidas por Jaime Arturo Pachón, quien era su jefe inmediato y además era empleado directo de AMP S.A.S.

Para mejor proveer, nótese que las labores desplegadas por el actor guardan relación con las actividades económicas de la Empresa AMP S.A.S., consistente en "*4330-Terminación y acabado de edificios y obras de ingeniería civil*" "*9609 otras actividades de servicios personales N.C.P*", el cual, para su materialización requieren de la fuerza de trabajo de personal como el actor, esto es, como emparador, ayudante de carga y descargue de camiones, pues, puestos en la tarea de buscar la actividad económica 9609⁴, pueden incluirse las funciones desplegadas por el promotor de la litis.

En esa medida, tenemos que la relación existente entre el actor y la CTA no se encuentra enmarcada dentro de las normas que regulan el trabajo cooperativo asociado, como quiera que la demandada en mención desconoció la prohibición establecida en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2016, por cuanto las labores que designó a la convocante, lo fueron para atender labores o trabajos propios de la recurrente, como así lo da cuenta no solamente su representante legal sino el testigo

4

http://recursos.ccb.org.co/ccb/flipbook/2012/cartilla_DANE_ciiu/files/assets/downloads/page0490.pdf

Jaime Arturo Pacho, pues al unisonó señalaron que era la Cooperativa de Trabajo Asociado Enlace Empresarial D.C. la que suministraba el personal, para que las labores fueran ejecutadas en las instalaciones de la Empresas AMP S.A.S., bajo la supervisión, dirección y con elementos de trabajo suministrados por estas última.

En ese orden, resultó acertada la decisión de la juzgadora de primer grado al declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la Empresas AMP S.A.S., como quiera ante la violación de la prohibición establecida en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, se establece como consecuencia en su artículo 16, que el contrato de trabajo tiene lugar con la persona natural o jurídica que se beneficie con el trabajo, siendo la CTA un simple intermediario que se hace responsable solidaria de las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Por manera que, los argumentos esbozados por la recurrente no son acogidos por la sala de decisión y como consecuencia de ellos se deberá confirmar íntegramente la decisión objeto de censura.

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 8 de mayo de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada Empresas AMP S.A.S., las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

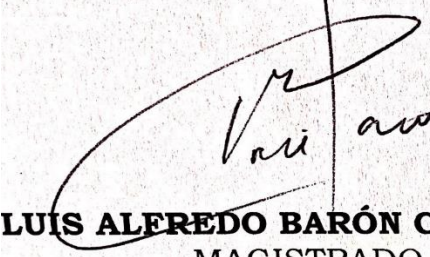
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de EMPRESAS AMP SAS, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE AUGUSTO ESPITIA CAICEDO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.- AFP PORVENIR S.A Y AFP OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 110013105-010-2018-00390-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFIENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JORGE AUGUSTO ESPITIA CAICEDO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A, AFP PORVENIR S.A y AFP OLD MUTUAL S.A. con el fin de que se declare la nulidad de traslado efectuado por el demandante con la AFP PORVENIR S.A., lo que implica la nulidad de las afiliaciones a la AFP OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A.; que se condene a esta última a devolver a COLPENSIONES los rendimientos de la cuenta de ahorro individual sin descontar gastos de administración o cualquier otro concepto; condenar a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y las costas del proceso; de manera subsidiaria, solicita que la AFP PROTECCION S.A, AFP PORVENIR S.A y AFP OLD MUTUAL S.A., paguen la diferencia que se genere a futuro en la mesada pensional como si hubiera permanecido en el RPMPD. (fol. 122 a 150).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo vinculado al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 19 de agosto de 1986 hasta el 30 de marzo de 2005; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 09 de marzo de 2005, y posteriormente el 01 de febrero de 2008 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A., y luego en el mes de junio de 2015 se afilió a PROTECCIÓN S.A., entidad donde se encuentra actualmente; que hasta el mes de diciembre de 2016 cuenta con 1.374 semanas y su último salario para esa calenda es de \$ 9.164.000; que solicitó una simulación pensional en PROTECCIÓN S.A., donde le informan que a los 62 años obtendría la suma de \$ 1.413.102, presentándose una diferencia abismal con la mesada que recibiría en COLPENSIONES; que las AFP del RAIS omitieron su deber de información para el momento del traslado en cada una de las entidades; que el 20 de diciembre de 2017 y 16 de marzo de 2018, solicitó ante

COLPENSIONES se activara la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, pero mediante comunicación del 16 de marzo de 2018 le comunican que su traslado se realizó de manera libre y voluntaria.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 153); 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 señalando que el traslado que efectuó el demandante tiene plena validez, y la afirmación de los vicios del consentimiento que afirma el actor debe ser probada en el proceso. Propuso como excepciones de mérito las de caducidad, declaración de otras excepciones, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fol. 166 a 173).

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL S.A. Dio respuesta a la demanda, en la que frente a las pretensiones principales manifestó que no se opone ni se allana por no estar dirigidas contra aquella entidad; frente a la pretensión subsidiaria indicó una vez el actor se trasladó a PROTECCIÓN S.A., fueron trasladados todos los aportes a tal entidad, además que respecto a la liquidación de la pensión debe tener en cuenta el actor que existen dos régimen excluyentes, y por lo tanto, la liquidación de la prestación debe corresponder a las establecidas por el RAIS. Como excepciones de fondo postuló las de buena fe, genérica y pago. (Fols. 195 a 204)

5. Contestación AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda a través de curador ad litem quien manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso como excepción de mérito la genérica. (fol. 319 a 321).

6. Contestación de la AFP PROTECCION S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el acto realizado es válido y exento de cualquier vicio del consentimiento; que dicho acto fue libre y espontánea y en consecuencia se solemnizó la afiliación del demandante; que el formulario suscrito es completamente valido y que de este nacieron obligaciones para ambas partes; que el actor estuvo afiliado a varias AFP del RAIS, prueba clara y suficiente del intereses de permanecer en el RAIS; que no allega ni siquiera prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación; frente a las pretensiones subsidiarias manifestó que están fundamentadas en apreciaciones subjetivas, los cuales no tiene sustento fáctico y jurídico. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (Fol. 250 a 268)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo de 2021 (Fols. 380 a 381 con Cd de audiencia), en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante con PORVENIR S.A., y por ende sus traslados a PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A., ordenando el regreso a COLPENSIONES; Condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida; condenó a PROTECCIÓN S.A. a hacer entrega a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, así mismo a realizar la devolución de cuotas o gastos de administración debidamente indexados; condenó a PROVENIR S.A., y OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A. a hacer entrega a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados; condenó a COLPENSIONES a

recibir los dineros ordenados a las AFP e imputar y actualizar las semanas cotizadas en la historia laboral de cotizaciones; declaró no probada las excepciones. Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A...

El juez tuvo como fundó su decisión en el criterio que ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras las sentencias de radicado 37989 de 2008, 31988 de 2008, 311314 de 2011, SL 1452 de 2019, SL 1688 y SL1689 de 2019.

Manifestó que debe demostrarse que la administradora cumplió con el deber del buen consejo, así como que se dio una información clara, cierta y oportuna al potencial afiliado; que de conformidad con la sentencia SL1688 de 2019 se debe hacer un estudio desde la ineficacia y no desde la nulidad; que se ha sentado de manera reiterada por la CSJ que el deber de información de las administradoras surge desde el 1 de abril de 1994, ya que para esa la fecha estaba vigente el Decreto 663 de 1993; que se debe brindar la mayor transparencia a los usuarios para escoger las mejores opciones del mercado; que el afiliado debe conocer la lógica del RAIS, sus características, condiciones y requisitos; que la suficiencia de la información es incompatible con información incompleta; que se debe obtener información de ambos regímenes, para tener un juicio imparcial de cada uno de ellos y así tomar una decisión de su futuro pensional; que la firma del formulario es insuficiente para demostrar el deber de información, pues debe tener una doble asesoría y que estos solo acreditan el consentimiento, pero no informado; que no se exige un derecho consolidado o que este próximo a pensionarse; que es la AFP quien tiene la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información; que la re- asesoría no sana el incumplimiento del deber de información; que la información se juzga en el momento que se da el traslado y no posterior; que el traslado horizontal entre fondos privados no tiene la potencialidad de convalidar el consentimiento inicial; que ante la ineficacia del traslado se debe ordenar el traslado de capital ahorrado con los rendimientos, gastos de administración con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados; que la solicitud de ineficacia es imprescriptible; que las AFP solo allegaron el formulario; que en el interrogatorio solo se manifiesta que el ISS se iba a acabar y que podía pensionarse de manera anticipada.

8. Impugnación y límites del ad quem.

8.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no le era obligatorio suministrar la información como lo exige el juez, pues la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, la única exigencia era la expresión de la voluntad a través del diligenciamiento del formulario; que la afiliación se ha ratificado con el paso del tiempo; que PORVENIR S.A. le brindó al demandante una asesoría oportuna donde se le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión; que el demandante en el interrogatorio no recuerda que se le haya brindado información, pero si recuerda los aspectos positivos de la afiliación cuando se trasladó a las otras AFP; que en el presente caso se configura el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento de los vicios del consentimiento por ratificación; debe tenerse en cuenta lo establecido en la sentencia SL3752 del 15 de septiembre del 2020, en la que se hace referencia a los actos de relacionamiento, y en este caso aplica en todo sentido los actos de relacionamiento no solamente por la conducta del actor dentro del régimen de ahorro individual sino por los traslados efectuados con posterioridad; que para la época de los hechos ninguna de las AFP

estaba en la obligación de brindar la asesoría soportando los documentos como lo estableció la ley 1748 del 2014; que la AFP no está obligada a lo imposible; que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 del 1993 también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización para financiar lo que son los gastos de administración, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes; que tales conceptos no forman parte de la pensión de vejez; que conforme la Superintendencia Financiera en concepto emitido el 17 de enero del 2020, en caso que surja la ineficacia del traslado los únicos dineros a trasladar a Colpensiones serían las cotizaciones y los rendimientos; que hacer la devolución de los gastos de administración a Colpensiones se establece en esta un enriquecimiento sin causa. Finalmente, que opera la prescripción de la devolución de los gastos administración y las primas de seguro o cualquier otra suma diferente del capital de la cuenta de ahorro individual.

8.2. Recurso de apelación AFP OLD MUTUAL S.A.: Presenta recurso de apelación parcial exclusivamente en la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, ya que ello va en contra de las disposiciones de orden legal como el Decreto 3995 del año 2008 artículo 7, que indica de manera específica y concreta cuáles son esos conceptos y factores que deben tenerse en cuenta en el momento de que se efectúa un traslado de recursos entre regímenes, y en aquel decreto nada indica que deba hacerse el traslado de los gastos de administración; que la AFP trasladó a PROTECCIÓN S.A. todos los valores que por ley deben trasladarse a dicha cuenta, entre estas las cotizaciones, la mora, cotización voluntaria, fondo garantía pensión mínima; que la misma ley 100 de 1993 dispone que dicho a 3% de gastos de administración se disponen precisamente con una destinación diferente para cubrir la pensión de vejez de aquí demandante, como lo es el cubrimiento de las pólizas correspondientes para las posibles contingencias de una invalidez y muerte; que ordenar el cubrimiento con los propios recursos, genera un perjuicio no solamente económico, financiero, fiscal a la entidad Old Mutual hoy Skandia, sino como tal al sistema general; que se debe revisar la figura jurídica de la prescripción trienal dado que al tener esos gastos de administración una connotación, una destinación totalmente diferente al cubrimiento de la pensión de vejez del aquí demandante cabría la figura de la prescripción trienal y considerando que pasó más de 3 años del momento en que el demandante se trasladó hacia otro fondo opera dicha figura jurídica.

8.3. Recurso de apelación PROTECCIÓN S.A.: Presentó apelación en lo que se refiere a la condena por gastos de administración, ya que tal descuento no fue efectuado de manera caprichosa o unilateral, sino que fue en cumplimiento de un deber legal y por ministerio del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que un porcentaje de los gastos de administración no están en cabeza de la AFP, sino que estos fueron destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y esta entidad no ha sido llamado a juicio para devolver esos valores, además también se destinó para las primas de los seguros de invalidez y de sobrevivencia, y siempre tuvo el demandante activos estos seguros en caso de que hubiera surgido alguna contingencia.

9. Alegatos de conclusión:

Skandia S.A.: Que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre la ineficacia o nulidad de traslado irrumpe con el principio de confianza legítima y buena fe; que para la fecha de traslado no era imposición o carga conservar evidencia física o material de las asesorías a sus posibles afiliados; que los gastos de administración se descuentan en ambos regímenes; que le corresponde al juez hacer estudio de las restituciones mutuas; que generar la devolución de cuotas de administración constituye un

enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; que la AFP cumplió con generar rentabilidad en la cuenta del afiliado; que frente a las comisiones no es procedente su devolución, ya que el actor tuvo cobertura para los riesgos asegurados, y no se encuentra ese dinero en las arcas de la AFP.

Protección S.A.: Manifiesta que no existió ineficacia del traslado, ya que él demandante decisión trasladarse de manera voluntaria y libre de presiones, además que se evidencia un deseo de permanencia en el RAIS, ya que hizo varios traslados horizontales en el RAIS; que debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento; que en lo relacionado con los gastos de administración los mismos se deducen por disposición legal; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que se reflejó una buena administración por parte de la AFP.

Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR, PROTECCIÓN S.A y OLD MUTUAL S.A. 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 el accionante? En caso positivo, 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 trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iv) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (v) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (vi)

¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (vii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (viii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (ix) ¿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 el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde la **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 a el 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor JORGE AUGUSTO ESPITIA CAICEDO se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES el 16 de septiembre de 1985, con cotizaciones hasta el 31 de marzo de 2005, conforme la historia laboral de COLPENSIONES (Fol. 54 a 56); que el 09 de marzo de 2005 se trasladó a PORVENIR S.A. (Fol. 63), posteriormente, el 28 de diciembre de 2007 se trasladó a Skandia, Hoy Old MUTUAL S.A. (Fol. 73), luego, el 01 de abril de 2015, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (Fol. 66)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, 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 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 2005- 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 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 tenía la obligación de conocer o procurar, evitar, mitigación o reducir las consecuencias negativas o daños que pueda llegar a tener o que haya tenido que ser el accionante el que buscara la información requerida al momento del traslado.

Por tanto, las AFP's demandadas sí estaban 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.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP apelante respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor ESPITIA CAICEDO haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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 información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 2005, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 09 de marzo de 2005, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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 la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden 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-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -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 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico.

En el sub examine, a pesar de que la orden de devolución de los conceptos se extendió a las diferentes AFP donde estuvo afiliado el actor, se dejó por fuera de manera expresa las comisiones y, por ende, habrá de adicionarse en la parte resolutive este concepto.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP del RAIS, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

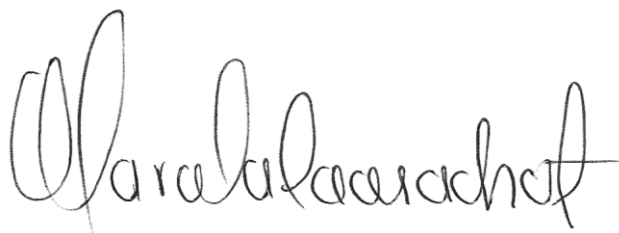
PRIMERO: ADICIONAR al numeral cuarto de la sentencia proferida el 10 de marzo del 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir

alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A.. De las de primera, se confirman.

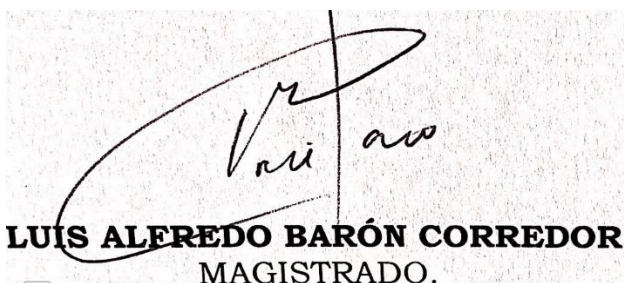
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARIA CRISTINA RINCON MARTINEZ*
DEMANDADO: *COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-013-2019-00707-01*
ASUNTO: *APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA.*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIA CRISTINA RINCON MARTINEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, y como consecuencia, solicita su regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones, el traslado de las cotizaciones, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 a 16).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al extinto ISS, hoy COLPENSIONES desde el 15 de febrero de 1990 al 31 de enero de 2001; que en los últimos meses del año 2000 fue visitada por un promotor de ventas de Horizonte, hoy PORVENIR S.A., entidad en la cual se afilió a partir de esa fecha; que se presentó omisión en la información brindada por la promotora de la AFP; que el 05 de julio de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. la invalidez de la afiliación, sin respuesta; que el 16 de julio de 2019 radicó ante COLPENSIONES solicitud de invalidez o nulidad del traslado, sin que haya obtenido respuesta.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 56); 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 incoadas en su contra, señalando que la demandante se

encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A., además de encontrarse en la prohibición legal para retornar al régimen de prima media con prestación definida, ya que a la fecha en que hizo la solicitud le faltaban menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (fol. 60 a 64).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, solicitando se absuelva de todas y cada una, bajo el argumento de que la afiliación realizada en el año 2001 fue producto de una decisión informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de esa decisión; que la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 opera frente a conductas dolosas, que en este caso no se alegan ni se acreditan por la demandante; que en el evento de condenarse a la nulidad del traslado se debe tener en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia en la que establece que solo es procedente la devolución de los aportes y rendimientos, sin ningún otro concepto adicional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Fol 1 a 30 Cd contestación folio 108)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de marzo de 2021, en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado que realizó la señora María Cristina Rincón Martínez con la AFP PORVENIR S.A en febrero del año 2001; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros y actualizar la historia laboral de la demandante; declaró no probada las excepciones propuestas. Finalmente, condenó en costas a PORVENIR S.A.

La decisión de la juez se basó en que la selección de uno o cualquiera de los regímenes debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, y ello se encuentra sustentado en las decisiones de la CSJ, quien hace hincapié en la importancia de que la escogencia del régimen o traslado debe estar precedida de la libertad, por cuanto se están en juego decisiones tan trascendentales como la pensión (SL 12136 de 2014); igualmente que la jurisprudencia indica que las administradoras se encuentran en el campo de la responsabilidad profesional y como consecuencia a ello se encuentran obligadas a prestar su servicio de manera oportuna, eficaz y eficiente, imponiéndoles el deber de la debida información en todas las etapas, es decir desde el ante sala de la afiliación y hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; que las AFP son entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y deben suministrar a los usuarios de los servicios que presten, la información suficiente y necesaria, que les permita a través de juicios claros y objetivos escoger lo que más le beneficie del mercado; que la Ley 1328 de 2009 establece que la información debe ser transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita al consumidor conocer sus deberes, derechos y demás; que La CSJ indica que la administradora hace incurrir en engaño cuando falta a su deber de información no solo en lo que afirma sino también en los silencios que guarda el profesional; que la carga probatoria se traslada y le corresponde a la entidad demandada; que la suscripción del formulario y las afirmaciones en estos formatos no son suficientes para probar el deber de información.

En virtud de lo anterior, consideró que en caso concreto no se acredita el cumplimiento del deber de información por la entonces Horizonte hoy Porvenir S.A., ya que lo único que se evidencia son las semanas que ha cotizado la demandante, pero no el cumplimiento del deber de información; que con el interrogatorio no se constata que

se confesara que horizonte hoy Porvenir S.A hubiese cumplido con el deber de información, ya que la misma fue una reunión grupal de aproximadamente 30 minutos, donde se le indicó que el ISS se iba a acabar, y si bien esta situación es cierta, no se le informaron datos básico, trascendentes y fundamentales como las condiciones o los requisitos para pensionarse con el RAIS, ni aportes voluntarios, ni cómo funcionan los rendimientos, aunado a que le dijeron que se podía pensionar en un tiempo anticipado pero no le indicaron en qué condiciones tenía que cumplir, no le indicaron nada sobre el bono pensional, no le explicaron nada de los beneficiarios; que nada tiene que ver el hecho de que no haya solicitado el cambio de régimen antes de la prohibición de los 10 años, que no sea beneficiaria del régimen de transición o que no tenga un derecho consolidado.

6. Impugnación y límites del ad quem - Recurso de apelación PORVENIR S.A.: Sustenta la alzada diciendo que la ineficacia prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 se refiere a una multa administrativa que impone el Ministerio del trabajo, y si bien también se indica que la afiliación quedará sin efecto, ello bajo ninguna circunstancia se está refiriendo a lo que dispone los artículos 1740 y siguientes del Código Civil; que se establece la ineficacia con las normas del sistema general de pensiones sin consideración a lo que establece el Código Civil; no obstante, para los efectos de la ineficacia si se acude a disposiciones del Código Civil, incluso sin tener en cuenta los presupuestos que este compendio normativo consagra para declarar la nulidad de un acto contrato; que el formulario de afiliación que suscribió la demandante es un documento público y se presume auténtico, tal como lo establece los artículos 243 y 244 del CGP, adicionalmente contiene las declaraciones de que trata el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es, la selección de régimen y la manifestación de haberse realizado de forma libre, espontáneo y sin presiones; que el formulario no fue desconocido o tachado como lo predicen los artículos 46 y 272 del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor ni desconocer este documento; que la AFP de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, aportado los documentos que tenía en su poder; que jurídicamente no es dable imponer cargas distintas a mi representada a las previstas en las leyes existentes al momento de la afiliación de la demandante, pues ello consistiría en una violación al debido proceso y la confianza legítima.

Manifestó que en el hipotético caso de que consideren que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta ahorro individual incluido los rendimientos, lo que impide en consecuencia que se ordenen otras sumas diferentes a las mencionadas en este literal; que condenar a pagar valores adicionales se estaría configurando un enriquecimiento sin causa a favor Colpensiones, adicionalmente determinar que se deben reintegrar gastos de administración sería tanto como ordenar una compañía de seguros a devolver el valor de la póliza; que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto con radicado 20191522169 del 17 de enero del 2020 indicó en forma expresa que en los eventos que procede la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son aportes y rendimiento de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución ni de primas de seguro previsional ni de cuotas de administración; que se debe dar aplicación a la prescripción de los gastos de administración, ya que no van a financiar la prestación de vejez y no son parte integrante de ella.

7. Alegatos de conclusión:

Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que quedó demostrado la insuficiencia de información a cargo de la AFP al momento del traslado, para lo cual extracta varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Colpensiones: Peticiona que debe revocarse la sentencia de primera instancia, ya que obra prueba suficiente de que se brindó información, y que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria; que la demandante gozaba de capacidad legal para suscribir el formulario de afiliación; que se encuentra en la prohibición legal para retornar al RPM, tal como lo señala la sentencia SU062 de 2010.

Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesta por el apoderado de 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 estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido 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 las AFP PRIVADAS hubieran 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, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia y la consecuente devolución de gastos de administración prescribe?

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 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene incólume actualmente entre otras en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María Cristina Rincón Martínez venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 15 de febrero de 1990, con cotizaciones hasta el 31 de enero del año 2001, como se constata en la historia laboral de cotizaciones (Fol. 34); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 12 de enero de 2001 (Fol. 66 PDF de Cd de folio 108).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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 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 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, no le asiste razón al alzado, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, pues ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Teniendo en cuenta que la decisión del a quo es comprensiva de los conceptos aquí delineados, se confirmará el fallo apelado.

Finalmente, sobre este acápite es necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Colofón de lo expuesto, no queda otro camino para la Sala que impartir confirmación respecto de la ineficacia del traslado, de conformidad con lo ampliamente expuesto con anterioridad.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP del RAIS, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Sin costas a COLPENSIONES, ya que sobre esta entidad se estudió la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 marzo del 2021, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A.. Frente a COLPENSIONES no se imponen por no haberse causado. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



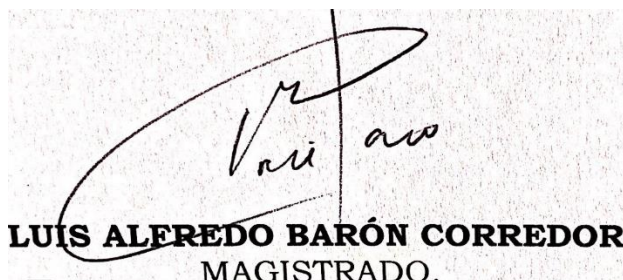
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. el equivalente a UN SMLMV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ELSA YOLANDA CARANTÓN GONZÁLEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-39-2018-00562-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

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

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

De la misma forma se reconoce personería para actuar a la Dra. LEIDY ALEJANDRA CORTES GARZÓN, identificada en legal forma, como apoderada de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Elsa Yolanda Carantón González instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y, por ende, se encuentra validamente afiliada a Colpensiones. Así mismo, solicitó se declare que tiene cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez como beneficiaria de régimen de transición de acuerdo por el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se dispusiera a su favor que la AFP Porvenir SA traslade el valor total de los aportes realizados, junto con los rendimientos causados, el valor total del bono pensional y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses a Colpensiones y a esta última computar los tiempos cotizados en la historia laboral, además, a reconocer y pagar la pensión de vejez a que tiene derecho a partir del 31 de octubre de 2014, fecha en la que causó su derecho pensional; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 31 de octubre de 1959 y estuvo afiliada al RPMPD del 1 de diciembre de 1979 al 31 de octubre de 1994, administrado por el otrora ISS hoy Colpensiones. Indicó que al momento de trasladarse al RAIS contaba con 769.57 semanas cotizadas al sistema de la seguridad social y 35 años, cuyo traslado se efectuó en el mes de noviembre de 1994, pese a que era beneficiaria del régimen de transición. Sostuvo que para motivar el traslado la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir le manifestó que el ISS desaparecería, insinuando que su pensión estaba en riesgo de perderse y le aseguró que se pensionaría con menos edad y con mejor mesada pensional en el fondo privado, por manera que no fue asesorada en debida forma. (fol. 3 y ss. subsanó fol. 89 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 110); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación al fondo privado fue de manera libre, espontanea y voluntaria, además que no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora. Refirió que la afiliación de la actora a las AFPs, cuenta con validez en tanto obra como soporte de dichas afiliaciones las cotizaciones efectuadas por aquella a dicho fondo. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de cuasa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada. (fol. 121 y ss.).

3.1. Contestación de la AFP Porvenir SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que la información suministrada a la promotora del proceso se encuentra acorde con las disposiciones legales, por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia y, por tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS. Señaló que la actora tomó la decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontanea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fol. 148 y ss.).

3.1. Contestación de la AFP Protección SA En auto calendario 7 de noviembre de 2019 se ordenó vincular como litisconsorte por pasiva a la AFP Protección S.A., quien contestó la demanda señalando que se opone a cualquier declaratoria de nulidad y/o de ineficacia de la afiliación, ya que no hay lugar a que Colpensiones reactive la afiliación de la actora. Indicó que todos los formularios de afiliación de las AFPs cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, en tanto que brindó asesoría completa, clara y comprensible al momento de su afiliación, misma que se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento. 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, genérica y traslado de aportes (exp. digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de marzo de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró que el traslado que hizo la demandante del RPMPD al RIAS efectuado el 1 de diciembre de 1994 a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, y en esa medida se debe entender que jamás se separó del RPMPD. Además, declaró ineficaz la afiliación efectuada al interior del RAIS a la AFP Protección S.A.

En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a que transfiera al RPMPD, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, durante el tiempo que se encontraba afiliada, esto es, desde el 1 de diciembre de 1994 al 30 de septiembre de 2004 y del 1 de noviembre de 2013 hasta la fecha en que se haga efectivo dicho traslado, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero por garantía de pensión mínima, pensión de invalidez o pensión de sobreviviente; todo con destino a Colpensiones. Así mismo, dispuso a la AFP Protección SA a transferir debidamente indexadas a Colpensiones todos los gatos que recibió por haber administrado la cuenta de la promotora del proceso, desde el 1 de octubre de 2004 al 31 de octubre de 2013.

Ordenó a Colpensiones que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales anteriores y que reactive la afiliación de la demandante al RPMPD y sin solución de continuidad desde 1994. Así mismo, que una vez active su afiliación proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, a partir de que se efectuó el retiro del sistema en 13 mesadas anuales. Dispuso el pago de costas procesales a ala AFPs Protección SA y Porvenir SA. Autorizó a Colpensiones para que inicie las acciones judiciales tendientes a obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que la carga de la prueba le correspondía a la AFP y, por tanto, no podía 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. Afirmó, que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su situación pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

Por otro lado, dijo que la gestora del proceso no es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que al 1 de abril de 1994 contaba con 730,26 semanas cotizadas y 34 años y, por ende, tenía derecho al pago y reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, ello a partir de que se efectuó el retiro del sistema, toda vez que en el proceso no evidencia que haya dejado de cotizar al sistema.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación AFP Porvenir SA. Interpuso recurso de apelación argumentando que frente al deber de información, no puede endilgarse criterios como la falta de memoria de la actora, misma que adujo que no recordaba el contenido de la asesoría y las características de cada uno u otro régimen. Indicó que Porvenir es una entidad de carácter particular, por lo que se debe tener presente que sus actuaciones ante las autoridades públicas se presumen de buena fe y quien pretende impugnar la mala fe debe demostrarlo a través de medios idóneos.

Señaló que en el RPM se destina el 3% de cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo tanto, conforme al concepto de la Superintendencia financiera de Colombia núm. 2019-1522169003 del 17 enero del 2000, en el evento de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes o rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisional, en razón a que la compañía aseguradora mantuvo la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Agregó que para la fecha en que se produjo la afiliación, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, en tanto que dicha obligación solo surgió a partir del Decreto 1748 de 2014 y que el deber de asesoría por solamente fue previsto cuándo se creó el Sistema Información al Consumidor Financiero, que reformó el estatuto orgánico del sistema financiero.

Finalmente, precisó que al declarar la nulidad o ineficacia del traslado a partir de interpretaciones y alcances diferentes, constituye un desfinanciamiento al sistema pensional subsidiado por el Estado. Frente a los gastos de administración, concluyó que no se debe ordenar su devolución de manera indexada, ni la devolución de rendimientos financieros.

5.2. Recurso de apelación AFP Protección S.A. Interpuso recurso de apelación referente al numeral 3° de la sentencia, esto es sobre la devolución de comisiones de administración. En esa medida, indicó que la deducción por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal válida, exigible, aplicable y vigente, mismas que fueron pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Precisó que la consecuencia jurídica de la ineficacia es que la cosas vuelvan al estado anterior, por está razón se deberá trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados en la cuenta de ahorro individual de la actora sin los rendimientos generados ya que estos son exclusivamente generados en el RAIS. En relación a la prima de seguro previsional, indicó que la misma ya fue girada a una aseguradora durante el tiempo de la afiliación de la demandante, que al no presentarse el siniestro no significa que se deban devolver estos dineros. Concluyó que condenar a Protección S.A. a cubrir estos dineros con su propio patrimonio, sería imponer un castigo por cumplir las leyes que la obligan a enviar tales dineros a una aseguradora quien es una tercera de buena fe.

5.3. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación manifestando que la actora hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, afiliándose válidamente a la AFP Horizonte en diciembre 1994, por lo que no se ejerció presión o

coacción alguna, toda vez que su decisión fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, incluso para el momento de su afiliación para el año 1994 contaba con 34 años y contaba solo con 731 semanas cotizadas al ISS conforme se probó a lo largo del proceso.

Adujó que la promotora del proceso se encontraba frente a una mera expectativa y en plena construcción de su derecho pensional, por lo cuál era inocuo haber presentado una proyección de su mesada pensional o un comparativo respecto a los dos regímenes de como sería su mesada pensional, toda vez que se desconocía si iba a continuar cotizando y cual sería su IBC.

Además, manifestó que aquella en ningún momento se acercó a la AFP a solicitar alguna información respecto de su derecho pensional, solo hasta cuando ya contaba con la edad de 56 años, oportunidad en la que solicitó el traslado de régimen pensional, cuando ya se encontraba dentro de la prohibición del artículo 2º de la ley 797 de 2003, en la cual se establece que no se podrá trasladar de régimen los afiliados cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a pensión.

Agregó que de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010 tenía la obligación de informarse adecuadamente respecto a las condiciones de su traslado pensional, máxime cuando la demandante realizó varios traslados transversales y que a pesar de manifestar en el interrogatorio de parte que no recuerda, no se pueden tomar dichas afirmaciones como la omisión de brindar la información por parte de las AFP. Finalmente, adujo que no procede la condena al reconocimiento de la pensión de la demandante, que se encuentra válidamente afiliada al RAIS ante la AFP Porvenir, y no se encuentra desafiliada al Sistema General de Pensiones, que la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, para que se efectúa dicho reconocimiento se debe acreditar previa desafiliación y posterior reclamación ante Colpensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que se demostró el derecho que tiene de trasladarse de régimen pensional regresando al RPM administrado hoy por Colpensiones y como consecuencia de este, a que la entidad administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, afilie y tenga únicamente como válida la afiliación que se realizara de manera primigenia al otrora ISS. Lo anterior, en consideración a que su afiliación y traslado del otrora ISS a la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente el traslado horizontal en el RAIS, realizado con destino a la AFP PROTECCIÓN S.A., para finalmente recalar de nuevo en la AFP PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada, fueron realizadas con vicios en el consentimiento, al no recibir una información clara, oportuna, completa y eficaz de las consecuencias que su afiliación y traslado podría traer a futuro sobre su derecho pensional.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional en noviembre de 1994, conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción, en su lugar su decisión de afiliarse a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA HOY PORVENIR SA, fue de manera libre, espontánea y voluntaria. Así mismo que para el año 2003 no solicitó al ISS el traslado al régimen de prima media, sin que en dicha oportunidad hubiera iniciado alguna acción para efectuar el retorno al régimen de prima media, sino hasta el 27 de junio de 2018 fecha en la cual presentó

la demanda, contaba con 58 años, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal, que se describe en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

6.3. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA.

Indicó que la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones; que el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM. Sostuvo que obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados.

Refirió que con la condena de primera instancia que ordena a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

6.4. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto 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 las 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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iv) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (v) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima; (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (viii) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones?; (ix) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (x) ¿Si la actora es beneficiaria del régimen de transición y si Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez?

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 a la afiliada 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Elsa Yolanda Carantón González se afilió a al otrora ISS desde el **1 de diciembre de 1979**, con cotizaciones al **30 de noviembre de 1994**, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 71 y 199); misma que el 3 de noviembre de 1994 firmó el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A. (fol. 19 y 160), con fecha de efectividad el 1 de diciembre de 1994 (fol. 161 anverso); que posteriormente el 31 de agosto de 2004 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Protección S.A., tal como aparece en el formulario de vinculación (exp. digital). Finalmente, retornó a la AFP Porvenir SA el 18 de septiembre del 2013 (fol. 160 anverso), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- 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 la afiliada 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 AFPs PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN SA 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 **Elsa Yolanda Carantón González** 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 siendo suficiente lo dicho por la actora en el interrogatorio de parte al señalar que no recordaba la información brindada en las asesorías por las AFP, menos tomarla como confesión, como acertadamente lo indicó la falladora de primera instancia, como quiera que la declaración de parte debe ser valorada de forma conjunta con el acervo probatorio allegado al cartapacio.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 aquí demandante 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 cada una de las AFP PRIVADAS las que debían brindar la información requerida al momento del traslado.

Finalmente, es necesario precisarle a Colpensiones, que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten

10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si aquella cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU-062 del 2010 o tener en cuenta el Decreto 3995 del 2008, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo y que la demandante no presentó alguna queja o reclamo a lo largo de su afiliación, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Elsa Yolanda Carantón González haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, la 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 información.

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 legítima 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 a la actora, 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 sana 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 de la afiliada 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 del RAIS se hubiese trasladado a diferentes AFP, ni el transcurso del tiempo, tienen 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, la afiliada 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.

Siendo claro conforme se ha explicado, que no era la demandante como lo pretende la apoderada de COLPENSIONES, quien debía buscar asesoría, sino que era obligación de la AFP privada haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

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 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por los apoderados de la AFPs PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes. Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Ahora, ante la evidente devaluación monetaria acertó la falladora de primera instancia al ordenar que los gastos de administración que fueron descontados de los aportes de la demandante se devuelvan a Colpensiones debidamente indexados

Es debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFPs PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente

de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Régimen de transición

Respecto al problema jurídico que consiste en determinar si Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez de la accionante en virtud del régimen de transición, debe indicarse que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la señora Yolanda Carantón González no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de dicha normatividad – 1º de abril de 1994- contaba con 34 años, al haber nacido el 31 de octubre de 1959, como da cuenta la copia de la cedula de ciudadanía, vista a folio 18 del expediente. Además, a dicha data tampoco contaba con 15 años de servicios, pues tan solo acreditaba un total de 732 semanas, equivalentes a 14.28 años.

Pensión de vejez Ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) edad

La demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 57 años el 31 de octubre de 2016, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 18 del expediente.

ii) semanas

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.973 semanas al 31 de mayo de 2018 de acuerdo con la historia laboral de la AFP Porvenir (fol. 22 y ss). Por tanto, acertó la Juez primigenia al señalar que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó la falladora de primera instancia. Finalmente, debe señalarse que la pensión de la actora debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. De las de primera instancia se confirman.

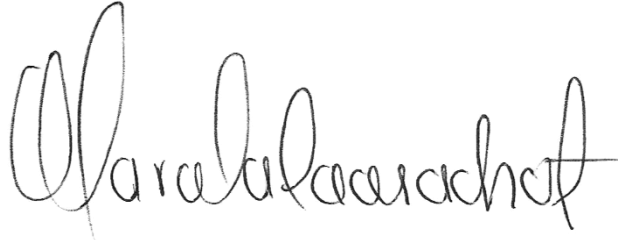
DECISIÓN

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 marzo del 2021, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

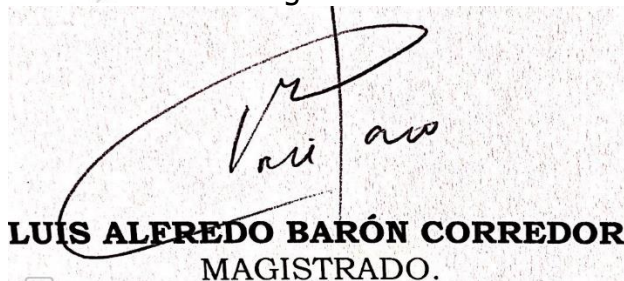
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de las demandadas. De las de primera, se confirman.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

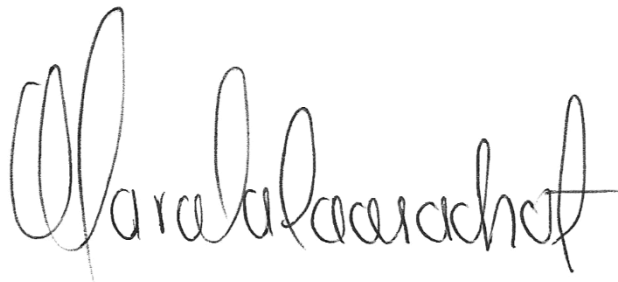


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en la suma de \$908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTÍN CAMILO FERREIRA CAMARGO
Demandado: BANCOLOMBIA S.A.
Radicado No.: 04-2019-00423-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE – CONFIRMA.

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

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. Martín Camilo Ferreira Camargo, instauró demanda ordinaria contra Bancolombia S.A., con el propósito de que se declare que la entidad demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin haber agotado el procedimiento convencional, legal y reglamentario y, además, sin que mediara justa causa para ello. En consecuencia, se dispusiera a su favor el reintegro al mismo, similar o mejor cargo que tenía al momento de su retiro, junto con el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás conceptos laborales dejados de percibir, legales y extralegales; perjuicios ocasionados en la modalidad y cuantía que se demuestre, todo ello de manera indexada.

Como pretensión subsidiaria solicitó que declarar que la encartada dio por terminado unilateral, sin justa causa y sin haberse agotado el procedimiento convencional, legal y reglamentario el contrato de trabajo y, por ende, se condene al reconocimiento y pago de la indemnización convencional o legal de manera indexada y perjuicios. En todo caso solicitó costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se suscribió el día 1 de agosto de 1996 un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de cajero, mismo que fue terminado por decisión unilateral el 19 de diciembre de 2018; relación laboral que estuvo regida por una Convención Colectiva de Trabajo de la cual adujo se beneficiaba, aunado a que al momento de la desvinculación su salario correspondía a \$2.664.398.

Dijo que el 19 de diciembre de 2018 la entidad le informó que debía presentarse a las 9 a.m. del día siguiente a una diligencia y estando en ella se le preguntó por unos hechos ocurridos el 17 de diciembre de 2018; de esa manera dio la versión sobre lo

sucedido acompañado de dos representantes de la organización sindical a la cual pertenecía.

Sostuvo que en dicha diligencia no se le garantizó el debido proceso en tanto que no se le informó con precisión para qué fue citado; tampoco le dieron a conocer las pruebas que existían en su contra; ni se le dio la oportunidad de pedir y practicar pruebas para desvirtuar las acusaciones enrostradas. Acotó que la pasiva no le realizó ningún despliegue de seguridad que permitiera concluir la intención, negligencia o incuria, ni se siguieron los parámetros establecidos en la convención colectiva para demostrar la verdadera existencia de los hechos que se le imputaron.

Insistió que la demandada no dio cumplimiento al debido proceso que debía seguir con el fin de terminar la relación laboral, afirmando que durante su vinculación nunca actuó con intención de perjudicar al empleador o de transgredir las normas establecidas, por lo que, en todo caso de aceptarse la existencia de los hechos imputados, estos no constituyen justa causa para despedirlo. (fls. 4 a 8).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la finalización del vínculo laboral obedeció a una justa causa, la cual se produjo con ocasión al grave incumplimiento del trabajador a las obligaciones contenidas en el artículo 62 del C.S.T., literal a, numeral 6, los artículos 55 y 58, numerales 1 y 5 del mismo texto normativo, en concordancia con los artículos 55 literales d, e h, i, artículo 60 numerales 1 y 11, artículo 67, literales c, d, y k del Reglamento Interno de Trabajo, así como con fundamento en el Código de Ética de la entidad.

Precisó que dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Colectiva de trabajo 2017-2020 celebrada entre Bancolombia SA y las organizaciones sindicales SINTRABANCOL y UNEB, toda vez que escuchó las explicaciones que el promotor del proceso consideró pertinentes sobre los hechos presentados el 17 de diciembre del 2018, en compañía de dos representantes de la organización sindical a la que se encontraba afiliado, quienes también intervinieron en la diligencia, supuestos estos a través de los cuales adujo que garantizó el debido proceso.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, falta de título y causa para reclamar su reintegro y de manera subsidiaria la indemnización del artículo 64 del C.S.T., buena fe, pago, prescripción, compensación, incompatibilidad del reintegro solicitado y genérica. (fls. 77 a 118).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de julio del 2020, en la que la falladora declaró la existencia de la relación laboral que ató a las partes desde el 1 de agosto de 1996 al 19 de diciembre de 2018, pero absolvió a la demandada de cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el actor, condenado en costas a aquel.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto centró su estudio a determinar si la terminación de la relación de trabajo obedeció o no a una justa causa por violación al debido proceso y si es viable ordenar el reintegro con sus consecuencias o la indemnización reclamada en forma subsidiaria. Con tal propósito sostuvo que no es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes, su modalidad contractual y los extremos temporales, en tanto que así fue aceptado por la pasiva, anotando que para la fecha de terminación su salario ascendía a \$2.664.398.

Sentando lo anterior indicó que la terminación unilateral del contrato con justa causa no puede equipararse a una sanción disciplinaria que se impone al trabajador, sino el ejercicio de una facultad que la ley concede al empleador que tiene una justa causa para despedir y en esa medida no está obligado a seguir trámite disciplinario, excepto cuando tal exigencia estuviere pactada en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo o el laudo arbitral.

Además, precisó que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, existe para cada una de las partes la respectiva carga probatoria, sosteniendo que debe partirse del supuesto que la demostración del despido le corresponde a la parte actora y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le compete a la demandada, en términos del artículo 167 del C.G.P.

Conforme a ello, coligió de las pruebas allegadas al proceso la exigencia de un trámite disciplinario previo a la terminación del contrato de trabajo, pues de ello se podía advertir de la cláusula 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, con vigencia de tres años, de la cual, según las partes, es beneficiario el demandante. En esa medida indicó que la intención de las partes en aquella normativa fue la de que los trabajadores se le respetará el debido proceso y la presunción de inocencia en el entendido de que debían ser oído antes de la aplicación de la decisión que da por terminado el contrato de trabajo, además, de ser asesorado por dos representantes del sindicato al que este afiliado; estipulación que acató el empleador al momento de la terminación del contrato de trabajo, por manera que no se vulneró la prerrogativa constitucional.

Por otro lado, sostuvo que en lo atinente a la justeza del despido esta se hallaba demostrada toda vez que existieron falencias relacionadas con el ejercicio y desarrollo de sus funciones en su calidad de cajero principal de la sucursal, situación que fue consciente el demandante desde el mismo momento de la diligencia de explicación y con anterioridad a esta, que repercutieron en la sustracción de \$50.000.000, los cuales tenía en su poder y custodia. (Cd a fl. 384)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación manifestando que de conformidad con el procedimiento establecido en el texto convencional resulta absurdo colegir que la intencionalidad de quienes lo suscribieron no fue la de respetar el debido proceso y presunción de inocencia, cuando claramente lo señalaba la preceptiva. En esa medida, indicó que la cláusula no podía ser comprendida con el solo hecho de escuchar al trabajador junto con dos representantes del sindicato, pues, la decisión que finalmente tome el empleador no puede reversarse.

Sostuvo que la intención de las partes a suscribir la cláusula convencional no fue otra que se garantizará el debido proceso, en tanto que así lo dijo un testigo quien participó en el proceso de negociación. De no ser así dicho entendimiento dijo que la cláusula convencional sería *“fútil, inane, sin ningún efecto útil, cosmética y decorativa”*, máxime cuando al trabajador lo citaron faltando 15 minutos para que se acabe la jornada del trabajo.

Infirió que, si bien fue citado a descargos, oportunidad en la que expusieron cada uno de los hechos, sin embargo, el video nunca le fue entregado, prueba sobre la cual baso su despido, por manera que tornándose ineficaz. Ahora, referente a la justeza del

despido anotó que el día de los hechos no se encontraba vigilante que custodiara el banco, a pesar de tener sobrecupo de clientes; tampoco se le indicó por parte del banco las medidas de seguridad que debía tomar para evitar el fraude; menos se le tuvo en cuenta que al actor se le exige prioridad en la atención al cliente, de ahí el infortunio. Indicó que el fraude bancario no ameritaba el despido, sino, una simple sanción disciplinaria, máxime cuando se trata de un trabajador intachable, quien prioriza a los clientes, víctima de una banda delincuencial. (Cd a fl. 384)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito refirió que no se le siguió el procedimiento establecido en la entidad demandada para materializar la garantía al debido proceso, de manera que debe la judicatura llenar de contenido a lo establecido en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la fecha del despido entendiendo que el debido proceso y la presunción de inocencia que allí se consagra se hacen efectivos a partir del cumplimiento puntual a un procedimiento preestablecido que se regula en el mismo estatuto colectivo.

Indicó que sobre tal aspecto se equivocó el A quo al reclamar la prueba sobre la existencia de ese procedimiento previo pues el mismo estaba en la misma Convención, acotando que no aceptar que ese trámite disciplinario debe aplicarse en la entidad demandada para adoptar la decisión de despido es restarle eficacia al mencionado artículo 26, norma pactada con la finalidad de garantizar un debido proceso al trabajador y no para cumplir una simple formalidad previa al despido, sin contenido ni fuerza para atajar la decisión unilateral tomada por el banco demandado.

De otro lado, precisó que no mereció pronunciamiento del juez de primera instancia el informe interno que realizó SERVICOL donde hace un detallado análisis de lo que sucedió. Señaló que la contundencia de la investigación permite ver sin asomo de duda que el trabajador fue engañado por bandas organizadas que actúan bajo avanzadas técnicas que no conocía el demandante por cuanto nunca fue capacitado para ello. Advirtió que otro hubiera sido el resultado si hubiera existido un guardia de vigilancia en la zona de los cajeros, asunto que tampoco mereció pronunciamiento por parte del juez a quo.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que acertó la a quo al absolver a mi defendida de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la actora, y que a la postre sustentan la presente solicitud encaminada a que esta H. Sala confirme de forma íntegra el 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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- (i) ¿El finiquito de la relación laboral devino sin la observancia al debido proceso que aduce está consagrado en el artículo 26 de la Convención Colectiva de trabajo 2017-2020?

- (ii) En caso de no resultar demostrado lo anterior, corresponderá determinar ¿La terminación del contrato de trabajo acaeció sin justa causa y en consecuencia tiene derecho al pago de la indemnización por despido injusto, así como los perjuicios reclamados?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo la juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco la labor de Cajero ejercida por el actor, ni que al momento del finiquito devengó la suma de \$2.664.398; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (folios 119 y 120); certificación laboral (folio 121 y 122) y liquidación final de prestaciones sociales (folios 143 y 144).

Debido proceso

Ahora bien, en virtud a que pretende se declare que la terminación del contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la pasiva deviene ineficaz o resulta nulo como quiera que fue finalizado de forma unilateral sin haberse garantizado el debido proceso, pues aduce la censura que no se le dio a conocer las pruebas que existía en su contra, tampoco la oportunidad de pedir y practicar medios probatorios para desvirtuar las acusaciones, ni se siguieron los parámetros establecidos para demostrar la verdadera existencia de los hechos que se le imputan, en los términos señalados en la convención colectiva de la que era beneficiario, ha de determinarse si para la decisión que tomó la empleadora, resultaba necesario agotar el trámite anotado en el texto normativo convocado.

Así entonces, se tiene que tal y como lo acepta la encartada al dar respuesta al hecho 5 de la demanda, entre el Banco y los sindicatos SINTRABANCOL y UNEB, se suscribió una convención colectiva de trabajo 2017-2020, misma que se encontraba vigente a la terminación del vínculo contractual del señor Ferrera Camargo, sin que hubiere sido esencia de la discusión si se encontraba o no beneficiado por la misma.

De la lectura a la citada convención colectiva, se observa que en su artículo 26°, se establece textualmente:

"ARTÍCULO 26°-DEBIDO PROCESO: Partiendo del principio constitucional del debido proceso y la presunción de inocencia, el empleado amparado por la convención colectiva de trabajo, inmerso en una presunta justa causa de despido, deberá ser oído antes de la aplicación de la decisión, asesorado, si lo considera pertinente, por dos representantes del sindicato al que esté afiliado, de los sindicatos titulares de esta convención"

De la cláusula anotada se encuentra que los suscribientes acordaron que el procedimiento para la aplicación del despido de un trabajador inmerso en una presunta justa causa es el ser oído antes de la aplicación de la decisión, con la asistencia de dos representantes del sindicato al que esté afiliado, si a bien lo considerare pertinente.

Bajo tal contexto, es claro de la redacción de la cláusula convencional que la voluntad de las partes no estuvo dirigida más allá de establecer otro trámite previo o a lo sumo un proceso disciplinario tendiente a la verificación de los hechos, presentación y traslado de pruebas, entre otras situaciones que expone el recurrente, que pudieran dar paso al rompimiento del contrato de trabajo, bastando únicamente para tal efecto

que el empleador de observancia al citado texto contractual si consideraba que se había incurrido una causal legal de terminación del laborío, esto es, escuchar al trabajador en compañía de dos representantes del sindicato al que estuviese afiliado.

Siendo ello así, pese al esfuerzo que hizo el demandante por atribuirle a la sentencia de primer grado un desacierto, es claro que la Convención Colectiva de Trabajo 2017-2020 previó una regla mínima de actuación para la determinación de dar por finalizado el finiquito bajo una justa causa legal, ello, con la finalidad de rodear de garantías al trabajador, pero, bajo las condiciones que se acordaron las partes, las cuales, de ninguna forma comportan violación al debido proceso.

Lo anterior si se tiene en cuenta que cuando el empleador dio aplicación a la citada cláusula 26° convencional, lo hizo con el lleno de requisitos, pues, así se avizora de forma detallada de los medios de convicción, mismos que reflejan que la convocada a juicio el día 18 de diciembre del 2018 lo citó a dar explicaciones referente a los hechos acontecidos el día anterior, misiva en la que se dejó por demás anotado *"Así mismo, en dicha reunión podrá estar asesorado, si lo considera pertinente, por dos representantes del sindicato al que esté afiliado."* Arribada a la fecha de diligencia, es claro que se escuchó al demandante, dejándose evidencia con la suscripción del "Acta de Explicaciones", no solo las razones y acotaciones del actor sobre las situaciones fácticas que se endilgaron, sino, la participación de Wilson Enrique Delgado Duarte y William Fernando Borray, dirigentes sindicales de la asociación Sintrabancol a la que pertenece el promotor del proceso.

Insiste la Sala que la demandada respetó el acuerdo del cual participó, consistente en escuchar al trabajador en la fecha previamente concertada, esto es, el 18 de diciembre del 2018, con la intervención de dos dirigentes sindicales, siendo el caso precisar, que está Corporación no puede dar alcance al proceso disciplinario señalado en el artículo 26° de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2017 y que hace alusión el documento allegado por la encartada y que es denominado "NORMAS VIGENTES PROVENIENTES DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS 1999-2001, 2001-2003, 2003-2005, 2005-2008, 2008-2011, 2011-2014, 2014-2017 SUSCRITA EN BANCOLOMBIA" (fls. 239-241), no solo por las razones indicadas por la Juez de primer grado y que comparte integralmente la Sala, toda vez que allí se regula el proceso disciplinario respecto de las sanciones que se puedan suscitar en vigencia de la relación laboral, sino, además porque es claro que el texto convencional 2014-2017 no se encuentra incorporado al proceso con las formalidades necesarias para ser valorada, esto es, con la constancia de depósito ante la autoridad del trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 el CST.

Frente a este último planteamiento, valga aclarar por este Tribunal, que la finalización del vínculo contractual con el demandante aduciendo una justa causa, ciertamente no tiene una naturaleza sancionatoria, máxime si se tiene en cuenta que esta consecuencia no fue señalada como sanción disciplinaria en el acuerdo convencional del cual era beneficiario el demandante ni en el reglamento interno de trabajo, que a propósito fue allegado al diligenciamiento en el que tampoco se avizora un procedimiento a seguir más allá de la regulación propia de la convención, que implicare el acatamiento por parte del otrora empleadora.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sendos pronunciamientos ha señalado que solo se le reconoce el carácter sancionatorio al despido laboral cuando, de manera excepcional, se haya establecido en cualquiera de

los instrumentos normativos que regulan las relaciones laborales. Así, en sentencia SL20778 de 2017, señaló que:

"(...) es necesario recordar (...) que esta Corporación tiene establecido que el despido no es en sí mismo una sanción disciplinaria que requiera de un determinado procedimiento previo, a menos de que el empleador así lo prevea o que las partes lo acuerden a través de la negociación colectiva. En la sentencia CSJ SL13691-2016, la Sala señaló al respecto:

"Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto."

De cara al aparte jurisprudencial, tampoco que se comparte por la Sala que a la citada cláusula 26 de la convención colectiva de trabajo 2017-2020 se le deba dar otro alcance o interpretación más allá de la intención de quienes la suscribieron, aun cuando alguna de las declaraciones vertidas al proceso indicó fehacientemente que el propósito del artículo citado era postular todo el trámite disciplinario que en otros textos convencionales se dejaron por sentado (convención colectiva de trabajo 2014-2017), pues, es evidente que tal aspecto no se planteó en la norma, además, porque es claro que el alcance de la disposición esta únicamente dado a quienes crearon las prerrogativas que les son aplicables en el marco del principio de autocomposición. Sobre tal aspecto, conviene traer a colación la sentencia SL304-2020:

"Como inequívocamente el problema planteado a la Corte se circunscribe a la apreciación o entendimiento de una cláusula convencional, en este caso la precedentemente citada, la Sala rememora que no es a esta Corporación a quien en principio le está asignada la función de desentrañar el verdadero sentido y alcance de una norma de carácter convencional, como quiera que a la convención colectiva de trabajo, las partes le dieron vida a través del principio de autocomposición, en el desarrollo del conflicto colectivo de trabajo, en tanto que ellas como actores principales de la contratación colectiva y de acuerdo con los intereses allí representados y concertados, son quienes conocen en verdad lo que finalmente constituye el contenido de un nuevo derecho, plasmado en las diferentes cláusulas convencionales, surgidas de la libre voluntad de los contratantes."

Propósito que, como se vio, se cumplió en tanto que el empleador escuchó las explicaciones al actor respecto de los hechos que se le atribuyeron, en compañía de dos dirigentes sindicales, de ahí que no resulta viable invalidar o anular la decisión unilateral del despido, pues se repite, ello no constituyó una vulneración a la prerrogativa constitucional, además, por cuanto no se trataba de una sanción disciplinaria, debiéndose en este preciso asunto absolver a la llamada a juicio de las pretensiones principales esbozadas en el líbelo introductor que perseguían la ineficacia del despido, su reintegro así como el pago de los emolumentos allí señalados, como bien lo apuntó la Juez de primer grado.

Así las cosas, en virtud de que se despacharon desfavorablemente las pretensiones que de carácter principal elevó la parte actora, corresponde entonces descender sobre las

subsidiarias, esto es, determinar si la finalización del vínculo contractual de forma unilateral por parte del empleador acaeció con justa e injusta causa.

Indemnización por despido sin justa causa.

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., aduce el apelante que la sentenciadora primigenia incurrió en un desatino al pasar por alto que el día de los hechos no se encontraba vigilante que custodiara el banco; tampoco se le indicó por parte del banco las medidas de seguridad que debía tomar para evitar la pérdida del dinero, máxime cuando ni siquiera se le tuvo en cuenta que se le exigió por parte de su empleador prioridad en la atención al cliente, lo que a partir de allí podía desestimar la justa causa que se le invocó en la terminación de su contrato de trabajo o a lo sumo concluir de ello que solo ameritaba una sanción disciplinaria.

Frente a esta petición, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se reiteró:

"Debe recordarse que, en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014."

Resaltando que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, "... *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*" (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así, a folios 25 a 26 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo al actor emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el artículo 62, literal a), numeral 6; artículos 55 y 58, numerales 1 y 5, en

concordancia con los artículos 55 literales d), e), h), i), artículo 60, numerales 1 y 11, artículo 67, todos ellos del CST; literales c), d), y k) del Reglamento Interno de Trabajo, así como con fundamento en el Código de Ética de la entidad. Decisión que obedeció a un presunto incumplimiento de las responsabilidades asignadas a su cargo como Cajero Principal de la sucursal Plaza Imperial.

Como se observa la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se fundamentaron en las explicaciones y justificaciones realizados por el trabajador conforme al artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, además, en los registros fílmicos del Banco, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle a la gestora del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa; para ello, es decir, con el fin de establecer si los hechos invocados ocurrieron, se examinará las pruebas aportadas al plenario:

A folio 19 del expediente obra citación del 18 de diciembre del 2018, a fin de oír sus explicaciones frente a la posible responsabilidad disciplinaria en los hechos acontecidos el día 17 del mismo mes y año, señalándose: *"Usted en el ejercicio de sus funciones como cajero principal de esta sucursal el día 17 de diciembre de 2018, siendo las 12:30 p.m. se retiró de su puesto de trabajo (caja principal) dejando la suma de \$70.000.000 en efectivo expuestos y sin la debida custodia, lo anterior adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que \$50.000.000 fueron hurtados por un tercero ocasionando una pérdida económica para el banco, luego del suceso se realiza un arqueo en su caja y se encuentra un faltante por valor de \$50.005.371."*

Con tal propósito, a folios 20 a 22 del cartapacio la pasiva aportó al plenario el acta de explicaciones, donde le fue indagado respecto de los hechos que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogado guardó silencio frente algunas preguntas, sin embargo, se transcribió textualmente la versión inicial que el trabajador dio a la solicitud que elevó su empleador, según la cual:

"(...) recibí de miguel Mateus caja cuatro \$70.000.000 antes de ingresar al área de caja, los cuales lo recontaría después de atender las operaciones en dólares pendientes, pues estos clientes ya llevaban esperando mucho tiempo esperando. Coloque el dinero en la parte trasera derecha de mi sitio de trabajo para ser recontados y luego ingresados en la bóveda, atendí las dos operaciones en dólares y me disponía a contar ese dinero cuando por mi lado izquierdo vi dentro de la oficina de la directora de servicio a un hombre de baja estatura, cabello un poco canoso, chaqueta como de pana o gamuza azul grisáceo, que al ver que lo observaba se acercó muy rápido a mi caja con mucha propiedad y certeza quien me dice más o menos "encontré una billetera de un cliente que la dejo olvidada, venga se la entregó, saludeme a Jose Ignacio" en ese momento y en aras de un buen servicio y casi siento que como manipulado me dirijo al puesto de la directora de servicios para recoger la billetera de color verdoso (...) la cual expuse a la cámara para dejar evidencia d su posible contenido. El hombre se retiró, yo regrese a mi caja y es cuando evidenció la falta de parte del dinero que tenía por el traslado, para ser recontada (...)"

Manifiesto que la oficina se encontraba muy llena, no había guarda de seguridad, había mucha aglomeración de gente sobre cajas, manifiesto haberme sentido manipulado en mi voluntad pues hay imágenes y momentos que han oído apareciendo respecto a los hechos que mi estado anímico y emocional y entorno familiar se encuentra muy afectado y destruido y recuerdo haber actuado en contra de mi voluntad ante los comentarios del hombre que se me acerca."

Al plenario se allegaron además las declaraciones de los señores Fabio Orlando Bosa Poveda (Líder de servicio) y José Ignacio Quintero Gutiérrez (compañero de trabajo del actor) testigos de la parte demandada. EL primero de los citados indicó que el actor fue despedido por un mal procedimiento que generó la pérdida de \$50.000.000, en tanto que omitió la custodia de los recursos, dejándolos expuestos, desbordando el cupo aprobado para el manejo de los dineros en la ventanilla. Explicó que el día 17 de diciembre del 2018 el demandante llevó los recursos a la bóveda de seguridad para ser custodiados, no obstante, volvió y los saco dejándolos expuestos, omitiendo que la prioridad debe estar en el manejo del dinero, por manera que no podía atender a ningún cliente. Anotó que los protocolos de seguridad están publicados en la INTRANEL, asegurando, que los mismos pueden ser observados en cualquier horario y desde cualquier computador. De igual, forma señaló que los celulares no se podían utilizar dentro de las instalaciones, cuyo uso únicamente es dado en los momentos de descanso. Refirió, además, que por seguridad de la información y de los recursos, siempre que se levante el cajero de su terminal de trabajo, debe quedar bloqueado el sistema y custodiado el efectivo, ya sea en la ventanilla o cofre con la dial borrado, en tanto que si no se hace puede haber fuga de información o realizarse transacciones de los clientes sin autorización a cualquier tipo de cuenta.

Por su parte, el señor Quintero Gutiérrez arguyó que, pese a que no se encontraba en la oficina, si recibió una llamada del actor manifestándole sobre aquel suceso, por manera que hizo saber en su declaración que el demandante tenía la obligación de custodiar el dinero, máxime cuando tiene un tope permitido en caja, debiéndose ingresar a la bóveda con todas las normas de seguridad o guardarlo en un cofre que tiene en su puesto de trabajo, en caso de que deba atender a un usuario. Reiteró sobre el uso indebido del celular dentro de las cajas, además, de las directrices de seguridad y custodia de dineros que Bancolombia informa periódicamente a los trabajadores, mismos que pueden ser observados en el sistema INTRANEL.

Ahora, también se escuchó en el diligenciamiento a los señores William Fernando Borray Posada (Asesor Comercial) y Wilson Enrique Delgado Duarte (cajero) y, testigos de la parte demandante. El primero de ellos indicó que en el manual de procesos se tiene documento que montos debe tener el cajero en el manual de procesos, mismo que se pone en conocimiento en la INTRANEL y está publicado en la WEB del banco, lo cual es responsabilidad del personal conocer el lineamiento para el desempeño de su función. Sostuvo que está permitido utilizar el celular siempre que no se esté en el área de caja, parte sobre la cual primeramente se guarda el dinero, previo a la atención del usuario, a pesar del que banco demanda prioridad al cliente.

Mientras que el segundo de aquellos manifestó que el demandante prestó sus servicios hasta el 19 de diciembre del 2018, ya que fue desvinculado con justa causa, al estar involucrado en un robo por valor de \$50.000.000. Afirmó que estuvo en la diligencia de explicaciones e hizo saber que según los lineamientos de seguridad del Banco está basado en que los cajeros deben custodiar los dineros en cofres como en bóveda, aclarando que existen circunstancias en las que no puede ejercer su custodia, como cuando un cliente trae en exceso dinero o cuando aquel se está atendiendo y un cajero auxiliar trae bastante dinero. Sin embargo, expuso que los cajeros son quienes deciden a que le dan prioridad en tratándose de operaciones con el cliente y el conteo del dinero que le son entregados.

De conformidad con el caudal probatorio, la Sala concluye que quedó suficientemente demostrado que se presentaron los hechos indicados en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que se acreditó que la conducta que se le imputó al demandante

con el objeto de fenecer el vínculo laboral con justa causa fue el incumplimiento respecto de las políticas de seguridad, que le correspondía realizar dentro del proceso de custodia de los dineros que le fueron entregados, situación que ocasionó la pérdida de aquellos, lo cual, fue corroborado por los testigos traídos en conjunto por las partes.

Además, lo anterior refleja sin equívocos que aquellas conductas se enmarcaron de una falta a sus obligaciones, ello en atención que tuvo responsabilidad en el manejo del dinero, no solo porque omitió su custodia, sino, además, porque es claro que no siguió los parámetros que tiene establecido el banco para efectos de contrarrestar los hurtos o bien la pérdida de información, debiéndose dejar claro que, como bien lo dijo la juez de primer grado, estas obligaciones prevalecen sobre la atención al cliente, ello, en razón a que los Lineamientos de Seguridad para Sucursales previsto por el Banco exigen al cajero *"siempre que se vayan a retirar de su puesto, los Cajeros deben cerrar con llave el billetero, de no poder hacerlo no debe quedar efectivo dentro de él, borrar y bloquear el dial digital o mecánico, guardar sellos, adhesivos, etc. Cada cajero responde por su puesto de trabajo y por el efectivo que se encuentre dentro del mismo"*; directrices que tenía conocimiento el actor, en tanto que así lo afirmó en su interrogatorio de parte, también porque todos los testigos lo apuntaron así.

A propósito de los cuestionamientos traídos a colación por la censura, es notoriamente intrascendental la existencia o no en la sucursal del guarda de seguridad, pues, como se vio era responsabilidad del demandante velar por la custodia de tales dineros, lo cual, de haberlo ejercido correctamente le hubiese permitido contrarrestar la pérdida de dinero, de ahí que mal podría afirmarse por el recurrente que ello sea un justificante de su omisión a sus deberes, máxime cuando no resulta lógico que estando ocupado hasta el límite la sucursal, el trabajador no tomará las precauciones debidas para evitar la pérdida del dinero, cuyo lineamientos de seguridad conocía.

Por todo lo dicho, no es desacertada las inferencias a las que llegó la A quo, al desestimar la falta de responsabilidad sobre las situaciones que dio lugar a la pérdida económica para el banco, pues su custodia, que sí le competía la demandante, se hacía por la misma naturaleza de su cargo, de ahí que por disposición del empleador se tuvieran unos lineamientos de seguridad que debían acogerse íntegramente por el extrabajador, todo lo cual lo omitió el 17 de diciembre del 2018, fecha en la que corrieron los hechos, entre tanto así lo apuntó las testimoniales vertidas al proceso, declaraciones que se corroboran con las documentales llegadas al proceso, particularmente del "INFORME INTERNO" realizado por Sevicol, mismo que sin lugar a dubitaciones llegó a la siguiente conclusión:

"Muy a pesar de que el funcionario de caja haya sido víctima de hurto bajo engaño sus malas prácticas facilitaron que se diera el ilícito lo cual evidencia una clara omisión a sus funciones y compromete así la seguridad de la sucursal como los activos que se manejan en caja por lo cual el suscrito hace un llamado de atención y recomendación a quien corresponda para que este tipo de siniestros puedan ser evitados en ocasiones futuras."

Documental que deja claro la omisión en sus responsabilidades, pues se soportó en el registro fílmico, descartando de plano el argumento de la apelación del trabajador.

Echas tales precisiones, se colige que las conductas endilgadas al trabajador hoy demandante por parte de su otrora empleadora en la carta de terminación del contrato de trabajo con fundamento en en el artículo 62, literal a), numeral 6; artículos 55 y 58, numerales 1 y 5, en concordancia con los artículos 55 literales d), e), h), i), artículo 60, numerales 1 y 11, artículo 67, todos ellos del CST; literales c), d), y k) del Reglamento Interno de Trabajo, así como con fundamento en el Código de Ética de la entidad,

estén plenamente probadas, por lo que es factible concluir, sin atisbo de duda alguna, que aquel fue despedido con justa causa.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que el señor MARTÍN CAMILO FERREIRA CAMARGO no le asiste el derecho a la indemnización pretendida, pues no se demostró que su despido fue injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, en esa medida se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado, misma que absolvió a la demandada respecto a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra por la parte actora. Sin costas en esta instancia.

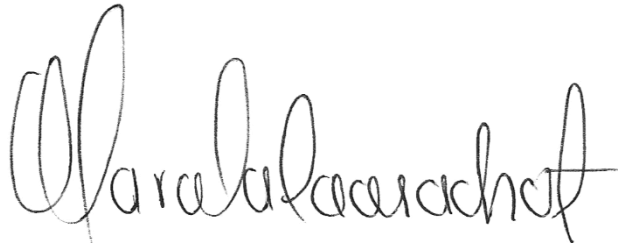
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio del 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

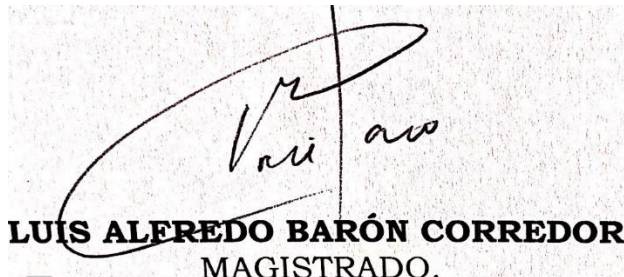
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: DORA ALICIA GÓMEZ
Demandado: ASTRID AMAYA GÁMEZ
Radicado No.: 36-2018-00504-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA – REVOCA PARCIALMENTE.

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

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. Dora Alicia Gómez instauró demanda ordinaria contra Astrid Amaya Gámez, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal que se ejecutó entre el 6 de enero del 2015 al 12 de febrero del 2018 y, como consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses, primas de servicio, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes a pensión, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratada por la demandada el día 6 de enero del 2015, para desempeñar el cargo de mesera, mismo que término el día 12 de febrero del 2018. Indicó que el salario devengado fue para el año 2015 la suma de \$1.000.000; para el año 2016 el equivalente a \$1.170.000 y en lo que respecta al año 2017, la suma de \$1.220.000. Agregó que su empleador no consignó las cesantías de los años 2015, 2016 y 2017, tampoco realizó los aportes a pensión, ni canceló al momento del despido sin justa causa las prestaciones sociales por el tiempo laborado. (fls. 2 a 4).

2. Contestaciones de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta. En lo que respecta a las situaciones fácticas expuestas indicó que nunca existió ningún tipo de contrato entre las partes, en tanto que la actora iba al restaurante por lapsos de tiempo cuando en algún momento se requería de su ayuda y que por tal gestión le otorgaba dinero a título de bonificación.

Señaló ser ciertos los extremos temporales de la relación, pero en relación con el salario indicó que en el año 2015 le canceló una bonificación variable y para los años restantes el salario mínimo legal mensual vigente, acotando que para el 1 de marzo del 2016

tuvo la necesidad de requerir los servicios de la demandante por tiempo completo, para ello contrató a la empresa Servicios y Soluciones Outsourcing Colombia SAS, empresa de tercerización empresarial, con el fin de que prestará sus servicios como administrador de nómina y demás actividades del departamento de talento humano, por lo tanto, adujo que la relación laboral de la actora fue con la citada sociedad. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y mala fe. (fol. 37 a 40)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero del 2020, en el que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 6 de enero del 2015 al 12 de febrero de 2018 y, en consecuencia, condenó a la encartada al pago de prestaciones sociales y vacaciones, cálculo actuarial por el tiempo que la promotora de la litis estuvo afiliada al sistema de seguridad en pensiones por cuenta de la empleadora, esto es del 6 de enero del 2015 al 28 de febrero del 2016 y costas del proceso. (CD fol. 171)

Para arribar a tal decisiva señaló que la encartada aceptó la prestación de servicios de la actora en su favor para el año 2015, sin embargo, lo hacía esporádicamente a partir de aquella data y que solo a partir del 1 de marzo del siguiente año se hizo constante; además que admitió que la labor cumplía fue la de mesera hasta el 12 de febrero del 2018, con una remuneración desde el comienzo equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, pero, señalando que se contrató por intermedio de una outsourcing.

Así las cosas, luego de citar el contenido de los artículos 23 y 24 del CST, así como al precedente jurisprudencial de las Altas Corporación, sostuvo que en contra de la demandada se impuso confesión ficta, es decir, tener por ciertos los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del libelo introductor, además, que si bien fueron allegados los contratos suscritos entre la demandada y el outsourcing lo que le daría a entender una contratación bajo la figura de una empresa de servicios temporales, esta forma de convenio no cumplía con las exigencias previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en tanto que no se trató de laborales ocasionales o transitorias, lo que daría lugar a declarar la existencia de la relación laboral con la aquí demandada y el consecuente pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente y como quiera que no hubo constancia de su pago.

En lo hace a la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de cesantías adujo que debía analizarse la existencia de buena fe del actuar de la encartada, en esa medida sostuvo que no podía avalarse el acuerdo que llegaron las partes tiende a que dentro del salario iban incluidas las prestaciones sociales, sin embargo, ello es indicativo de buena fe ya que la misma demandante aceptó que fue intención de su empleador fue la de remediar el no pago de prestaciones sociales, a través de pagos quincenales, propósito que no fue aceptado por la trabajadora.

Indicó que debía tenerse en cuenta que se trataba de una persona natural, quien no tenía un área de talento humano, ni instalaciones propias, además, procuró por el pago de sus aportes al sistema de seguridad social a favor de la actora, pese a que fue a través de un tercero. En ese sentido, coligió que su empleadora no tenía ánimo de defraudarla, máxime que cubrió el porcentaje de sus aportes pensionales, por lo que dispuso despachar desfavorablemente la condena. (CD fol. 171)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación argumentando que se encuentra probada la existencia de mala fe de la empleadora, en tanto que desde la época en que se le citó al Ministerio de Trabajo a la fecha no habido el pago de las prestaciones sociales ni siquiera a través de título judicial. Refirió que la encartada pese a que se trataba de un establecimiento de comercio, si tuvo los recursos para asesorarse de una empresa Outsourcing, adquiriendo el servicio de seguridad social. Indicó que la demandada negó en su contestación la existencia de la relación laboral, lo cual, deja en evidencia su mala fe, además, por cuanto en esta oportunidad contó con el debido asesoramiento del abogado, para que tomara la decisión de cancelar las prestaciones sociales adeudas.

Ahora, en lo que hace al pago de los aportes pensionales, indicó que no se aporta en su totalidad las planillas en las que se evidencie la cancelación de la cotización por todo el tiempo laborado. Por último, sostuvo que en la liquidación de prestaciones sociales que efectuó la juez primigenia no se tuvo en cuenta el subsidio de transporte. (CD fol. 171)

4.1. Recurso de apelación demandada. Inconforme con la decisión presentó recurso de apelación señalando que con la confesión ficta impuesta no es suficiente para demostrar el extremo inicial de la relación laboral condenada, máxime cuando no debía ser impuesta en tanto que se probó la incapacidad laboral otorgada. Refirió que debían tenerse en cuenta las planillas de aportes, mismas en la que se reflejaba que la relación laboral si fue interrumpida, acotando que la carga de la prueba para la prestación del servicio de forma continua e ininterrumpida es del trabajador; lo cual influiría en que la relación laboral no está acreditada desde el 6 de enero del 2015, sino, desde marzo del 2016, que impediría la condena del cálculo actuarial.

5. Alegatos parte demandada. En su escrito indicó que de acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, corroborado por la demandada, las partes de la relación laboral acordaron, a solicitud de la trabajadora, que a la trabajadora se le liquidara diariamente el valor de su contrato laboral, es decir, que no estamos hablando del pago de salario integral toda vez que esa nunca fue la intención de las partes, de lo que hablamos es de una relación laboral que se acordaba cada día y se liquidaba, lo cual no es un salario integral y no está prohibido en la norma laboral.

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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó la juez de primer grado al tomar como extremo inicial de la relación laboral el día 6 de enero del 2015 y no colegir que aquel debía ser el 1 de marzo del 2016, fecha en la que se aceptó por la encartada, lo que daría lugar a absolver de los aportes pensionales reclamados por la actora?
- ✓ ¿Erró la juez de primer grado al liquidar las prestaciones sociales en tanto que no tuvo en cuenta el auxilio de transporte para tal fin?
- ✓ ¿Hay lugar al pago de los aportes pensionales por todo el tiempo laborado?

- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó la Juez de primer grado, para absolver del pago de las indemnizaciones moratorias de que trata los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, al colegir que existía buena fe de la empleadora para abstenerse del pago de las prestaciones sociales cuando no existía?

Extremo inicial

Con el propósito de desatar los problemas jurídicos que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y el extremo final, ni la labor de mesera del establecimiento de comercio de propiedad de la encartada que desempeñó la actora, tampoco el salario que devengó en vigencia del nexo contractual que las unió, en tanto que los citados hechos no fueron recurridos por las partes.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar el extremo inicial de la relación laboral que ató a las partes, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, cumple recordar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado. En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Precisión que resulta pertinente con el fin de significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor de la trabajadora se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, porque en base en esos supuestos de hecho es que se entrara a determinar si hay lugar o no a las acreencias laborales que reclama la actora. En ese sentido, pese a que en este asunto se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, pues tales situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, como se anotó en precedencia, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre eso, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor.

Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime a la trabajadora de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, pues se reitera, es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"

En virtud de lo anotado, evidencia la Sala en el presente asunto que sobre la enjuiciada recayó declaración de confeso, por su inasistencia injustificada a la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, CD de audiencia de 5 de agosto del 2019, folio 49, consecuencia procesal respecto de la cual se dan los presupuestos necesarios para aplicarla, ya que, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras, en la sentencia SL676-2021, ante la ausencia sin justificación de quien debe acudir a la audiencia obligatoria de conciliación o a absolver interrogatorio de parte, se requiere que el juez relacione en forma determinada las circunstancias fácticas que se tendrán como ciertas, lo cual sucedió en el *examine*.

Así, se presumieron ciertos los hechos de la demanda susceptibles de ser demostrados a través de este medio, entre otros: que la libelista prestó sus servicios laborales a la accionada, en forma personal del 6 de enero del 2015 al 12 de febrero del 2018, en el cargo de Mesera; que la relación se rigió por contrato a término indefinido, que no le ha cancelaron las prestaciones sociales reclamadas y aportes pensionales.

Y es que, de manera indiscutida, la confesión ficta por tratarse de una confesión legal admite prueba en contrario, entonces, si con los medios de convicción allegados al proceso el juzgador encuentra una conclusión contraria a la que fuere objeto de tal consecuencia, con arreglo al artículo 61 del CPTSS, sobre libre formación del convencimiento, puede apartarse de ella, siendo perfectamente válida su decisión. Por manera que corresponde a la parte afectada con la reseñada confesión, desvirtuar los hechos que se tuvieron por demostrados, de no hacerlo, necesariamente tendrá esa consecuencia desfavorable.

Bajo este entendimiento y como quiera que le correspondía a la demandada Astrid Amaya Gámez desvirtuar la presunción que sobre ella recayó por su conducta contumaz en la audiencia de conciliación, y no lo hizo, necesariamente quedó vigente la consecuencia impuesta, con mayor razón, cuando en el plenario no existe medio probatorio alguno que pueda respaldar una conclusión contraria a la presumida.

Ello es así, porque en nada descarta la presunción con las planillas de aportes al sistema de seguridad social que fueron allegadas al plenario, cuando la misma demandada confesó en su declaración que no le realizó aportes bajo el supuesto de que la señora Dora Alicia Gómez fue esporádicamente a prestar sus servicios personales; haciendo

notar que tampoco hubo confesión de la demandante cuando esta absolvió interrogatorio de parte, de ahí el desacierto de la apelación de la encartada.

En esas condiciones, se sigue confirmar la decisión que sobre tal aspecto tomó la juez de primer grado, misma que determinó que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal e indefinido, vigente del 6 de enero del 2015 al 12 de febrero de 2018.

Atendiendo los supuestos fácticos destacados en precedencia, procede la Corporación al estudio de la liquidación de prestaciones sociales, pues aduce la parte actora que la Juez de primer grado se equivocó en su liquidación. Sobre tal aspecto, ninguna consideración efectuará la Sala como quiera que además de no contar con ningún supuesto fáctico en la demanda que lo sustente ni tampoco haberse siquiera relatado el por qué resulta beneficiario del auxilio de transporte, no fue objeto de discusión el interior del plenario, aunado a que no se encuentra acreditado que del mismo se halla beneficiado la actora.

Es del caso precisar que, si bien es cierto no existe dentro de los autos prueba respecto del pago por concepto de prestaciones sociales, teniéndose claro su reconocimiento por todo el tiempo laborado, las cuales, deben ser liquidados con el salario determinado por la A quo para cada periodo, no es posible como pretende el recurrente que se incluya dentro de su base de liquidación el auxilio de transporte, en tanto que para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

En esa medida y como quiera que el recurso de apelación la controversia que se plantea debe estar en consonancia con la esbozada en el libelo demandatorio, sin que en la alzada pueda servir de mecanismo alternativo para corregir la omisión de la parte actora, tal como lo pretende la recurrente, es dable mantener incólume la decisión de primer grado en lo que atañe a las sumas por concepto de prestaciones sociales que se halló.

Indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST y sanción por la no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En lo atinente a este reproche 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, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en

cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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 actuó 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 objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, en tanto que no es suficiente con argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes al haberse pactado como forma de remuneración la suma por ellas indicadas, se incluía las prestaciones sociales, cuando es evidente que tal aspecto solo denota su mala fe, pues, con ello pretendió desconocer el mínimo de derechos y garantías que no solo están previstas en la Ley, sino en la misma Constitucional Política, aún con avenencia de la parte actora.

Más aun cuando los mismos medios de persuasión daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la tercerización, pues, así lo hizo saber en la contestación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, de forma continua e ininterrumpida, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló la actora a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de aquella, sin que de manera alguna fungiera como usuaria, por lo que mal haría esta Sala enervar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

De esta manera, al quedar suficientemente acreditado que la demandada pretendió evadir la aplicación de la ley laboral, lo cual privó a la demandante la posibilidad de acceder a los derechos, garantías y beneficios que la Ley sustantiva del trabajo ofrece, las cuales tienen el carácter de irrenunciabilidad, que por demás está en decir que, contrario a lo dicho por la Juez de primer grado, las sanciones moratorias no están condicionadas a si la empleadora es o no persona natural o jurídica, pues, resulta imperativo recordar que su procedencia está atada al no pago de prestaciones sociales; forzoso resulta para la Sala revocar sobre este aspecto la decisoria del Juez primigenio y, por ende, entrar a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 6 acta de reparto del 8 de agosto del 2018), en consecuencia, le corresponde la suma de \$26.041 a partir del 13 de febrero del 2018 hasta que se efectuó el pago total de las acreencias adeudadas. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral la señora Dora Alicia Gómez devengaba un salario mínimo mensual vigente.

- Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la CSJ ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, *"que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de*

cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral”

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$16.140.989,53.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2015	\$ 644.350,00	15/02/2016	31/12/2016	\$ 121.029,56	316	\$ 6.787.153,33
2015	\$ 689.455,00	1/01/2017	14/02/2017	\$ 121.029,56	45	\$ 1.034.182,50
2016	\$ 689.455,00	15/02/2017	31/12/2017	\$ 121.029,56	316	\$ 7.262.259,33
2016	\$ 737.717,00	1/01/2018	12/02/2018	\$ 121.029,56	43	\$ 1.057.394,37
Total						\$ 16.140.989,53

Pagos de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones.

En lo que hace este reproche, la demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda lo siguiente:

"APORTES A PENSIÓN del 6 de enero del 2015 al 12 de febrero del 2018."

La falladora de primer grado condenó a la demandada a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo que la promotora de la litis no estuvo afiliada al sistema de seguridad social en pensiones por cuenta de la empleadora, esto es, del 6 de enero del 2015 al 28 de febrero del 2016.

La inconformidad del extremo activo radica que existe periodos de cotizaciones a partir del 1 de marzo del 2016 que no fueron cancelados, pues, no obra prueba de su pago. Sin embargo, contrario a ello, revisadas las planillas de pago PILA si obra el pago de los aportes extrañados por la actora, con la cual se puede establecer que efectivamente fueron realizados, así como el periodo de cotización y el ingreso base de cotización razón por la cual se mantendrá incólume la decisión del Juez primigenia.

Costas a cargo de la demandada.

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 4º de la sentencia proferida el 12 de febrero del 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para condenar a la demandada **ASTRID AMAYA GÁMEZ** a pagar a favor de la actora los siguientes valores:

- a) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la suma diaria de **\$26.041** a partir del 13 de febrero del 2018 hasta que se efectuó el pago total de las prestaciones adeudadas.

- b) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$16.140.989,53.**

SEGUNDO: MANTENER INCÓLUME en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

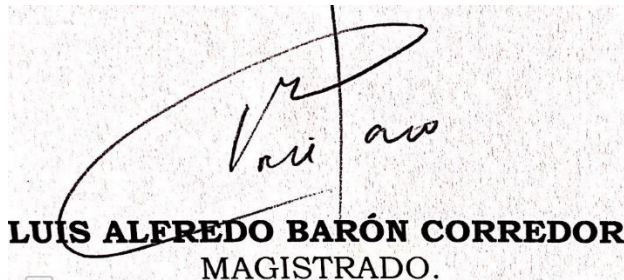
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JESUS EUDORO PINILLA TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A..
RADICACIÓN: 110013105-012-2019-00372-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a las Drs. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas en legal forma, como apoderadas sustitutas de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JESÚS EUDORO PINILLA TORRES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional, y como consecuencia, solicita su regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones, el traslado de las cotizaciones, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 48 a 66).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el día 20 de junio de 1958; que empezó a cotizar al ISS en el mes de agosto de 1995; que acredita 1.546 semanas en toda su vida laboral hasta la presentación de la demanda; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 14 de marzo del 2000, fecha en la cual la ejecutiva de ventas de la AFP, señora DELSY LASCARRO le manifestó que tendría mejores garantías y rentabilidad en su mesada pensional; que la asesora no le informó sobre el régimen de transición; que el 26 de abril de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. el traslado de régimen, pero le fue negado a través de oficio No 0100222097485000 por no cumplir los requisitos legales; que el 26 de abril de 2019 elevó solicitud ante COLPENSIONES; que en la simulación pensional otorgada por PORVENIR S.A. se le informa que a los 63 años su pensión ascendería a \$828.166, sin tener en consideración que su IBL es de \$3.976.265.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (fol. 71); 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 incoadas en su contra, señalando que el demandante gozaba de plena autonomía para realizar el cambio de régimen y por tanto el formulario que suscribió fue de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo que es válida la afiliación a la AFP; que no se probó algún vicio del consentimiento en la afiliación; que es la AFP quien está llamada a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante; que no es posible efectuar el traslado al RPMPD teniendo en cuenta que está próximo a cumplir el requisito de la edad. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (fol. 72 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, solicitando se absuelva de todas y cada una, bajo el argumento de que el demandante no allegó prueba sumaria para proceder con la nulidad de la afiliación; que no se puede pretender imponer una carga adicional en el suministro de la información, para la fecha del traslado que no estaban a su cargo; que la afiliación que realizó el demandante es válida ya que se efectuó con la debida información exigible para ese momento, y finalmente que no existe fundamento de las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe. (Fol 110 a 133)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de marzo de 2021, en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado en sentido estricto que realizó el señor Jesús Eudoro Pinilla Torres con la AFP PORVENIR S.A el 14 de marzo del año 2000; condenó a PORVENIR S.A a la devolución de saldos, aportes y rendimientos del demandante con destino a Colpensiones; Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante y a recibir los montos del numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; declaró como no probadas las excepciones formuladas por Porvenir S.A y Colpensiones. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

La decisión del Juez se basó en la postura de la CSJ y sentencia SL 1688 de 2019, con la cual manifestó que, desde la creación de las AFP estas tienen el deber de dar información al usuario sobre el sistema pensional, que se debe tener en cuenta el momento histórico en el que se hizo la afiliación teniendo en cuenta que el deber de información ha sido dinámico a lo largo del tiempo y que la sola firma en el formulario no es suficiente para que se considere un consentimiento informado, Así mismo, considera que la carga de la prueba recae sobre la AFP, independiente si es beneficiario del régimen de transición o no, si este tiene un derecho consolidado o no, o si este está a un periodo cerca de pensionarse o no.

Sostuvo que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, insiste en que esta circunstancia no es determinante para declarar la ineficacia del traslado; que la AFP no cumplió con el requisito cualitativo del que hace mención la sentencia SL 1452 de 2019, correspondiente a la ilustración de las características, efectos, requisitos y demás aspectos de cada uno de los regímenes pensionales, y que al ser un producto financiero también estos están sujetos al Decreto 363 de 1993 en su artículo 97. Que en el sub examine no se cumple por parte de la AFP la obligación de brindar información frente a las operaciones que estas realizan, y así mismo no se

demuestra la condición de neutralidad e imparcialidad que implica los elementos claros y objetivos para hacer la escogencia de régimen.

6. Impugnación y límites del ad quem - Recurso de apelación

COLPENSIONES: Interpuso recurso parcial de apelación frente a la condena de devolución de las cotizaciones y rendimientos, por lo que solicita se adicionen los gastos de administración de conformidad con la sentencia SL3464 del 2019 y la SL 1688 de 2019, las cuales explicaron las consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia o nulidad, además se debe tener en cuenta que la consecuencia jurídica es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, y en ese sentido, sostiene la recurrente que la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

7. Alegatos de conclusión:

Porvenir S.A.: Solicita que se mantenga la no imposición de condena por gastos de administración que hizo el juez de instancia, pues los gastos de administración y el seguro previsional resultan improcedentes hacer su devolución tal como lo viene sosteniendo la Superintendencia Financiera en sus conceptos, además que tales descuentos se hacen por mandato legal y en el caso de las comisiones no se encuentran en poder de la AFP, y el actor estuvo cubierto para las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Colpensiones: Manifiesta que debe revocarse la sentencia de primera instancia, ya que obra prueba suficiente de que se brindó información, y que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria; que la demandante gozaba de capacidad legal para suscribir el formulario de afiliación; que se encuentra en la prohibición legal para retornar al RPM, tal como lo señala la sentencia SU062 de 2010.

Demandante: Peticiona que se confirme en todas y cada una de las partes la sentencia de primera instancia, ya que se aviene al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de la cual extracta varias providencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesta por la apoderada de 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 la misma entidad 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 el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que las AFP PRIVADAS hubieran omitido su deber de información al momento en que el accionante 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 del demandante?; y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia y la consecuente devolución de gastos de administración prescribe?

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 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene incólume actualmente entre otras en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Jesús Eudoro Pinilla Torres venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 27 de octubre de 1988, con cotizaciones hasta el 30 de abril del año 2000, aclarando que si bien en la historia laboral se reporta cotizaciones hasta el 31 de octubre de 2002, las mismas se encuentran en "0.00", por la simple razón de que efectuó el traslado a PORVENIR S.A. el 14 de marzo del 2000 (Fol. 142), con efectividad a partir del 01 de mayo del año 2000 (Fol. 134).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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 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 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 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos

para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, acierta el recurrente, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, pues ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Teniendo en cuenta que en la parte resolutoria del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado.

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 la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Colofón de lo expuesto, no queda otro camino para la Sala que impartir confirmación respecto de la ineficacia del traslado, adicionando lo relativo a la devolución integral de las aportaciones, de conformidad con lo ampliamente expuesto con anterioridad.

COSTAS

En segunda instancia sin costas, ya que prosperó parcialmente el recurso impetrado por COLPENSIONES. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 al numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de marzo del 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. que además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **los gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

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: MIGUEL FEDERICO ACOSTA SANTODOMINGO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.- AFP PORVENIR S.A Y AFP COLFONDOS.
RADICACIÓN: 1100131050-28-2020-00035-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A Y COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFIENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MIGUEL FEDERICO ACOSTA SANTODOMINGO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A, AFP PORVENIR S.A y AFP COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de traslado efectuado por el demandante con la AFP COLFONDOS S.A., lo que implica dejar sin efectos las afiliaciones a la AFP ING S.A hoy PROTECCION S.A, COLMENA, e ING hoy PROTECCIÓN S.A.; que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga al demandante entre sus afiliados al RPMPD; que se haga un regreso automático con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, bono pensional y lo que hubiere obtenido. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1y s.s. expediente digitalizado /demanda).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 18 de diciembre de 1954; que a mediados de 1995 se trasladó de régimen con la AFP Colfondos S.A; que a finales de 1995 se trasladó a ING S.A hoy Protección S.A; que a inicios de 1997 se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; que a mediados del año 2000 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A.; que a mediados del 2002 se pasó a COLFONDOS S.A.; que a finales del año 2007 se trasladó a PORVENIR S.A. donde se encuentra actualmente; que son las demandadas quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de información; que la AFP Provenir S.A realizó una simulación bajo la modalidad de retiro programado, correspondiéndole una pensión de un salario mínimo; que Colpensiones realizó una simulación donde este tendría una mesada pensional por un valor de \$3.202.567; que para el 2023 el demandante tendría

un total de 1305 semanas cotizadas y finalmente indicó que se hizo el agotamiento de la vía administrativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 38 y 39); 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 señalando que la acción instaurada no tiene origen en la falta de información sino en la inconformidad del demandante frente a la mesada pensional; que su actuar afecta, vulnera y sobrecarga el RPMPD; que existe una ratificación tácita de su afiliación; que es el demandante quien tiene el deber legal de estar pendiente de su status pensional; que se encuentra frente a la prohibición de los 10 años o menos, y que la acción interpuesta es con el fin de obtener beneficios económicos por lo que el art 48 de la constitución es claro al decir que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a los previstos. Propuso como excepciones de mérito las de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección a la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (fol.1 y ss expediente digitalizado contestación).

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 la afiliación que realizó el demandante con Horizonte en el año 2007 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada y que en consecuencia este debe presumirse auténtico; que no es procedente declarar la ineficacia del art 271 de la ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que esta se aplica cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social, es decir actuaciones dolosas que no se alegan ni se acreditan, y que no es posible declarar la nulidad ni la ineficacia ya que el demandante realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 24 años sin mostrar ninguna inconformidad. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fol.1 y ss expediente digitalizado contestación).

5. Contestación de la AFP PROTECCION S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el acto realizado es válido y exento de cualquier vicio del consentimiento; que dicho acto fue libre y espontánea y en consecuencia se solemnizó la afiliación del demandante; que el formulario suscrito es completamente válido y que de este nacieron obligaciones para ambas partes, y además que se encuentra inmerso en la prohibición de los 10 años. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Fol. 1 y ss, expediente digitalizado contestación)

6. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda sin oposición a las pretensiones señalando que esta solo cuenta con los aportes a pensión

obligatoria y sus respectivos rendimientos teniendo en cuenta que para la fecha no existían valores adicionales por conceptos de bonos pensionales y en consecuencia sería materialmente imposible trasladar sumas que son inexistentes; que mientras que Colpensiones no apruebe el traslado no puede proceder a hacer la devolución de esas sumas y en consecuencia solo presentó oposición a la condena en costas señalando que este depende de la prosperidad de la pretensiones que se presentaron en su contra.(Fol. 1 y ss, expediente digitalizado contestación)

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de abril de 2021 (Fols. 70 a 71 con Cd de audiencia), en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A y en consecuencia declarar válida la del RPMPD administrado por Colpensiones; Condenó a PORVENIR S.A para que trasladara 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 de ahorro individual de Miguel Federico Acosta Santodomingo a Colpensiones; Condenó a Colpensiones para que active la afiliación del demandante al RPMPD y proceda a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones. Finalmente condenó en costas a las demandadas Colpensiones, Protección SA y Porvenir S.A., con excepción de Colfondos S.A al no oponerse a las pretensiones de la demanda.

La juez tuvo como fundamento las sentencias expedidas por la CSJ en su sala laboral como la SL 3464, 1689, 4360, 1452, 1688 del año 2019 adicionalmente la SL 4875 de 2020 y 687 de 2021 para motivar su fallo referente a que la AFP Protección no logró probar que le brindó información suficiente al demandante sobre las consecuencias de su decisión por lo que en consideración de la falladora este no cumplió su deber de información, así mismo, considera que no cumple con los requisitos jurisprudenciales para que se considere que la AFP brindó información suficiente al momento del traslado; que en consecuencia no se debe exigir al demandante que demuestre los vicios del consentimiento, puesto que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP; que las consecuencias prácticas de la nulidad e ineficacia son idénticas bajo el entendido que estas son para retrotraer al estado anterior en que estuviese la persona que invoca la acción; que la firma del formulario no es suficiente y de este no se puede inferir que se le haya dado la información con sus respectivas ventajas y desventajas; que la ineficacia se declara independientemente si es beneficiario o no del régimen de transición, ya que lo que se examina es el cumplimiento del deber de información; que este deber se debe juzgar al momento del traslado y no con posterioridad, y finalmente que el concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020 no es idóneo para demostrar el cumplimiento del deber de información, ya que este es una consulta de carácter general y en ese entendido no se puede tener como obligatorio.

8. Impugnación y límites del ad quem.

8.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A: Interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia argumentando que no le era obligatorio a su representada, pues en la Circular 19 de 1998 tenía como única exigencia para que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado de régimen la expresión de voluntad del afiliado a través del diligenciamiento del correspondiente formulario; que la permanencia del actor en el RAIS significa que la decisión del traslado ha sido libre, voluntaria e informada sobre sus implicaciones y condiciones pensionales; que en sentencia SL 3752 de 2020 se hace mención a los actos de relacionamiento y a su vez señala que la suscripción de varios formularios

demuestran la intención de permanecer en el RAIS; que al tener en cuenta la data de la afiliación el deber de información se daba de manera verbal; que su representada no estaba en la obligación de realizar proyecciones para esa época; respecto de la devolución de gastos de administración señala que no es factible ordenar la devolución de esto teniendo en cuenta el artículo 20 de la ley 100 del 93 que establece que en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y que estos no forman parte integral de la pensión de vejez; que esos conceptos están sujetos a la prescripción, señala además que en Concepto emitido el 15 de enero de 2020 por la SFC expresa que cuando surge la ineficacia, los únicos dineros a trasladar de la cuenta del demandante son los dineros por cotizaciones, junto con sus rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisional en consideración a que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura vigente la póliza.

8.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la totalidad del fallo de primera instancia manifestando que existe la certeza de que la parte actora ha tenido vocación de permanencia en el RAIS, configurándose así actos de relacionamiento expuestos en la sentencia SL 3752 de 2020 y SL 413 de 2018; que no se evidencia posiblemente una afectación de carácter económico a la parte actora al permanecer en el RAIS; que no se encontró probado que se diera un incumplimiento al deber de asesoría profesional e información; que la parte actora nunca realizó actos que llegasen a sugerir su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, por lo que la actuación estaría ratificada por el paso del tiempo, y finalmente sostiene que en la sentencia con radicado 11013103008198900042 se desarrolla la figura llamada hecho de la víctima/afiliad, sosteniendo que la conducta del afiliado debe procurar, evitar, mitigar o reducir la negativa o daño que pueda llegar a enfrentar.

9. Alegatos de conclusión:

Demandante: Solicita que se confirme la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que no se le brindó al actor la información al momento del traslado, y que los traslados horizontales no subsanan las falencias de la información en el traslado inicial; que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP.

Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

Colpensiones: Peticiona que debe revocarse la sentencia de primera instancia, ya que obra prueba suficiente de que se brindó información, y que el traslado fue realizado de

manera libre y voluntaria; que la demandante gozaba de capacidad legal para suscribir el formulario de afiliación; que se encuentra en la prohibición legal para retornar al RPM, tal como lo señala la sentencia SU062 de 2010, y que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES 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 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 el accionante? En caso positivo, 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 trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iv) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (v) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (vi) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (vii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (viii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (ix) ¿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 el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde la **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 a el 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor MIGUEL FEDERICO ACOSTA SANTODOMINGO se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES el 07 de octubre de 1988, con cotizaciones hasta el 15 de noviembre de 1988, conforme documental de folio 18; no obstante, a folios 65 a 67 del archivo PDF que se encuentra en el Cd de folio 64, se detalla el resumen de la historia laboral para efectos de bono pensional, en la que se vislumbra aportes y tiempos laborados para el Distrito Especial Industrial y Portuario

de Barranquilla desde el 01 de septiembre de 1992 hasta el 30 de junio de 1995; que el 31 de agosto de 1995 se trasladó de la Caja de Previsión Distrital a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (Fol. 41 Contestación Protección S.A.), posteriormente, el 18 de marzo de 2002 se trasladó a COLFONDOS S.A., luego, el 27 de septiembre de 2007, se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (Fol. 104 PDF Cd contestación de folio 64)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, 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 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 1995- 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 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 tenía la obligación de conocer o procurar, evitar, mitigación o reducir las consecuencias negativas o daños que pueda llegar a tener o que haya tenido que ser el accionante el que buscara la información requerida al momento del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir y a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor MIGUEL FEDERICO ACOSTA SANTODOMINGO haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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 información.

Del traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior

del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 31 de agosto de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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 del demandante, debe señalarse en primer lugar que el actor antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliado a Colpensiones sino a una Caja de Previsión Social, en ese orden, conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con la "Caja de Previsión Distrital", administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume; no obstante, como quiera que de conformidad con el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, la administración del régimen de prima media con prestación definida quedó en cabeza del ISS, hoy COLPENSIONES, sin que se tenga conocimiento de que "la Caja de Previsión Distrital" a que se refiere en el proceso haya sido una de las entidades del régimen de prima media que con posterioridad al 01 de marzo de 1994 hayan subsistido, razón por la cual es a COLPENSIONES a quien le corresponde recibir al demandante.

Al respecto en reciente sentencia SL2208-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares contornos, adoctrinó:

"Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional".

Así las cosas, al quedar sin efecto la afiliación al RAIS, es claro que debe COLPENSIONES recibir al actor sin solución de continuidad en su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes por parte de la AFP y consolidarlos en la historia laboral.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante 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, 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-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -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 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP del RAIS y COLPENSIONES, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 08 de abril del 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, todos los dineros por concepto de aportes o cotizaciones 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 debe asumir de sus propias utilidades".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

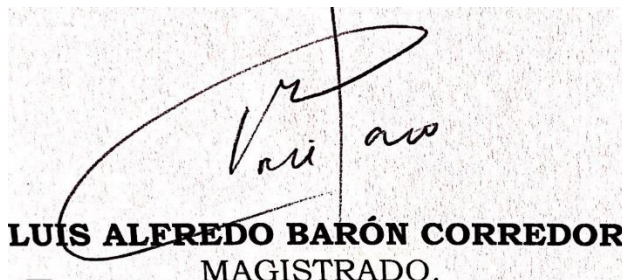
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ JOAQUÍN CELY PÁEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A..
RADICACIÓN: 110013105-029-2019-00504-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA POR EL DEMANDANTE,
PORVENIR S.A Y COLPENSIONES.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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. JOSE JOAQUIN CELY PAEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional sosteniendo que la suscripción del formulario suscrito por el demandante y la AFP fue bajo engaño y de igual manera fue inducido a error y en consecuencia se declare que el fondo privado omitió su deber de información; que el demandante perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables; que con motivo de la nulidad de manera automática se realice el retorno del demandante al RPMPD; que se le ordene a Colpensiones reactivar la afiliación del actor y en consecuencia se ordene al fondo privado la devolución de todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante. Adicional solicita se declare que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez esto contemplado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y en consecuencia de esta declaratoria se ordene a Colpensiones pagar las mesadas ordinarias, adicionales y no pagadas en forma retroactiva y debidamente indexadas al demandante. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso a las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir. (fol. 34 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el día 23 de marzo de 1957; que presta sus servicios a la rama judicial desde el año 1982 hasta la fecha de manera continua e ininterrumpida; que se afilió al RPMPD administrado por CAJANAL hasta el mes de febrero de 1995 y acumuló un aproximado de 677 semanas; que para el mes de febrero del año 1995 Porvenir S.A. le ofreció el traslado al RAIS sosteniendo que podría pensionarse con fecha anterior a la prevista por ISS; que el fondo omitió su deber de brindar la información, entre estas el comparativo de la proyección pensional en uno y otro régimen; que suscribió el

formulario de traslado; que con posterioridad solicitó su proyección pensional a Porvenir S.A. y se percató que en el RPMPD su mesada pensional sería mucho mayor al del RAIS; que para el año 2019 cumplió 62 años y cuenta con 1907 semanas; que desde el día 23 de marzo del año 2019 acredita los requisitos para causar su derecho a la pensión de vejez en el RPMPD; que agotó la reclamación administrativa el 02 de julio del 2019 ante Colpensiones, solicitando el traslado de régimen, pero le fue negado; finalmente, que el 28 de junio del 2019 solicitó a Porvenir S.A. el traslado de régimen por vicio del consentimiento, con respuesta negativa del 11 de julio del 2019.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 57); 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 incoadas en su contra en la demanda señalando que el traslado de régimen por parte del demandante se hizo de manera voluntaria pues para la fecha era suficiente la expresión de querer trasladarse a otro régimen, además de señalar que el haber permanecido en el RAIS no se puede alegar un vicio del consentimiento o la inducción a error, adiciona que el actor no hizo uso de poder hacer el traslado cada 5 años, igualmente se encuentra dentro de la prohibición para efectuar el traslado; frente a la obligación de las AFP de brindar información sostiene que para la fecha del traslado regía el Decreto 692 de 1994 el cual exigía el diligenciamiento del formulario que podía estar preimpreso; frente a los requisitos para el traslado de régimen sostiene que para el año 1994 se tenía en cuenta entre otras cosas si la persona era beneficiaria del régimen de transición o tenía expectativas legítimas o derechos adquiridos, siendo que el actor para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 37 años de edad y no había cotizado más de 750 semanas; frente al derecho de pensión sostiene que las personas que pretendan se les reconozca el derecho a la pensión de vejez deben acreditar los requisitos del artículo 33 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica. (fol. 67 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra; considerando que la afiliación por parte del demandante fue producto de una decisión libre e informada. Que el demandante se encuentra dentro de la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, argumentaron que no es procedente solicitar la declaración de la nulidad por cuanto no existieron vicios del consentimiento y a su vez no se evidencian causa y objetos ilícitos de conformidad con el artículo 1504 del CC y que tampoco sería procedente la declaratoria de la ineficacia ya que este opera para conductas dolosas que atenten contra el derecho de afiliación al sistema, conductas que a juicio del fondo privado ni se alegan ni se acreditan. Que para el año 2007 el demandante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS por lo que se demuestra que las afiliaciones realizadas por el demandante se realizaron con su plena voluntad y que jamás expresó su inconformidad por la ausencia de información. Que para el año 2004 el demandante decidió trasladarse desde la AFP porvenir S.A a Horizonte S.A siendo ésta producto de una decisión libre e informada (fol. 43 ED).

Como fundamento fáctico expone que la afiliación se dio de manera libre e informada. Que al demandante se le otorgó una asesoría amplia sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de las condiciones pensionales individuales. Que

para la fecha del traslado se tenía en cuenta la circular emitida por la Superintendencia Financiera, cuya única exigencia era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de manera que considera que se cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y que la permanencia del demandante en el régimen ha sido ratificada por el paso del tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizado con la AFP Porvenir S.A. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. la devolución de los aportes y rendimientos a la administradora de pensiones Colpensiones. Se relevó del estudio del cumplimiento de los requisitos del demandante para la obtener la pensión de vejez. Ordenó a Colpensiones para que una vez actualizada la historia laboral se estudie el reconocimiento de la pensión de vejez y por último no condenó en costas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que cuando se omite el deber de información por parte de las administradoras debe declararse la ineficacia del traslado. Que mediante la línea jurisprudencial de la CSJ la información debe brindársele a todos los afiliados independientemente si estos son beneficiarios del régimen de transición o no. Que está en cabeza del fondo privado el demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información. Que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su situación pensional. Que no es suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación. Que la AFP no logró demostrar el cumplimiento del deber de información. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible por considerarse derecho fundamental al estar ligado al derecho a la seguridad social en palabras de la CC.

Por último, arguyó en relación con la pensión de vejez solicitada, que se releva del estudio del mismo teniendo en cuenta que no se ha realizado el traslado y procede solamente a ordenar la actualización de la historia laboral del demandante, del traslado de los aportes, el computo de las semanas pensionales, porque es imposible determinar aspectos como el monto de la pensión solo hasta que quede en firme la sentencia.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación DEMANDANTE: Interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral cuarto y quinto. Frente al numeral cuarto sostiene que se cuenta con la suficiente ilustración para proceder al estudio de la pensión y además ordenar el reconocimiento y pago de la pensión en atención a que el demandante cuanta con 64 años y tiene un total de 1900 semanas; solicita a su vez que se revoque lo que respecta a las costas en especial respecto a la AFP Porvenir S.A. teniendo en cuenta que es la parte vencida y en consonancia con el CGP al haberse presentado al proceso y presentar excepciones lo que corresponde es la condena en costas. En lo que respecta de los numerales 1 a 3 solicita se confirme.

6.2. Recurso de apelación AFP PORVENIR: Interpuso recurso de apelación referente a la declaratoria de la ineficacia o inexistencia del traslado por considerar que no se probó que faltara uno de los elementos esenciales del acto jurídico y así mismo no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto por lo que

considera que si así hubiese sido daría lugar a nulidades relativas que pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y está sometida al fenómeno de la prescripción; señala que al ser Porvenir una entidad privada y al estar esta sometida a una actuación ante una autoridad pública se debe presumir la buena fe. Advierte que el demandante al momento de la afiliación no tenía derechos consolidados en el RAIS por lo que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria; señala que los derechos pensionales a cargo del sistema de seguridad social en pensiones no se configura con la simple afiliación sino que esta se constituye mediante actos continuos y sucesivos de pago de aportes por lo que la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado constituye un desfinanciamiento del sistema pensional subsidiado por el estado y cita la tutela con radicado 5912 del 13 de mayo del 2020. En consecuencia, solicita se revoque en la totalidad la decisión emitida en primera instancia.

6.3. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso parcial de apelación frente a la condena de devolución de las cotizaciones y rendimientos por lo que solicita se adicionen los gastos de administración de conformidad con la sentencia 3464 del 2019 y la sentencia SL 1688 del 2019 en la que explica que los efectos de la declaratoria de ineficacia es decir que el negocio jurídico no fue celebrado jamás.

7. Alegatos de Conclusión.

7.1. Colpensiones. En su escrito indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

7.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la parte DEMANDANTE, COLPENSIONES y AFP PORVENIR 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, 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 el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que las AFP PRIVADAS hubieran omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima o se demostrara que se le ocasiono algún daño o perjuicio?; (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 del demandante?; (vi) ¿Le asiste derecho al reconocimiento pensional a la parte actora? (vii) ¿Se debe condenar en costas a la parte demandada?; y (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia y la consecuente devolución de gastos de administración prescribe?

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 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene incólume actualmente entre otras en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor José Joaquín Cely Páez venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por la extinta CAJANAL desde el 09 de marzo de 1982, con aportes hasta el 28 de febrero de 1995 (Fol. 19 Expediente digitalizado), que para el día 13 de febrero de 1995 suscribió el formulario de traslado a la AFP Porvenir S.A., posteriormente, se trasladó el 07 de marzo de 2004 a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y finalmente para el 07 de marzo de 2007 regresó nuevamente a PORVENIR S.A. (Fol. 3 a 5 y 9 PDF contestación Porvenir S.A.)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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 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 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 1995- 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Necesidad de ser beneficiario 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 legítima 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.

Tampoco se exige que el afiliado demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio, como equivocadamente lo entiende el apoderado de PORVENIR, pues se reitera lo que se debe revisar es si la AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, acierta el recurrente de COLPENSIONES, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado.

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 del demandante, debe señalarse en primer lugar que el señor **José Joaquín Cely Páez** antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliado a Colpensiones sino a la extinta CAJANAL, en ese orden, conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume; no obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Al respecto en reciente sentencia SL2208-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares contornos, adoctrinó:

"Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional".

Así las cosas, al quedar sin efecto la afiliación al RAIS, es claro que debe COLPENSIONES recibir al actor sin solución de continuidad en su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes por parte de la AFP y consolidarlos en la historia laboral.

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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Reconocimiento pensional.

Para resolver este punto, baste con traer a colación la sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, en la que la Corte expresó que al declararse la ineficacia del traslado: *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida"*.

Ahora, colige la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 01 de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad, ya que acreditaba 37 años, por haber nacido el 23 de marzo de 1957 (fol. 9), así como tampoco contaba con más de 15 años de servicios cotizados, en la medida en que incluso para la fecha de traslado solo acredita aproximadamente 677 semanas (Fol. 11), y por lo tanto, no es beneficiaria del régimen de transición, debiendo estudiarse la prestación con la ley 100 de 1993.

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1º de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1º de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1º de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) edad

El demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 23 de marzo del 2019, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1957, como da cuenta el registro civil a folio 9.

ii) semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1907 semanas, según el reporte hasta el 20 de marzo de 2019 (Fol. 11). Por tanto, no queda duda que causó la prestación el 23 de marzo de 2019, fecha de cumplimiento de la edad mínima exigida.

iii) Ingreso base de liquidación

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicarse la fórmula contemplada de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 para establecer la tasa de reemplazo.

Ahora, para la correcta aplicación de la fórmula matemática atrás aludida, es preciso tener en cuenta lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto, la que ha enseñado a liquidar la pensión de vejez de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, con la modificación del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, en cuyos apartados pertinentes apunta:

"En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio"(SL3785-2019).

iv) Disfrute pensional

Respecto del disfrute pensional, establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a su disfrute, siendo que en el sub lite la prestación económica debe quedar condicionada a la acreditación del retiro definitivo del sistema general de pensiones, última cotización al sistema o desafiliación definitiva, ya que de la historia laboral de cotizaciones se desprende que sigue laborando para la Rama Judicial, aunado a que debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que seguía aún trabajando en el Consejo de Estado como sustanciador.

De igual manera, el reconocimiento pensional deberá dispensarse con 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

De lo que viene dicho, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo relativo a la ineficacia del traslado y sus consecuencias, adicionando la decisión en lo referente a la devolución de los conceptos que debe trasladar la AFP, y revocando la absolución en el reconocimiento pensional, para en su lugar, ordenar el reconocimiento de la prestación por acreditar los requisitos legales para ello, como quedó explicitado atrás.

COSTAS

En segunda instancia sin costas a COLPENSIONES, ni a favor ni en contra, pues prosperó la apelación de la parte actora frente al reconocimiento pensional, así como la apelación

que enfiló la entidad de seguridad social frente a la devolución de los aportes, aunado a que, en todo caso frente a COLPENSIONES la sentencia se revisó en el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Frente a la AFP del RAIS accionada y apelante, se impondrá condena en costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y deberán imponerse a cargo de PORVENIR S.A., pues le asiste razón al apoderado judicial de la parte actora en su apelación, ya que precisamente la ineficacia del traslado se presentó por las obligaciones legales a cargo de la AFP del RAIS, lo que conllevó a que la parte actora impetere la causa por la que aquí se procede, y en ese orden, de conformidad con el artículo 365, numeral 1 del CGP, debe la AFP como parte vencida en el proceso asumir las costas procesales. Frente a COLPENSIONES sin lugar a costas, ya que el proceder omiso frente a la ineficacia del traslado inicial se predica del fondo privado y no de COLPENSIONES, además la apelación se dirigió a la imposición de costas a cargo de PORVENIR S.A. Tásense.

DECISIÓN

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 al numeral segundo de la sentencia proferida el 18 de marzo del 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. que además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **los gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo

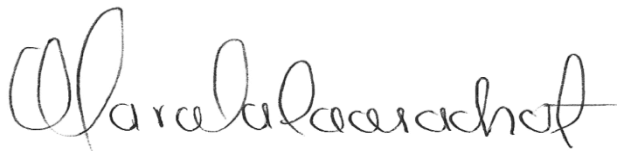
SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, que se relevó del estudio de la pensión de vejez, para en su lugar DECLARAR que el señor JOSE JOAQUIN CELY PAEZ, cumple los requisitos para hacerse acreedor a la pensión de vejez, y en consecuencia, ORDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer al demandante la pensión de vejez bajo los postulados del régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta lo establecido en la ley 797 de 2003, esto es, sobre el IBL de los últimos 10 años o el de toda su vida laboral, aplicando el que resulte más favorable y con la tasa de reemplazo que se obtenga una vez aplicado el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. La pensión se iniciará a disfrutar a partir de la última cotización, el retiro o desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y con 13 mesadas pensionales anuales, autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. Frente a COLPENSIONES no se imponen por no haberse

causado. Las costas de primera instancia se revocan y correrán solo a cargo de PORVENIR S.A..Tásense.

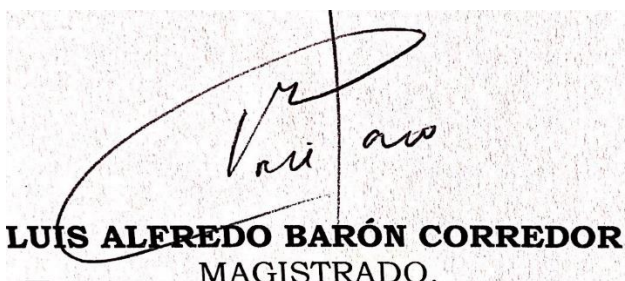
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. el equivalente a UN SMLMV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GLORIA STELLA VELASQUEZ CELIS
DEMANDADO: COLPENSIONES- OLD MUTUAL
RADICACIÓN: 1100131050-35-2018-00407-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA POR APODERADA DE LA
DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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
AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GLORIA STELLA VELÁSQUEZ CELIS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP OLD MUTUAL S.A, con el fin de que se condene a la AFP OLD MUTUAL S.A., a autorizar el retiro de la demandante del RAIS y se retorne al RPMPD que está en cabeza de Colpensiones y en consecuencia se condene a la AFP a poner a disposición de Colpensiones las sumas de dinero que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones y se condene a Colpensiones a autorizar el retorno de la demandante al RPMPD, por haber acreditado los requisitos de la sentencia SU062 de 2010. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante nació el día 27 de noviembre de 1963 y que cotizó al ISS 1.003,57 semanas y que como consecuencia de falta de información adecuada la demandante se trasladó al RAIS y por lo anterior ha solicitado a Colpensiones el reingreso al RPMPD, pero esta le ha sido negada. (fol. 4 y s.s.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. 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. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la AFP cumplió con su deber de información bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar por lo que el traslado es válido y a su vez el demandante no allegó prueba de que se le hubiese hecho incurrir en error; respecto de las facultades extra y ultra petita manifiesta que mediante sentencia CSJ SL 913 del 2013 dicha facultad no es absoluta y encuentra límite en tratándose de prestaciones que no fueron objeto de reclamación administrativa y finalmente solicita se absuelva a la entidad y en su lugar se condene a la demandante conforme al artículo 48 inc. 5 de la Constitución y el artículo 365 #5 del CGP. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de constas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (fol. 60 y s.s.).

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante para el año 2014 tenía 55 años y para ese entonces la edad exigida para acceder a la pensión de vejez era 57 años y que además se le tendría que aplicar la prohibición legal de la imposibilidad de traslado por estar a menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez; que la única opción es el cumplimiento de los requisitos de la sentencia SU062/10, pero la actora no es beneficiaria del régimen de transición por no contar con 15 años de servicio para el 1 de abril de 1994. Que la afiliación cumple con todos los requisitos de validez. Finalmente propone como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fol. 95 y ss.).

Mediante auto del 15 de octubre del 2019 el juzgado integra como litis consorte necesario por pasiva a la AFP PORVENIR S.A. (Fol. 128).

5. Contestación de la AFP PORVENIR: Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de esta, argumentando que el traslado es completamente válido teniendo en cuenta que no se aporta prueba que permita concluir que el traslado de régimen se dio por incumplimiento del deber de información de la misma manera que no se logra probar la existencia de algún vicio del consentimiento; que el traslado efectuado se dio con el lleno de los requisitos que estaban vigentes para esa época y que una vez verificadas las pruebas que obran dentro del expediente la actora no es beneficiaria del régimen de transición. Finalmente propuso como excepciones la previa de falta de competencia, y las de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe.

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de enero de 2021 en la que el fallador de primera instancia decidió absolver a Colpensiones, Old Mutual S.A. y Porvenir S.A, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y condenó a la demandante al pago de las costas. (Archivo No 15 Expediente Digital)

La decisión del Juez se basó en la sentencia C 789 del 2002, C 1024 del 2004 las cuales contienen los requisitos para las personas que desean pensionarse con la legislación anterior a la ley 100 del 93, sostiene que la CSJ hace énfasis en que para efectos de recuperar la transición solo se puede dar en términos del cumplimiento de los años de servicio y no por la edad; conforme la sentencia SL37174 del año 2010 consagró 2

maneras de recuperar el régimen de transición, la primera concerniente a los años de servicio y la segunda siendo la edad, sin embargo, manifiesta que este régimen de transición se pierde por el traslado al RAIS y que en todo caso las personas que hayan realizado el traslado tendrán derecho a las prestaciones de este régimen, que en la sentencia C- 782 de 2002 señala que el retorno está dado para las personas que son beneficiarias del régimen de transición, criterio que fue precisado en la sentencia C 1024 del 2004; que en la sentencia 3309 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia, advierte que si el afiliado opta por el RAIS perderían la transición del amparo y quedarían sujetos a las condiciones establecidas en la ley 100 del 93, de igual manera que en la sentencia C 789 de 2002 se definió que podrían retornar al RPMPD en cualquier momento las personas que pudieran acreditar los 15 años de servicio o su equivalente en semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 y con base en sentencias de la CSJ señala que 750 semanas no son equivalentes a 15 años, por lo que al verificar si la actora cumple con el requisito de los 15 años de servicio, la misma no los acredita.

7. Impugnación y límites del ad quem. Recurso de apelación apoderada de la DEMANDANTE: Interpone recurso de apelación argumentando que el fallo encuentra sustento en la sentencia T 062 de 2010 y que la demanda fue presentada en el año 2018 por lo que el cambio jurisprudencial ha sido dinámico además sostiene que el fallador no tuvo en cuenta los pronunciamientos y las sentencias de unificación por parte de la CSJ en su Sala de Casación Laboral e incluso omitió los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se sostiene que se puede proceder al traslado cuando no se cumple con requisitos como el de información, en consecuencia tampoco se puede desconocer los artículos 48 y 53 de la constitución política, por lo anterior solicita se revoque en su totalidad la sentencia y que en su lugar se acceda a todas las pretensiones presentadas con el libelo de la demanda.

8. Alegatos de conclusión.

8.1. Colpensiones. Indicó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, 26 de marzo de 2013 la demandante contaba con 49 años pues nació el 27 de noviembre de 1963, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Sostuvo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE, la A.F.P. PORVENIR y la A.F.P. SKANDIA, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

9.1. AFP PORVENIR. Alegó en su favor que teniendo en cuenta el escrito demandatorio y las pretensiones solicitadas allí, en cuanto a que en la misma se pretende que, se autorice el retiro de la demandante al RAIS, y por ende se ordene el regreso de la demandante al RPM, en aplicación de la sentencia SU 062 2010; es decir pretensiones diferentes a una solicitud de declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional; solicitó que el estudio de segunda instancia se realice bajo la óptica estricta de los pretendido por la parte demandante.

Agregó que es por eso por lo que, conforme al estudio realizado por el Juzgado de primera instancia, este mismo debe reiterarse en segunda instancia toda vez que conforme a las circunstancias de la actora, ella no acredita ser beneficiaria de régimen de transición a luz de la sentencia SU 062, como lo pretende en su demanda. Por lo

anterior, es claro que, conforme a lo pretendido por la actora, ella no cumple con los requisitos para que realice su traslado al Régimen de Prima Media hoy administrado por Colpensiones; está demostrado que para la entrada en vigencia de la 100/1993, la actora no contaba con 750 semanas cotizadas y tampoco con 15 años de servicio, circunstancias necesarias para la aplicación de la sentencia SU 062.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la 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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Previo al análisis del cumplimiento de los requisitos para el traslado de régimen de conformidad con la sentencia SU062 de 2010, debía el a quo analizar la validez del traslado, y si el mismo tuvo eficacia? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? (ii) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (iii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que las AFP PRIVADAS hubieran omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iv) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (v) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima o se demostrara que se le ocasiono algún daño o perjuicio?; (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Validez de la afiliación como presupuesto de eficacia del traslado de régimen pensional.

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Gloria Stella Velásquez Celis se afilió al otrora ISS desde el 22 de agosto de 1984, con cotizaciones al 30 de abril del 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones que reposa a folios 88 a 90 y 104 a 105 del expediente digital; que posteriormente, el 01 de octubre de 1996 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A. (Fol. 37 Contestación y anexos Porvenir S.A. Exp. D); y finalmente, para el 04 de agosto de 2014, se traslada de PORVENIR S.A. a OLD MUTUAL S.A., donde se encuentra actualmente (Fol. 117 Exp. Digital).

Puestas así las cosas, establece el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que: *"el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*; no obstante, conforme la sentencia C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU130 de 2013, quienes sean beneficiarios del régimen de transición pueden regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

En el sub examine, la actora no es beneficiaria del régimen de transición pensional, pues al 01 de abril de 1994, contaba con 30 años de edad (fl. 36 Exp. D), y acreditaba

515.28 semanas (fl. 25 y 88 Exp. D), lo que significa que para poder trasladarse de régimen debía hacerlo antes de estar incurso en la prohibición de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, situación que no aconteció, dado que la solicitud del traslado se efectuó el 26 de marzo de 2013 (fl. 24 Exp. D) a través de radicado No 2013-2075991, fecha para la cual arribó a los 49 años de edad, ello por haber nacido el día 27 de noviembre de 1963, según copia de la cedula de ciudadanía de folio 36 del expediente digital.

Conforme lo expuesto, en línea de principio le asiste razón al cognoscente de instancia en las disquisiciones que al respecto precisó sobre este tópico, sin embargo, encuentra la Sala que el juzgador de instancia dejó de lado el estudio integral de la controversia en punto del traslado de régimen pensional, pues ha delineado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL12136-2014, que en estos asuntos, no se trata de cotejar los parámetros exigidos para retornar al régimen de prima media con prestación definida, sino también *"escrutar si el traslado operó, y en tal sentido, si tuvo eficacia"*, de cuyo texto se extracta lo siguiente:

*"Es decir al Juez (...) no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, **pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.***

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir". (Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, como quiera que el a quo, no analizó la ineficacia del traslado de régimen pensional, como presupuesto previo, se hace necesario verificar si en el presente caso HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., para el año 1996, cuando la actora se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incurrió en un acto contraventor o al margen de las normas que se invocan como quebrantadas, y así establecer la procedencia o no de la ineficacia de la afiliación y traslado.

Lo anterior no implica que se esté socavando el principio de congruencia de que trata el artículo 281 del CGP, pues sobre el particular baste traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL440-2021), en la que ha delineado que tal principio es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que:

"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse "a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales" (art. 55, L. 270/1996), de manera que su

decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018)”

Del mismo modo, la Alta Corporación ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *“exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”*, mientras que la segunda hace referencia a que *“toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia”* (CSJ SL2808-2018).

De lo expuesto, nótese que en el transcurso del proceso se recibió el interrogatorio de parte de la actora, donde manifestó a grandes rasgos como acaecieron los diferentes traslados realizados al interior del régimen de ahorro individual, y también debe tenerse en cuenta la insistencia de la apoderada judicial de que para resolver el litigio planteado se estudien las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre la falta de información como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que, de las respuestas a la demanda se logra extraer que hacen alusión a la validez de la afiliación en el RAIS, lo que daba lugar a que el juez primigenio no solo estudiara el traslado de régimen a la luz de la sentencia SU062 de 2010 como fue pedido por la parte actora en el libelo genitor, sino también debía escrutar si la afiliación al RAIS en el año de 1996 fue válida desde la figura de la ineficacia del traslado.

Así las cosas, se procederá a continuar con el siguiente problema jurídico, esto es, si es ineficaz el traslado que la actora efectuó del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, precisando de manera preliminar que el estudio se hará desde la figura jurídica de la ineficacia del traslado y no sobre la figura de 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 N.º 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.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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 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 1996- 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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 le perjudica, como quiera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado. Siendo claro que era obligación de la AFP privada haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

Necesidad de ser beneficiario 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 legítima 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 a la actora, 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.

Tampoco se exige que el afiliado demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio, pues se reitera, lo que se debe revisar es si la AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

Colofón de lo anterior, del interrogatorio de parte absuelto por la actora no se predica ninguna confesión, pues solo se limitó a decir a grandes rasgos y de manera general que se trasladó de régimen sin ni siquiera tener conocimiento de aspectos básicos de la afiliación, aunado a que, la AFP no allegó al plenario ninguna prueba demostrativa de haberle brindado información, clara, completa y comprensible de la decisión que implica el traslado de régimen.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. en el año 1996,

además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino, y por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de octubre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP) y OLD MUTUAL S.A., con destino a COLPENSIONES.

Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes. Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 la 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 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. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP demandadas, y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

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 21 de enero de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado que la GLORIA STELLA VELASQUEZ CELIS efectuó a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., lo que conlleva dejar sin efectos el posterior traslado realizado a OLD MUTUAL S.A., y como consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la cual deberá recibir a la

demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en este sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP) que trasladen 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.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP OLD MUTUAL y la AFP PORVENIR S.A, así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de OLD MUTUAL S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A. De las de primera, se revocan y correrán solo a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



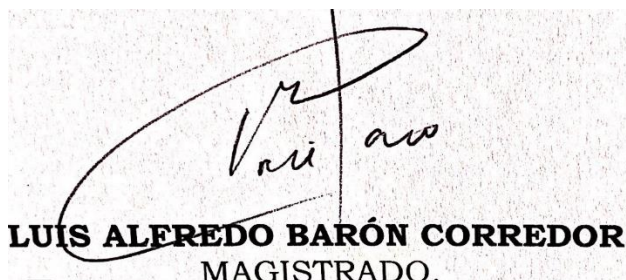
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de OLD MUTUAL S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **CONSUELO HERNANDEZ CARVAJAL**
DEMANDADO: **UGPP y OTRA.**
RADICACIÓN: **110013105-011-2017-00725-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA UGPP**
TEMA: **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.**

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

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. La señora CONSUELO HERNANDEZ CARVAJAL a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente de DIONISIO ALCANTAR FUENTES (QEPD), a partir del 27 de julio de 2005, el retroactivo, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que tal como consta en la resolución No 4876 del 20 de agosto de 1982, el señor Dionisio Alcantar Fuentes (Q.E.P.D), fue pensionado por la extinta Caja de Previsión Social; que el señor Dionisio Alcantar Fuentes falleció el 27 de julio de 2005; que la actora y el señor Dionisio Alcantar Fuentes convivieron en calidad de compañeros permanentes por más de 5 años al momento del fallecimiento; que la señora María Elena Combita apareció reclamando la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente de Dionisio Alcantar Fuentes; que la Caja Nacional de Previsión Social mediante resoluciones No 10351 y No 04341 del 2006, ordenó dejar en suspenso el reconocimiento pensional hasta tanto la justicia ordinaria defina la controversia; que la UGPP mediante resoluciones RDP 026768, RDP035115 y RDP036832 del 2016, ordenó a la actora que para el reconocimiento pensional debía allegar sentencia judicial; que acredita el término de convivencia por más de 5 años con el causante; que el último domicilio del causante fue en el Municipio de Tunja (Boyacá), donde

vivieron en arriendo con la actora; que compartió con el señor Dionisio Alcantar Fuentes los últimos años de vida de aquél, fue quien estuvo al cuidado, y con quien hizo vida familiar con vocación de permanencia y dedicación al hogar confirmado ente ellos. (Fols. 2 a 6)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 28); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en el eventual caso de que la parte demandante no demuestre la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada, además es un conflicto que debe ser dirimido por la justicia ordinaria laboral. Como excepciones de mérito rotuló las de: no existe responsabilidad de la entidad de pensiones cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la ley 1204 de 2008, esto es, cuando existe conflicto de beneficiarios, buena fe, inexistencia de la obligación en caso de que la demandante no demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, prescripción, y la innominada o genérica (Fols. 57 a 64).

3.2 MARIA ELENA COMBITA FUENTES: A folio 95 se allega por el apoderado de la actora el certificado de defunción de la señora María Elena Combita Fuentes, lo que dio lugar a que el despacho en auto del 09 de octubre de 2019, continuara el proceso con los sucesores procesales de la señora María Elena Combita Fuentes; no obstante, mediante auto del 14 de diciembre de 2020 se ordenó desvincular a María Elena Combita Fuentes de la actuación procesal, ya que se allegó declaración extra juicio indicando que entre María Elena Combita Fuentes y Dionisio Alcantar Fuentes, no se procrearon hijos, ni tampoco tiene sucesores procesales (Fol. 104)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a la UGPP a reconocer y pagar a Consuelo Hernández Carvajal, la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Dionisio Alcantar Fuentes a partir del 27 de junio de 2005 en cuantía del 100 % de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso y en adelante con los respectivos reajustes legales junto con el retroactivo desde dicha calenda hasta que se produzca la inclusión en nómina debidamente indexados, autorizando a la UGPP a realizar los descuentos de ley en salud; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de noviembre de 2014. Finalmente gravó en costas a la entidad demandada (fls. 130 y 131 con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que se encuentra acreditado el fallecimiento del causante el 27 de junio de 2005, igualmente la calidad de pensionado que ostentaba el óbito a cargo de la Caja de Previsión Social a través de resolución No 4876 de 1982.

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la sustitución pensional debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Dionisio Fuentes falleció el 27 de junio de 2005, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de

fallecimiento del causante, la actora contaba con más de 30 años de edad, y en ese orden, se estudia la prestación de manera vitalicia.

En cuanto a la convivencia, adujo que debía acreditar 5 o más años anteriores al deceso del pensionado fallecido, pues la beneficiaria acude como compañera permanente, siendo que se encuentran dos posturas diferentes, pues mientras la actora sostiene que la convivencia se dio desde el año de 1997, la entidad de seguridad social se mantiene en que no se acreditó el tiempo mínimo de convivencia exigido.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor Dionisio Fuentes se logró acreditar la convivencia desde el mes de septiembre de 1997 hasta el 27 de junio de 2005, y ello lo extrajo de la testifical de Teresa Flórez de Moreno, quien conocía a la pareja habitando en arrendo entre 1997 y el año 2003 en la casa de habitación de la testigo en un segundo piso, que era el señor Dionisio quien cubría el arriendo y convivían como cualquier matrimonio, y que a partir del año 2002 la pareja se fue a vivir a la casa de los hijos del causante; asimismo, valoró el testimonio de María Esther Alcantar Hernández, hija del óbito, quien manifestó que conoció a la señora Consuelo, con quien su padre tuvo una relación sentimental muy bonita, además de ser la actora una persona juiciosa y dedicada al hogar, que la convivencia se mantuvo desde el año de 1997 hasta el fallecimiento de su padre, y que él se dedicaba a los gastos de la pareja.

Conforme a lo anterior, concluyó que existe certeza del vínculo que unió a la pareja en calidad de compañeros permanentes por espacio aproximado de 8 años, desde 1997 hasta el mes de junio de 2005, fecha de fallecimiento del causante, y que la parte pasiva no desvirtuó ese interregno temporal acreditado por la actora; que en cuanto a la investigación administrativa realizada por la Caja de Previsión Social, no tiene la contundencia para desvirtuar la convivencia acreditada con los testimonios en el proceso.

Así las cosas, procedió a ordenar que la UGPP reconozca la sustitución pensional en la cuantía que venía disfrutando el causante en calidad de pensionado, junto con la indexación por efecto de la pérdida del valor adquisitivo, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 15 de noviembre de 2014, por cuanto el fallecimiento del pensionado fue el 27 de junio de 2005, el trámite administrativo ante la UGPP se agotó el 22 de septiembre de 2006 con la resolución No 49640 de 2006, teniendo hasta el 22 de septiembre de 2009 para impetrar la demanda, pero como la misma se presentó el 15 de noviembre de 2017, es decir, transcurrió más del término trienal, por ende, hay lugar a la prosperidad parcial de este medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por la UGPP, quien manifestó que no se encuentra probado con documental, fotografías u otra prueba, que se haya dado la convivencia entre la demandante y el señor Dionisio; que se presentaron inconsistencias en el trámite administrativo con la declaración extra juicio donde solo se dijo que la convivencia duró hasta el año 2001, esto es, 4 años antes del fallecimiento; que la declaración de los testigos no es suficiente para resolver las inconsistencias, máxime cuando una de las testigos solo

tuvo conocimiento hasta el año 2003; que no se debe condenar en costas, ya que la UGPP actuó conforme a la ley (Ley 1204 de 2008), es decir, una vez se determinó el conflicto de beneficiarias se procedió a dejar en suspenso el reconocimiento hasta que la jurisdicción laboral decida. En definitiva pide que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad demandada.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal solo aportó alegatos la UGPP, quien manifestó que las reclamaciones de la parte actora no tienen asidero jurídico como quiera que se observan inconsistencias a lo largo del trámite administrativo sobre la convivencia con el causante; que no obra prueba documental o material fotográfico que permita darle razón a la actora; que no se demuestra la convivencia exigida de los últimos 5 años anteriores al deceso del pensionado; que se debe revocar la condena en costas, ya que la entidad ha obrado de conformidad con lo establecido en la ley 1204 de 2008.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por 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 la recurrente 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 señora CONSUELO HERNANDEZ CARVAJAL reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor DIONISIO ALCANTAR FUENTES (QEPD)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, y la indexación? (iii) ¿Procede la condena en costas a cargo de la UGPP?

Fallecimiento

El señor Dionisio Alcantar Fuentes (Q.E.P.D) falleció el 27 de junio de 2005, según registro civil de defunción obrante a folio 22.

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 27 de junio de 2005 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor Dionisio Alcantar Fuentes (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que la Caja Nacional de Previsión le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de enero de 1985, conforme Resolución N° 4876 del 20 de agosto de 1982, reajustada mediante Resolución No 854 del 13 de febrero de 1987 (Fol. 7 a 10).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

1) Calidad de compañera permanente

Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social, y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)" (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008)

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por la UGPP se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje total de discusión es el lapso que convivieron en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucidará más adelante.

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Consuelo Hernández Carvajal, nació el 05 de septiembre de 1973 (Fol. 19), y para la muerte del señor Dionisio Alcantar Fuentes (q.e.p.d.), contaba con 31 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Consuelo Hernández Carvajal, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional ante la UGPP (Fol. 7 a 10), dicha entidad mediante resolución No 10351 del 06 de marzo de 2006, le *"dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes"* (Fols. 9 a 10), por controversia entre beneficiarias, indicando que es la justicia ordinaria la llamada a desentrañar el derecho reclamado, decisión que fue confirmada con la resolución No 04341 del 26 de mayo de 2006 (Fol. 11 a 13), resolución RDP026768 del 21 de julio de 2016 (Fol. 14 a 15), resolución RDP035115 del 21 de septiembre de 2016 (Fol. 16 a 17), y resolución RDP036832 del 30 de septiembre de 2016 (Fol. 18 a 20).

De los citados actos administrativos se desprende que la señora MARIA ELENA COMBITA también se acercó a reclamar la prestación, y por ello la UGPP decidió

mantener en suspenso el reconocimiento hasta que la justicia laboral determine el reconocimiento o no por vía judicial, lo que acontece en este proceso, pues a pesar de que se vinculó a la señora MARIA ELENA COMBITA como tercera *ad excludendum*, mediante auto del 14 de diciembre de 2020 (Fol. 104), se ordenó su desvinculación del proceso por haber fallecido (Fol.95), y no contar con sucesores procesales. En ese orden, resta para la Sala verificar el cumplimiento de la convivencia de la reclamante Consuelo Hernández Carvajal como a continuación se detallará.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "ser miembro del grupo familiar", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "ser miembros del grupo familiar", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio, se mantiene vigente en los casos en que la sustitución pensional sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010/19, SL5169/19 y SL4771-2020.

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362/21, que reiteró lo dicho en la SL1399/18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 05 de septiembre de 1997, y se mantuvo hasta el óbito del señor Alcantar Fuentes (27/06/2005), y para ello trae al cartulario declaraciones extra juicio de José Alberto Alcantar Hernández y María Esther Alcantar Hernández, hijos del señor Alcantar Fuentes (QEPD) quienes declararon que *"nos consta que convivía con la señora CONSUELO HERNÁNDEZ CARVAJAL, (...) conviviendo con todas las condiciones propias de una familia bajo el mismo techo, lecho, mesa e ininterrumpidamente desde el 5 de septiembre del año 1997 y hasta el momento de su fallecimiento causado el veintisiete (27) del mes de junio del año 2005"* (Fol. 101); y de igual manera, trajo al diligenciamiento las testificales de Teresa Flórez de Moreno y María Esther Alcantar Hernández, con el cual pretende configurar el derecho reclamado.

Entre tanto la parte antagonista y apelante sostiene que se presentan inconsistencias en el trámite administrativo adelantado por la UGPP, y además que no se allegó prueba documental o fotografías que corroboren la convivencia, e incluso asevera que la prueba testimonial aquí recabada no es suficiente para la acreditación de la convivencia deprecada, precisa que en el trámite administrativo se mencionó que la pareja vivió en arriendo hasta el año 2001, pero quien rindió testimonial manifestó que estuvieron en arriendo hasta el año 2003, aspectos que no pueden pasar por alto la Judicatura.

Puestas así las cosas, lo primero que colige la Sala es que, se equivoca el recurrente en exigir que se debían haber allegado documentos o "fotografías" para demostrar la convivencia, pues al respecto baste con citar lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto: *"pues si bien es cierto son documentos representativos de una particular situación, no tienen el vigor de acreditar aisladamente o por sí mismas los socorridos supuestos de hecho de la pensión de sobrevivientes"* (SI903/2014), en ese sentido, la acreditación de la convivencia no necesariamente depende de fotografías, siendo en estos casos la prueba testimonial el medio suasorio por excelencia para acreditar la convivencia.

Así las cosas, para efecto de verificar la convivencia "real y efectiva", se debe demostrar por la parte actora que lo expresado en el libelo genitor trascendió de la formalidad, es decir, que se constate que durante ese lapso de tiempo, se haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este

como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, lo que logra extraerse de las testificales, como a continuación se detalla.

La señora Teresa Flórez de Moreno hija de la arrendataria del inmueble donde vivió la pareja HERNÁNDEZ ALCANTAR, manifestó que en efecto ellos convivieron desde el año 1997 hasta el año 2003 en la casa de "mi madre Rosa Helena Barrera", que el señor Dionisio "fue allá a tomar en arrendo y vivieron con Consuelo"; que "convivían como cualquier matrimonio" en la casa que era de tres pisos, pero ello arrendaban un apartamento en uno de los pisos; que conocía el espacio donde convivían porque "subía allá, a regar las matas" y "hablábamos con Consuelo"; que "vivieron en nuestra casa hasta el 2003". Finalmente expresó que, después del año 2003 "se iban a vivir con los hijos" y fue allá donde falleció Dionisio.

En relación con la señora María Esther Alcantar Hernández, hija del *de cujus* expresó que Consuelo con su padre tenían una "relación muy buena" de aproximadamente 12 años; que "Consuelo estaba muy pendiente de mi papá"; que el "era ilusionado con Consuelo" y "fue la única mujer que le conocimos"; que su padre se fue de la casa alrededor del año 97, y que para esa época como hija "no estaba de acuerdo" con la relación que sostenía con Consuelo porque ella era "más joven"; no obstante, afirma que después volvió porque estaba enfermo; que su padre murió en la casa ubicada en la carrera 15 No 24 – 15 en Santa Lucía; que Consuelo fue quien lo "asistió la noche que murió"; y, que cuando vivía en arriendo su padre "no iba a la casa por estar con ella".

A juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que en efecto, la convivencia inicio aproximadamente en septiembre de 1997 y se mantuvo hasta el 27 de junio de 2005, inicialmente tal lapso se puede constatar con el dicho de Teresa Flórez de Moreno, con la cual se logra acreditar la convivencia desde septiembre de 1997 hasta el año 2003, y con el dicho de María Esther Alcantar Hernández, desde el año 2003 hasta la fecha del deceso de Dionisio Alcantar Fuentes (qepd), sin que aprecie la Sala que sus dichos sean insuficientes para dar por demostrado la convivencia, pues nótese que en el caso de la primera deponente, relata que de manera directa conoció a la pareja por cuanto vivían en la misma casa, siendo la pareja arrendataria de un apartamento en la casa que es de su madre, es decir, de ninguna manera puede restársele valor persuasivo por no coincidir su dicho con una fecha, pues si bien es cierto a folio 109 del expediente administrativo allegado por la UGPP (Cd de Fol.65), se encuentra una certificación de quien fuere para la época (1997) la persona que le arrendó el apartamento a la pareja Alcantar Hernández, donde da cuenta que el inmueble fue arrendado desde el 05 de septiembre de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2001, lo cierto es que, el valor probatorio del dicho de la señora Teresa Flórez de Moreno no se puede descartar por la simple formalidad de no coincidir con la fecha que mencionó su madre en la certificación, pues independientemente de aquello, en lo sustancial su dicho coincide con lo certificado, esto es, que la pareja Alcantar Hernández empezó a convivir haciendo vida en común desde septiembre de 1997 y se mantuvo hasta la fecha del deceso del señor Alcantar, bien sea que hayan dejado de ser arrendatarios hasta el año 2001 o 2003 en la casa de la señora Rosa Elena Barrero Niño, ya que en definitiva una vez valorado la prueba testimonial se arriba a la conclusión que como pareja no tuvieron interrupción o separación por ningún motivo desde que iniciaron su vida en común desde septiembre de 1997, independiente que inicialmente hayan estado en arriendo, y luego por circunstancias

de la enfermedad del señor Alcantar se hayan trasladado a la casa de sus hijos ubicada en la carrera 15 No 24 – 15 del Barrio Santa Lucia, de la ciudad de Tunja (Boyacá).

Aprueba la Sala que las testimoniales conducen a reconocer mérito de convicción, por ser congruente con las aserciones de la misma demandante, y porque tenían una relación cercana con la pareja, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: *"El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las *"circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*, y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, aspectos que no se encuentra que el fallador de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorado la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión del cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con los dichos de las testigos traídas al diligenciamiento.

Ahora, plantea la UGPP que en el trámite administrativo se realizó una investigación y el encargado en ese momento de tal investigación encontró inconsistencias, además que solo logró demostrarse la convivencia de un año y medio por la actora; empero, da cuenta la Sala que tal investigación no se arrió al proceso, aunado a que las conclusiones a las que arrió el investigador fueron puestas en entredicho incluso por la misma UGPP en el resultado de un estudio de "un hallazgo" realizado por la Subdirección Jurídica, en la que concluye: *"Aunado a lo anterior obra el documento suscrito por la señora ROSA ELENA BARRERA NIÑO, en el que manifiesta que la señora CONSUELO HERNANDEZ CARVAJAL, convivió con el causante en su casa como arrendatarios; entonces, **no existe medio probatorio que demuestre de qué forma el detective del D.A.S. concluyó una convivencia de año y medio**, máxime cuando la solicitante indicó que la dirección a la que acudió no era la de residencia sino la de correspondencia"* (Fol. 151 - Cd de folio 65), circunstancia que en modo alguno llevaría a la Sala a prohiar la prosperidad de la alzada dirigida en este sentido.

Finalmente, en cuanto a la marcada diferencia de edad de la reclamante con el de cujus, ha de pregonar la Sala lo discurrido en la sentencia SL15413-2017 en la que la Corte tiene dicho que la diferencia generacional notoria entre compañeros permanentes, no es talanquera para acreditar la convivencia en pensiones de sobrevivientes, y de manera concluyente dice:

*"Así las cosas, es perfectamente posible la construcción de parejas donde los roles masculinos y femeninos no son los tradicionales, **así como las edades de quienes las componen**, sin que por ese hecho se rompa la comunidad de cuidado, comprensión, construcción de vida familiar entre los miembros que las componen"*. (Negrilla fuera del texto).

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que CONSUELO HERNÁNDEZ CARVAJAL convivió en calidad de compañera permanente con el óbito desde septiembre de 1997, y convivió con aquel por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso (27/06/2005).

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 27 de junio de 2005, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Dionisio Alcantar Fuentes (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, \$1.319.720, valor que se encuentra luego de actualizar el valor del monto pensional que venía percibiendo para el año 2001, según relación de pensionados visible a folio 54 del PDF del medio magnético de folio 65, valor que coindice también con la mesada que venía percibiendo para el año 2002 que se encuentra a folio 118 de la misma prueba documental antes referenciada, consistente en el cupón de consignación de la pensión ante el Banco Agrario de Colombia.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que en efecto se encuentran afectadas a tal fenómeno jurídico algunas mesadas, dado que las mismas se causaron a partir del 27 de junio de 2005; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el a quo determinó que las mesadas anteriores al 15 de noviembre de 2014 se encuentran prescritas, cumple relieves que, las mesadas se causaron a partir del 27 de junio de 2005, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó una solicitud pensional el 04 de agosto de 2005 (fol. 7), que fue resuelta a través de resolución No 10351 del 06 de marzo de 2006 (fols. 7 a 10), terminando la vía gubernativa con la expedición de la resolución No 04341 del 26 de mayo de 2006, debía de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, pero ello no se hizo, por el contrario, insistió nuevamente **el 15 de abril de 2016** (Fol. 14), siendo resuelta tal solicitud a través de resolución RDP026768 del 21 de julio de 2016 (Fol. 14 a 15), el recurso de reposición a través de resolución RDP035115 del 21 de septiembre de 2016 (Fol. 16 a 17), y la apelación mediante resolución RDP036832 del 30 de septiembre de 2016 (Fol. 18 a 20), y como quiera que entre esta última resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 15 de noviembre de 2017 (fol. 225), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 15 de abril de 2013, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013; empero, como el a quo determinó que se encuentran prescritas las mesadas con anterioridad al 15 de noviembre de 2014 bajo la teoría de que solo se tiene en cuenta la primera reclamación, ha de decir la Sala que, pese a la equivocación del a quo, debe mantenerse como fecha de prescripción el **15 de noviembre de 2014**, pues tal punto no fue objeto de reparo por la parte actora, aunado a que se estudia la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad a la que no se le puede hacer más gravosa su situación.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$ 208.343.462**, correspondiente a las mesadas causadas entre 15 de noviembre de 2014 y el 30 de junio de 2021, y a partir del 1º de julio de 2021 la UGPP deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$ 2.486.355, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Dionisio Alcantar Fuentes (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2001	7,65%	\$ 1.019.913		\$ 0
2002	6,99%	\$ 1.097.936		\$ 0
2003	6,49%	\$ 1.174.682		\$ 0
2004	5,50%	\$ 1.250.919		\$ 0
2005	4,85%	\$ 1.319.720		\$ 0
2006	4,48%	\$ 1.383.726		\$ 0
2007	5,69%	\$ 1.445.717		\$ 0
2008	7,67%	\$ 1.527.978		\$ 0
2009	2,00%	\$ 1.645.174		\$ 0
2010	3,17%	\$ 1.678.078		\$ 0
2011	3,73%	\$ 1.731.273		\$ 0
2012	2,44%	\$ 1.795.849		\$ 0
2013	1,94%	\$ 1.839.668		\$ 0
2014	3,66%	\$ 1.875.357	2,50	\$ 4.688.393
2015	6,77%	\$ 1.943.995	14	\$ 27.215.935
2016	5,75%	\$ 2.075.604	14	\$ 29.058.454
2017	4,09%	\$ 2.194.951	14	\$ 30.729.315
2018	3,18%	\$ 2.284.725	14	\$ 31.986.144
2019	3,80%	\$ 2.357.379	14	\$ 33.003.304
2020	1,61%	\$ 2.446.959	14	\$ 34.257.429
2021		\$ 2.486.355	7	\$ 17.404.487
			TOTAL	\$ 208.343.462

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la a quo.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartíendose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la UGPP, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues a pesar de que el alzada refiere que se deben revocar, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 365, numeral 1 del CGP, hay lugar condena en costas a la parte vencida, aunado a que en la contestación de la demandan presentó férrea oposición a las pretensiones.

DECISIÓN

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 18 de enero de 2021 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

***"PRIMERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a pagar a la señora CONSUELO HERNÁNDEZ CARVAJAL, la suma de **\$208.343.462**, como retroactivo pensional causado desde el 15 de noviembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2021. A partir del 1º de julio de 2021, la UGPP, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$ 2.486.355, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.*

***Parágrafo:** La UGPP deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de la UGPP. De las de primera, se confirman.

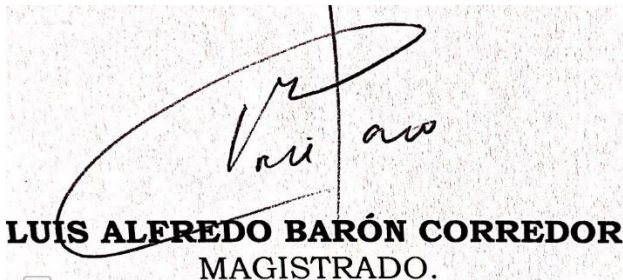
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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-

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de la UGPP, el equivalente a UN SMLMV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MADONIA ISABEL PAZ WILCHES
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-32-2019-00400-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

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

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. Madonia Isabel Paz Wilches instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y, en consecuencia, se dispusiera a su favor que la AFP Protección SA traslade los valores obtenidos, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiere causado, incluyendo los conceptos por cuotas de administración a Colpensiones y esta última reciba como afiliada a la actora, los valores trasladados y contabilice para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS.

Igualmente, solicitó se condene a la AFP Protección SA al pago de los perjuicios morales ocasionados, debido a la omisión de información importante al momento de la realización del traslado pensional y lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso. Como pretensión subsidiaria pidió la declaratoria de ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de régimen.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 31 de diciembre de 1963 y estuvo afiliada al RPMPD hasta el mes de enero de 2000, administrado hoy por Colpensiones. Indicó que se trasladó a la AFP Colmena hoy AFP Protección SA con fecha de efectividad 1 de febrero del 2000. Sostuvo que al momento del traslado al RAIS no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz y oportuna respecto a las diferencias de los dos regímenes, y en consecuencia del actuar de la AFP se le generó un perjuicio. (fol. 2 y ss. subnaó fol 83 y ss).

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

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda señalando que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en la cuales se brindó la asesoría del RAIS. Indicó que se deberá probar dentro del proceso el engaño u omisiones que pudo cometerse por parte de la AFP Protección S.A. Además, refirió que el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho, efectuado de forma libre y voluntaria por parte de la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de cuasa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada. (fol. 99 y ss. subsanó fol 118 y ss.).

3.2. Contestación de la AFP Protección SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando que el contrato de afiliación es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, precedido de los elementos de existencia y validez. Señalo que no existió vicio del consentimiento, tampoco se le ocultó información antes del momento de la firma, ni al momento de afiliarse a Colmena hoy Protección SA., toda vez que su decisión siempre estuvo exenta de cualquier engaño o error. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS con Colmena hoy Protección, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de perjuicios morales, prescripción y la innominada o genérica. (fol. 131 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de mayo de 2021, en el que el fallador de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia de perjuicios morales formulada por Protección S.A. y no probadas las demás excepciones formuladas, sin embargo, declaró ineficaz el traslado al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., efectuado el 3 de diciembre de 1999.

En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Dispuso el pago de costas procesales a la AFP Protección SA.

La decisión del Juez se basó en que le correspondía a la AFP acreditar que cumplió con su deber de información y, por tanto, no podía hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. Afirmó, que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional teniendo en cuenta el momento historio en que se produjo la afiliación, para que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su situación pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición. Además, indicó que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Por último, frente al reconocimiento de los perjuicios morales señaló que no existen pruebas que permitan acceder a los mismo.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación AFP Protección SA. Interpuso recurso de apelación referente al numeral 3° de la sentencia, esto es sobre la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. En esa medida, indicó que de conformidad con la CSJ no procede de forma automática, sino que es necesario revisar la situación de cada caso en particular, dado que la actora recibió parte de las características propias

e información al momento de su afiliación, y se dio una interpretación inadecuada de las pruebas que obran en el expediente, toda vez que la AFP ha realizado todas las acciones propias de la administración con los desucuentos autorizados por la ley 100 de 1993.

Precisó, que se debe dar aplicación al art. 1746 del C.C. el cual establece las consecuencias de las denominadas restituciones mutuas, indicando que con los rendimientos se entiende dicha obligación cumplida. Igualmente, resaltó que en el proceso no se hicieron presentes las aseguradoras, que durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante recibieron los correspondientes descuentos por los gastos previsionales, y en consecuencia se podía presentar una nulidad en el proceso al tener en su patrimonio dineros que fueron descontados con base en la norma.

Finalmente, manifestó que se están creando obligaciones que no le eran propias de la AFP, como lo era brindar una proyección pensional al momento de la afiliación de la demandante en el año 1999, en razón a que se debían tener en cuenta los demás salarios bases de cotización.

5.2. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación manifestando que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, bajo el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado por la actora, teniendo en cuenta que los efectos de los negocios jurídicos son interpartes, por lo que Colpensiones no puede resultar favorecida ni perjudicada. Igualmente, solicitó se tenga en cuenta la teoría del daño del derecho civil, bajo el entendido que quien causa el daño debe repararlo, en ese sentido fue la AFP Protección.

Adujo, que el fondo común se está viendo afectado gravemente y el principio de la sostenibilidad financiera del mismo, toda vez que con el retorno de la demandante y de los demás afiliados que retornan al RPMPD, afectan el equilibrio financiero, en razón a que estuvieron fuera del sistema por más de 20 o 25 años, y no fueron tenidos en cuenta en las proyecciones pensionales ni en los calculos financieros.

6. Alegatos Colpensiones. En su escrito indicó que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y a la AFP PROTECCION S.A., y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora.

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 las 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) ¿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 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 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 a la afiliada 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Madonia Isabel Paz Wilches se afilió al otrora ISS desde el **6 de octubre de 1993**, con cotizaciones hasta el **31 de enero del 2000**, conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP Protección, lo cual, se corrobora con el reporte SIAFP (fol. 50 y 139); y posteriormente el 3 de diciembre de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Protección S.A., tal como aparece en el formulario de vinculación (fol. 140), con efectividad a partir de febrero del 2000 (fol. 61).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCION S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

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 la afiliada 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 SA 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 **Madonia Isabel Paz Wilches** 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 sentado 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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 aquí demandante 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP PROTECCIÓN SA, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que

representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, tampoco puede pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

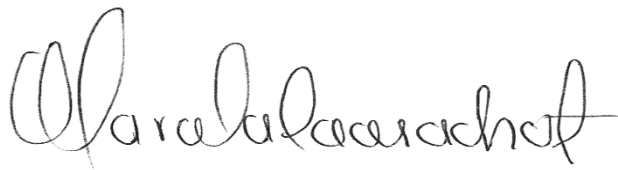
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de mayo del 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$908.526. Frente a COLPENSIONES no se imponen por no haberse causado. Las de primera, se confirman.

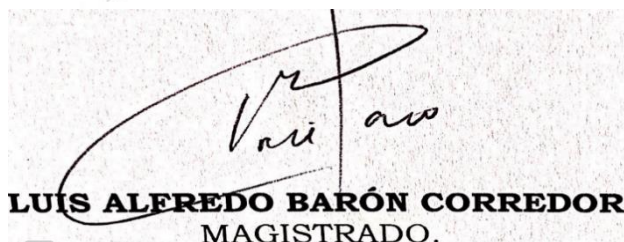
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

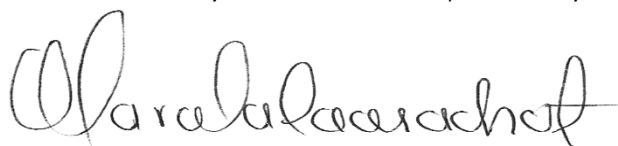


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en la suma de \$908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MYRIAM CONCEPCION SIERRA BUITRAGO
DEMANDADO: COLPENSIONES- COLFONDOS S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-39-2018-00680-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

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

Teniendo en cuenta que 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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Myriam Concepcion Sierra Buitrago instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos SA, con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y, por tanto, para todos los efectos jurídicos siempre permaneció en el RPMPD. En consecuencia, se dispusiera a su favor que la AFP Colfondos SA traslade todas las sumas de dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados a Colpensiones y esta última actualice y corrija la historia laboral. De forma subsidaria solicitó se declare inexistente el acto mediante el cual la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 26 de agosto de 1958, y estuvo afiliada al RPMPD el día 1 de agosto de 1981 hasta el mes de junio de 1993, administrado por el otrora ISS hoy Colpensiones. Indicó que estuvo afiliada al régimen público de CAJANAL desde el mes de junio de 1993 hasta el mes de diciembre de 1994, fecha en la cuál se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos. Sostuvo que el asesor del fondo privado le manifestó que el ISS desaparecería, y que el mejor fondo de pensiones era la AFP Colfondos. Adujó, que el 2 de mayo de 1999 firmó formulario de traslado de fondo a la AFP Colmena, pero Colfondos S.A. lo rechazó. Presentó reforma a la demanda en la cual sostuvo que la actora se encuentra en el régimen de transición por reunir los requisitos del art. 36 de la ley 100 de 1993 (fol. 2 y ss. subsanó fol. 60 y ss., reforma fol. 181 y s.s.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 108); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de esta, señalando que la promotora del proceso no ha probado los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), tampoco que esta cobijada por el régimen de transición, esto es tener 15 años o más cotizados al 1 de abril de 1994, conforme a la sentencia SU 062 de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fol. 205 y ss.). Subsano la contestación de la reforma de demanda, frente al hecho 4 señaló que no le constaba que la demandante estuvo vinculada al régimen público CAJANAL desde el mes de junio de 1992 hasta el mes de diciembre de 1994, toda vez que las manifestaciones de este hecho están relacionadas con entidades distintas a Colpensiones, señaló que es un hecho ajeno y en consecuencia deberá probarse conforme a lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P (fol. 114 y ss. contestación reforma exp. digital).

3.2. Contestación de la AFP Colfondos SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de sus pretensiones, argumentando que le brindó asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, además, que la asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad de sus aportes. Arguyó que la afiliación se realizó de manera informada, libre, espontanea y sin coacción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alegada, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe y compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercer y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fol. 145 y ss. contestación reforma 203 y ss..)

3.3. Contestación de la AFP Protección SA En auto calendado del 12 de febrero de 2020 se ordenó su vinculación, quien contestó la demanda señalando que la actora no esta y nunca ha estado afiliada al fondo de pensiones, sin embargo, por lo relatado en la demanda se evidencia que, durante su vida laboral, esta suscribió formulario de vinculación con la AFP Colfondos, sin que se evidencie situación anómala o constreñimiento. Propuso como excepcion de fondo la falta de legitimación en la causa por pasiva (exp. digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de abril de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa a favor de Protección S.A., por lo tanto, la absolvió de cualquier concepto. Además declaró ineficaz la afiliación efectuada a la AFP Colfondos, así como también todas las afiliaciones hechas al interior del RAIS.

En consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a que transfiera al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y comisiones por administración, debidamente indexadas, durante el tiempo que se

encontraba afiliada, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino a Colpensiones.. Ordenó a está ultima a recibir los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales anteriores y que reactive la afiliación al RPMPD y sin solución de continuidad. Además declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada Colfondos y Colpensiones. Autorizó a Colpensiones para que inicie las acciones judiciales tendientes a obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de Colfondos S.A.

La decisión del Juez se basó en que la carga de la prueba le correspondía a la AFP y, por tanto, no podía hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no demostró haber brindado la información necesaria a la gestora del proceso. Afirmó, que las AFPs desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su situación pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación AFP Colfondos SA. Interpuso recurso de apelación referente a la devolución de las comisiones de administración de manera indexada. Manifestó que dichos descuentos se realizan conforme a una consagración legal, valida, exequible y vigente, tanto en el RPM como en el RAIS. Así mismo, señaló que tienen unas destinaciones específicas, como es la adquisición de una póliza de seguro previsional para cubrir las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, mismas que ampararon a la actora durante el tiempo que ha permanecido en fondo privado.

Además, agregó que existe otro porcentaje que se utiliza para la administración y gestión de las inversiones cuya finalidad es generar nuevos rendimientos, los cuales el juez de primera instancia obvio. Por lo tanto, no hay lugar a que se condene a devolver estos conceptos y menos de manera indexada con el patrimonio de la AFP, toda vez que dentro del proceso, no se demostró siquiera prueba sumaria que el capital de financiación de la pensión o los aportes tuvieron daños, perjuicio o menoscabo. Señaló, que por el contrario dado la buena gestión del fondo se generaron rendimientos que fueron consignados en la cuenta de ahorro individual. Solicitó, que se realice una ponderación entre los descuentos de gastos de administración y los intereses o rendimientos que se generaron por parte del fondo.

Finalmente, petionó que se aplique el artículo 1745 del Código Civil como precepto que gobierna las restituciones mutuas del régimen de nulidades, aplicado por analogía a la ineficacia, y de está forma se autorice al fondo privado conservar lo que descontó por gastos de administración.

5.2. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación manifestando que la actora hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera libre, espontánea y voluntaria, sin presión o coacción y sin ser inducida a error, como quiera que a lo largo de su afiliación a la AFP Colfondos, es decir, durante más de 10 años desde 1995 en ningún momento presentó alguna réplica a las condiciones en las cuales se estaba administrando su derecho pensional, misma que solo hasta el año 2017 presentó solicitud de retorno a RPM. Por lo anterior, adujo que ya se encontraba dentro de la prohibición

descrito en el art. 2 de la ley 797 de 2003, en el cual el afiliado no podrá retornar al RPM cuando le falten 10 años o menos para cumplir su derecho pensional.

Agregó que la actora estuvo recibiendo información respecto a su cuenta de ahorro individual de Colfondos, y si bien es un deber por parte de las administradoras informar respecto a las condiciones del RAIS, señaló que aquella también al momento de escoger su régimen pensional debió informarse debidamente, conforme lo establece el Decreto 2241 del año 2010. Finalmente, indicó que resulta improcedente retornar al RPM, toda vez que no se encuentra debidamente probado que se haya incurrido en un error o en un vicio del consentimiento al momento de su afiliación.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito sostuvo que las demandadas faltaron al deber de la debida informacion como lo exige el Decreto 656 de 1994.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que al momento de la solicitud del retorno al RPM, 21/02/2017 la demandante contaba con 58 años pues nació el 26 de agosto de 1958, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Sostuvo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo). Además, como quiera que se esta frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Colfondos, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto 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 las 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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iv) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vii) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones? y (viii) ¿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 a la afiliada 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Myriam Concepcion Sierra Buitrago se afilió a CAJANAL desde el **10 de junio de 1993**, con cotizaciones hasta el **31 de diciembre de 1994**, conforme certificación expedida por la Superintendencia de Transporte (fol. 35). Así mismo, que el 14 de diciembre de 1994 firmó el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. (fol. 30 y 172), con fecha de efectividad el 1 de enero de 1995 (fol. 16), sociedad que en la actualidad administra sus aportes a pensión.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- 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 la afiliada 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 SA 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 **Myriam Concepcion Sierra Buitrago** 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 N.º

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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Siendo claro que no era la accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino cada una de las AFP PRIVADAS las que debían brindar la información requerida al momento del traslado.

Finalmente, es necesario precisarle a Colpensiones, que en el presente caso no es necesario estudiar si la misma está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si aquella cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU-062 del 2010 o tener en cuenta el Decreto 3995 del 2008, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo y que la demandante no presentó alguna queja o reclamo a lo largo de su afiliación, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Elsa Yolanda Carantón González haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, la 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 información.

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 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP COLFONDOS S.A. pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Ahora, ante la evidente devaluación monetaria acertó la falladora de primera instancia al ordenar que los gastos de administración que fueron descontados de los aportes de la demandante se devuelvan a Colpensiones debidamente indexados

Es debe precisar que, efectivamente como lo afirma AFP COLFONDOS SA en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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, debe señalarse en primer lugar que la señora Myriam Concepcion Sierra Buitrago antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Cajanal. En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a

la cual se encontraba afiliada al momento del traslado del régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante 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, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la gestora del proceso de manera íntegra a la convocada a juicio, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir Colfondos SA 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

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 abril del 2021, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

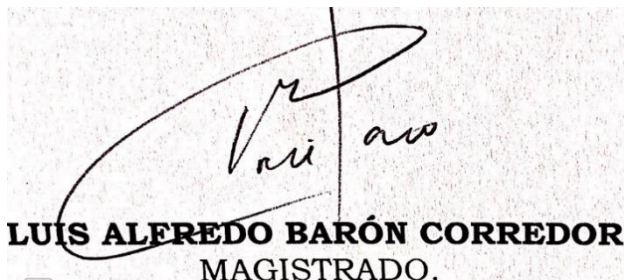
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en la suma de \$908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ MARINA CUELLAR RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-027-2019-00207-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ MARINA CUELLAR RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y recibir los aportes de la AFP. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 1 a 10).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 24 de octubre de 1951; que es beneficiaria del régimen de transición al 01 de abril de 1994 por contar con más de 35 años; que se encuentra afiliada a PORVENIR S.A.; que el 21 de febrero de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, pero le fue negada en respuesta de la misma calenda, con el argumento de encontrarse a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional; que el 27 de febrero de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES, sin embargo, le fue negado a través de oficio del 01 de marzo de 2019, con fundamento en que no acredita los 15 años de servicios o cotizaciones al 1 de abril de 1994 que exige la sentencia SU062 de 2010; que en el traslado de régimen pensional se presentó falta de información, además de que la AFP no documentó en forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (fol. 81); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que no obra prueba alguna de que se le haya inducido en error o que presentara algún vicio del consentimiento en la afiliación que hizo ante la AFP, aunado a que no cumple los presupuesto para el traslado que pregonan la sentencia SU062 de 2010, igualmente se encuentra en la prohibición de trasladarse a menos de 10 años de cumplir los requisitos para pensionarse. Como excepciones de mérito rotuló las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público (Fols. 60 a 76).

4. Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, además que la administradora de pensiones demandada siempre le garantizó el derecho al retracto, aunado a que no es dable el traslado por encontrarse en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003; que la afiliación fue libre de engaños y presiones; que llama poderosamente la atención que después de tantos años de afiliación en el RAIS, la actora desconozca sus propios actos, y de manera sorpresiva indique que nunca fue debidamente asesorada por la AFP. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (fol. 95 a 116).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a COLPENSIONES que afilie a la demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de la AFP; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó preliminarmente en establecer que a pesar de haberse solicitado la nulidad del traslado, lo correspondiente era resolver el asunto bajo los presupuestos establecidos por la jurisprudencia respecto a la ineficacia del traslado, y para ello citó como las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que han tocado la materia, entre estas la de radicado No 31989 del 9 de septiembre de 2008, radicado No 33083 de 2011, SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, SL 19447 de 2017, SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Indicó que PORVENIR SA no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a aquella y no a la demandante; que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, siendo la única prueba es la suscripción de formularios de afiliación, con lo cual, no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría; que en nada repercute la decisión por el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, que no tuvieron una expectativa de

derecho pensional o un derecho adquirido, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello; que Porvenir SA incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la señora Luz María Cuéllar Rodríguez y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanencia, además incumplió sus deberes de buen consejo y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales;

Por lo anterior declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida de ahorro individual con solidaridad, declaratoria que trajo como consecuencia que el acto de traslado no tuvo ningún efecto en el mes de junio de 1999, y por ello ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora Luz María Cuellar Rodríguez como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del Código Civil esto es con los rendimientos que se hubieren causado, y correlativamente Colpensiones debe afiliar nuevamente a la demandante al régimen de prima media y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR SA.

Señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional no sólo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la Seguridad Social sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial. Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A., toda vez que quien dio lugar al inicio del proceso fue esta y no Colpensiones.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

COLPENSIONES: Manifiesta que sobre la demandante recae la prohibición legal de trasladarse, ya que cuenta con 59 años de edad; que no acreditó los vicios del consentimiento, pues no obra prueba alguna del error, la fuerza o dolo; que en el interrogatorio indica que no presentó ningún tipo de coerción para dicha vinculación y que se realizó por sugerencia de su empleador; que se presenta descapitalización del sistema; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo el cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de la AFP, cómo son las cotizaciones, rendimiento financiero, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados; que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos, y asimismo se ordene a la AFP no realizar los descuentos por conceptos de seguro de invalidez.

PORVENIR S.A.: Peticiona que se revoque la sentencia, y como fundamento expresa que no se comparte la decisión de declarar la ineficacia en sentido estricto junto con sus consecuencias, ya que en la demanda se solicita se declare la nulidad, y así se fijó el litigio; no obstante el juez decidió estudiar la figura de la ineficacia con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero desconoce el efecto jurídico normas, ya que no es lo mismo pedir la ineficacia o nulidad absoluta o relativa; además en la nulidad se puede discutir las restituciones mutuas; que la carga de la prueba no opera de manera automática en la AFP, ello de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-086 del 2016, pues debe ser bajo la ponderación de los principios del CGP; que en el proceso no se presentan negaciones indefinidas,

ya que no recordar un hecho, no implica que se esté negando el mismo, luego, si no recuerda un hecho como puede asegurar que no se le dio la información; que en estos procesos se exige tarifa jurídicas, es decir, traer pruebas netamente documentales, pero no se tienen en cuenta las pruebas indiciarias, que también son medio de prueba conducentes pertinentes y en algunos casos eficaces; que para el año de la afiliación el único requisito en los términos del artículo 20 de la Constitución Política era el formulario de afiliación, pues de tal disposición se desprende que no puede la AFP ser juzgada por normas que no preexistían, además solo después de 20 años la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dice que ese formulario de afiliación no tiene ninguna validez; que la AFP no tiene ninguna forma de probar más allá de la afiliación; que se solicitan pruebas diabólicas; que la Corte Suprema de Justicia haciendo un análisis excesivamente extensivo de la normatividad remite al artículo 271 de la ley 100 de 1993, en la que evidentemente habla de elementos de fuerza y dolo; que el traslado de los aportes debe hacer de conformidad con el artículo 113 de la ley 100 de 1993, sin que este obligada a trasladar los gastos de administración; que en el régimen de prima media no se generan rendimientos financieros, por ello debe aplicarse la restitución en los términos del artículo 1746 del Código Civil; que se está propendiendo a un enriquecimiento sin causa; que los gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo; que se afectan derechos de terceros en el caso de los dineros de pensiones de garantía mínima o los seguros previsionales, ya que fueron recibidos por entidades que no fueron llamadas al proceso; que no se puede obligar a trasladar los rendimientos financieros hacia una entidad que no genera rendimientos financieros; que las obligaciones de tracto sucesivo como son gastos de administración si se encuentran bajo el elemento de la prescripción, pues en los términos del artículo 20 de la ley 100 de 1993 no hacen parte de los dineros destinados a la pensión, ni siquiera hacen parte de la bolsa común.

7. Alegatos de conclusión.

Colpensiones: Manifiesta que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que no obra prueba en el expediente de algún vicio en el consentimiento; que se torna imposible probar hechos acaecidos hace 25 años, y que nadie está obligado a lo imposible; que el deber de información se agotaba con la suscripción del formulario de afiliación; que el demandante al momento del traslado era plenamente capaz y profesional en derecho; que se presenta una descapitalización del sistema pensional; que no se demuestra la existencia de perjuicio a la demandante; que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se ordene a la AFP que devuelva la totalidad de las sumas de la cuenta de ahorro individual, incluyendo gastos de administración junto con sus rendimientos debidamente indexados, y que no sea condenada en costas.

Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como

ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

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 sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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? En caso positivo, 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 accionante 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 del 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 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 N.º 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 demostrado que el señora LUZ MARINA CUELLAR RODRIGUEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 03 de diciembre de 1993, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 23); que posteriormente el 01 de septiembre de 1995 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliado, conforme la historia laboral de cotizaciones (fol. 47 a 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 la 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 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 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 1995- 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.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir y a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor LUIS ALFONSO SUAREZ AREVALO haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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 información.

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 el accionante a ésta a fin de que consoliden 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-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico, y se deja adiciona la decisión de instancia en este ítem, ya que no relacionó de manera expresa los gastos de administración y comisiones en la parte considerativa de la providencia, a pesar de que en la considerativa haya expresado que también procedía su devolución.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del

traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las entidades apelantes y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 al numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de marzo del 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. que además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **los gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

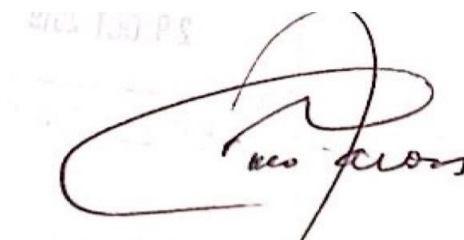
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GILMA INES AGUIRRE CUBIDES
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-35-2019-00799-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

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

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gilma Ines Aguirre Cubides instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA con el propósito de que se declare la existencia de un vicio del consentimineto y como consecuencia se declare la nulidad del traslado al RAIS y, por ende, se le ordene a trasladar a la AFP Porvenir SA la totalidad de los valores desde la fecha del traslado al RAIS con fecha 22 de diciembre de 1995, incluyendo los respectivos rendimientos e indexaciones a Colpensiones y a está ultimá recibirla y registrar en la historia laboral las cotizaciones realizadas en el RAIS. Además, se declare que para todos los efectos pensionales la demandante continua afiliada, sin solución de continuidad al RPMPD administrado por Colpensiones y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cotizo a la Caja de Previsión Social de Boyaca desde el 20 de agosto de 1981 hasta el 17 de febrero de 1983, posteriormente cotizo a la Caja de Previsión del Distrito el 16 de julio de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1995, y se trasladó a la AFP Porvenir el 22 de diciembre de 1995. Indicó que nació el 6 de febrero de 1962 y que al momento de la presentación de la demanda contaba con 57 años y 1823 semanas a julio de 2019, sin tener en cuenta las mesadas posteriores. Sostuvo que el asesor de la AFP Porvenir S.A. la convenció de salirse del sector publico y afiliarse al sector privado bajo los argumentos de que la Caja de Previsión del Distrito se iba a acabar, que por lo tanto le tocaría al gobierno pagar las pensiones, y posiblemente le incumpliera a los personas, y las AFPs tenían

un respaldo mpas solido por la tasa de interés del mercado. Además que la asesoría se hizo de forma verbal y solo duró 15 minutos, por manera que no fue asesorada en debida forma. (fol. 2 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 47); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de alguna vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo indicó que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo una incorformidad por parte de la actora, al contrito adujo que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y se hizo de manera libre y voluntaria. Además, que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguro social del orden público e innominada o genérica. (fol. 48 y ss.).

3.2. Contestación de la AFP Porvenir SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A en el año 1995 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales individuales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Señaló que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, aduce que tal vicio no logra probarse en el presente asunto. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, buena fe, inexistencia de la abligación, compensación y la genérica. (fol. 132 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de marzo de 2021, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficiencia del traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS, y, por ende, ordenó a al fondo de pensiones trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a que transfiera al RPMPD y a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado a cada una de los fondos privados. Así mismo, dispuso a Colpensiones SA volver a afiliar a la actora al RPMP y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la AFP Porvenir S.A. y el pago de costas procesales a la AFP Porvenir SA.

La decisión del Juez se basó en que la carga de la prueba le correspondía a la AFP y, por tanto, no podía 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. Afirmó, que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de la pensión. Igualmente, que las AFPs desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su situación pensional, en tanto que no es suficiente la suscripción de un formulario, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación argumentando que la declaratoria de la ineficacia afecta el patrimonio de Colpensiones. Además, indicó que la demandante no está exonerada de su responsabilidad y su deber de ilustrarse frente a la decisión de traslado de régimen pensional, toda vez que cuenta con la capacidad de celebrar actos y contratos. Igualmente, manifestó que no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación en su oportunidad, como son las figuras de retracto y rescisión.

Adujó que debe tenerse en cuenta la sentencia C 242 de 2009 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, respecto a la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el principio de art. 48 de la Constitución, adicionado por el art 1 de acto legislativo 01 del 2005, en el cual debe primar el interés general sobre el interés particular. Concluyó que se afecta el patrimonio público, en razón que Colpensiones deberá pagar la pensión que llegara a percibir, además, el ahorro de la actora fue de manera individual y no alcanzaría a financiar su pensión en el RPMPD.

5.2. Recurso de apelación AFP Porvenir. Inconforme propuso recurso de apelación manifestando que no procede la declaratoria de ineficacia dado que no existieron actos que atentaran contra la afiliación del trabajador, como es la acreditación del dolo. Señaló, que por el contrario se demostró que se suscribió el formulario de manera libre y voluntaria. Además, que para el año 1995 no existía la obligación por parte de las AFP a documentar la información entregada, dado que la misma fue entregada de manera verbal.

Igualmente, manifestó que en el interrogatorio se evidenció que hubo asesoría y se le brindó información respecto a las características del régimen, que se le hizo un cálculo pensional y no se puede desconocer las confesiones que se obtuvieron del mismo. Agregó que se debe tener en cuenta la voluntad de la afiliada de permanecer en el fondo por más de 26 años, la cual permitió que se realizaran los respectivos descuentos. Finalmente, señaló que la demandante no está amparada por el régimen de transición, y se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2º de la ley 797 de 2003. En relación a los gastos de administración, concluyó que la Superintendencia Financiera de Colombia ha señalado que solo procede la devolución de los aportes y los rendimientos.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que la decisión de trasladarse del ISS al fondo privado, se basó en una información general, en una estrategia de venta encaminada a generar pánico en el potencial afiliado, efecto que se logró. Señaló que la firma estampada en el formulario de afiliación no puede tomarse como manifestación

inequívoca de una voluntad libre y espontánea, sino por el contrario, es la consecuencia de la manipulación de los temores sembrados en su tema pensional.

Agregó que los medios probatorios aportados por las demandadas con el propósito de acreditar que en este caso en particular suministraron la información necesaria y relevante fracasaron, y debe concluirse que las administradoras no cumplieron con la carga que se les impone y esa información defectuosa indujo erróneamente a mi defendida a migrar al Régimen de Ahorro individual, por lo tanto, si existió un vicio del consentimiento, lo que genera como consecuencia, la nulidad y/o ineficacia de dicho traslado.

6.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

6.3. Colpensiones. Refirió en sus alegaciones que que la señora Gilma Ines Aguirre Cubides, quien ostenta la calidad de demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Resaltó que que no le asiste derecho a la demandante en regresar al régimen de prima media, con el fin de que se le reconozca su pensión por este régimen, ya que la demandante se encuentra debidamente afiliada al RAIS, sumado a esto para poder trasladarse al Régimen de prima media, es necesario cumplir con los requisitos que estableció la ley 797 del 2003 en su artículo 2 que modificó el art 13 de la ley 100 del 93.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto 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 las 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) ¿El hecho

de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iv) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (v) ¿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; (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (viii) ¿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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Gilma Ines Aguirre Cubides cotizó con la Caja de Previsión Distrital de Bogotá del 20 de agosto de 1981 al 30 de diciembre de 1995, según se evidencia de los formatos para bono pensional 1,2 y 3 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que milita a folios 192 a 195 del expediente digital. Así mismo, cuenta con cotizaciones a COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1996 hasta el 31 de enero de esa misma anualidad (Fol. 13 Expediente digital), y posteriormente a partir del 01 de febrero de 1996 cuenta con cotizaciones a PORVENIR S.A., producto del traslado firmado el 22 de diciembre de 1995 con la AFP Porvenir SA (fol. 165), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- 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 la afiliada 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 **Gilma Ines Aguirre Cubides** 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 es cierto como lo señala la apoderada de la AFP PORVENIR, que con el interrogatorio de parte absuelto por la actora se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona la señora Gilma Ines Aguirre Cubides es que en su lugar de trabajo llegaron asesores de los fondos, mismos que les dijeron que el ISS se iba a acabar, además que en el fondo privado obtendría una pensión igual a la del seguro y que posiblemente se podía pensionar antes de los 57 años, sin que ello sea suficiente, para acreditar el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 demandada 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, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisarle a Colpensiones que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten

10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si la demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010 o tener en cuenta el D. 3995 del 2008, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Gilma Ines Aguirre Cubides haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, la 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 información.

Siendo claro conforme se ha explicado, no era la demandante como lo pretende el apoderado de COLPENSIONES, quien debía buscar asesoría, sino que era obligación de la AFP privada haber brindado la información necesaria 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 la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima 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 a la actora, 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 la AFP privada está obligada 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP PORVENIR pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 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 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 01 de marzo del 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



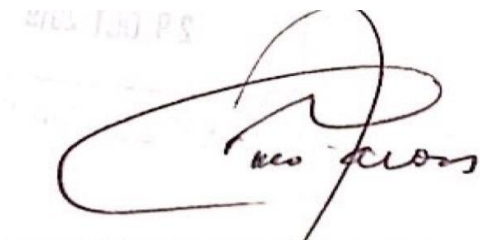
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



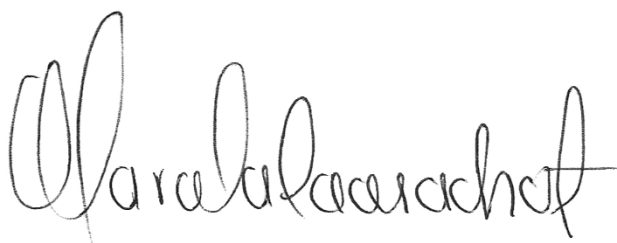
LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

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-,

AUTO DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PAULA ANDREA VILLALBA PEÑA
DEMANDADO: INTERCONTACT CENTER SAS EN REORGANIZACIÓN
RADICACIÓN: 11-2019-00172-01
TEMA: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA – REVOCA.

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

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. Paula Andrea Villalba Peña instauró demanda ordinaria contra Intercontact Center SAS en Reorganización, con el propósito de que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido por encontrarse amparada por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; el pago de salarios dejados de percibir desde el momento del despido e indemnización prevista en la citada preceptiva.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que fue despedida sin justa causa y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST; salarios dejados de percibir, cesantías y sus intereses, aportes a salud y pensión y dotación por causa del despido injusto por encontrarse en estado de debilidad manifiesta; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada desde el 27 de octubre del 2016 hasta el 31 de agosto del 2018, cuyas funciones radicaban principalmente de digitar y asignación de citas médicas para Compensar EPS.

Refirió que al paso del tiempo comenzó a sentir dolor y por ello acudió a su EPS el día 10 de agosto del 2017, oportunidad en la que le diagnosticaron Túnel Carpiano, le fue expedida incapacidad por tres días, con el fin de realizarse y terapias físicas. Sostuvo que posteriormente en consulta el galeno especialista le ordenó examen médico, mismo que arrojó el diagnóstico del Túnel del Carpio Leve Bilateral, ordenando pausas activas.

Agregó que el 9 de julio le realizaron una cirugía para liberación del nervio mediano en el Túnel de Carpio Derecho y reparación de tendinitis de queervan; después remitida a medicina laboral.

Indicó que pese a dicha condición le fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el día 1 de septiembre del 2018, aduciendo en la carta de

terminación la finalización de la obra o labor contratada, por manera que recibiendo su liquidación por valor de \$1.091.839. Sin embargo, manifestó que el día 13 de noviembre del 2018 el Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá resolvió tutelar sus prerrogativas constitucionales y ordenó en forma transitoria su reintegro, providencia que adujo nunca se cumplió. (fls. 3 a 7).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones argumentando que entre las partes existió un contrato de obra o labor contratada, cuyo inició correspondió el 27 de octubre de 2016 y finalizó el 31 de agosto de 2018, dada a la terminación de la obra para la que fue contratada.

Indicó que a raíz de una acción de tutela que promovió la actora fue reintegrada, pero dicho reintegro no surtió efectos, toda vez que se encontraba incapacitada; que durante el tiempo en que duró la incapacidad éstas le fueron canceladas por la entidad correspondiente, por manera que procedió a liquidarle sus prestaciones sociales hasta el 28 de febrero del 2019, fecha en la que presentó la última incapacidad. Agregó que la labor para la cual había sido contratada se terminó y dentro de la sociedad no había un puesto de trabajo donde reubicarla, por lo que al momento de haber sido cancelada la liquidación, la actora declaró haber recibido a entera satisfacción el dinero correspondiente.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de despido sin justa causa, no procedencia del pago de la sanción establecida en la Ley 361 de 1997, pago de los créditos laborales, temeridad y mala fe por parte de la demandante, falta de sustento probatorio de los hechos de la demanda, prescripción y genérica. (fls. 83 a 97).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de septiembre del 2020, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la actora, condenando a esta última al pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisiva se propuso verificar si la decisión de dar por terminada la relación laboral deviene como un acto discriminatorio conforme al estado de debilidad manifiesta que invoca la promotora de la litis y con ello, si es procedente el reintegro, junto con sus consecuencias, o si les asiste derecho a los emolumentos señalados como pretensiones subsidiarias. Así las cosas, indicó que la relación laboral que vincula a las partes y aun así su terminación no suscitó mayor controversia, por cuanto además de ser aceptada tales circunstancias por la convocada a juicio desde la contestación de la demanda, las pruebas así lo determinaban.

En esa medida, luego de aludir lo dispuesto en los artículos 5º y 26 de la Ley 361 de 1997, a los pronunciamientos de las Altas Corporaciones y a las pruebas allegadas al plenario, coligió que la parte actora no acreditó su condición de discapacidad, en tanto que no aportó dictamen de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, razón por la que absolvió de las pretensiones de orden principal.

En relación con las peticiones subsidiarias, inició aduciendo que en la declaratoria de un despido sin justa causa y su correspondiente indemnización, le incumbe tan sólo al trabajador acreditar la decisión de dar por terminado el vínculo laboral, derivado unilateralmente del empleador y este último obligado a demostrar. En esas condiciones refirió que la finalización de su contrato de trabajo fue con ocasión a la culminación de la obra contratada, pues así la reflejan los medios de convicción allegados y por tal razón no procedida el pago de la citada indemnización. (CD fol. 132)

4. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido, las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- ✓ En caso positivo, ¿La actora tiene derecho al reintegro a su lugar de trabajo, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?
- ✓ De lo contrario, ¿tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa y demás emolumentos, como fuese expuesto como pretensiones subsidiarias en la demanda?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, salario, tampoco la labor de Agente Call Center que desempeñó, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y, además, se pueden corroborar con el contrato de trabajo por obra o labor contratada (folios 11 a 14), carta de terminación de contrato por finalización de obra o labor (folio 40) y liquidación final de prestaciones sociales (folio 41).

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Revisadas las documentales que obran a folios 50 a 59 del expediente, se tiene que el Juzgado Setenta y Nueve Municipal con Función de Control de Garantías, ordenó el reintegro de la demandante a la labor que desempeñaba al momento del despido o en un equivalente o superior, en la misma ciudad y dentro de algunas de las empresas usuarias con las que tenga contrato, en las mismas o mejores condiciones en las que antes se encontraba, y en la cual no sufra riesgo de empeorar su estado de salud, sino que esté acorde con sus condiciones actuales. La señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural resuelva de manera definitiva la controversia. (fols. 50 a 59)

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Intercontact Center SAS en Reorganización actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que 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 Juzgador de primer grado, no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a 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, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 31 de agosto del 2018.

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 de la trabajadora 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 la 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 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.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 31 de agosto del 2018, fecha en que la encartada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera transcendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio. Ello, en razón a la patología diagnosticada por sus médicos tratantes como *"SÍNDROME DE TÚNEL DEL CARPO DERECHO Y TENDINITIS DE QUERVAIN"* (folio 23), tuvo lugar a un arduo tratamiento médico continuo e incesante, pues según se evidencia de los medios de convicción allegados al proceso, en lo particular al resumen de historia clínica de la clínica Bienestar IPS, la llevó hacer intervenida quirúrgicamente el 9 de julio del 2018, para *"LIBERACIÓN DE NERVIO MEDIANO EN TÚNEL DEL CARPO DERECHO + REPARACIÓN TENOSINOVITIS DE QUERVAIN"*. (folios 17 y 18)

Además, se observa del acopio probatorio arrimado al plenario que la promotora del proceso se encontraba gozando de incapacidad médica laboral desde el 29 de diciembre del 2016 al 16 de enero del 2019, esto es, para el momento del finiquito laboral, además, para el 9 de agosto del 2018 le fue expedido el análisis de situación de trabajo por la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., (folios 27 a 39) lo que posteriormente sirvió para que el 2 de octubre del 2018 el médico tratante le fuese ordenado calificación de origen de la enfermedad padecida (folio 23).

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que posteriormente a la cirugía le ordenan no solo incapacidad médica, sino, terapias físicas como consecuencia del diagnóstico *"CONVALECENCIA CONSECUTIVA A CIRUGÍA"*. Además, nuevamente intervenida quirúrgicamente *"LIBERACIÓN DE NERVIO MEDIANO EN TÚNEL DEL CARGO"* el 17 de diciembre 2018, razón por la cual es evidente que las citadas patologías tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que los medios de convicción traídos a colación dan cuenta que la actora prestaba sus servicios en condiciones regulares, pues, sus patologías desencadenaron en incapacidades temporales, intervenciones quirúrgicas, terapias físicas y calificación de su origen, por lo que es claro constituían un factor que incidía negativamente en el desarrollo de sus laborales.

Lo anterior permite concluir:

(i) las patologías sufridas por la actora le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera transcendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto la demandante se encontraba en incapacidad médica y tratamiento médico dada su condición de salud; (iii) aquella situación era de conocimiento de la demandada, en tanto que le fue puesto en conocimiento las incapacidades laborales derivadas de tal situación médica; (iv) a propósito de las incapacidades médicas al momento del finiquito laboral la actora se encontraba gozando de dicha licencia temporal; (v) por manera que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada si bien expuso insistentemente que el finiquito obedeció a la culminación de la obra contratada, es claro que de las pruebas aportadas, particularmente de las testimoniales practicadas, que no acreditó que se hubiere extinguido las operaciones de Compensar Salud Oral y POS, respecto del contrato No. C685-2014 suscrito entre aquella y la encartada, según acta de reunión arrimada al cartapacio (fol. 126 y 127).

Esto de cara a la ausencia de claridad frente a la duración de la obra para la que fue contratada la tutelante, a partir del mismo contrato de trabajo que allegaron las partes, en el que se puede leer lo siguiente:

"(...) Duración: El tiempo que dure vigente la campaña COMPENSAR POS (...) A la terminación de la campaña COMPENSAR POS"

En la citada estipulación no se estableció por las partes al momento de su suscripción, específicamente la labor que se requería y **su duración o límite temporal**, en tanto que, solo se dejó sentado que la labor consistiría en atender la campaña Compensar POS, pero no su vigencia, ni la naturaleza de la actividad, tampoco que estaba atada a una situación en particular, no siendo suficiente que se hiciera alusión a la campaña, sin especificar dichas circunstancias, concluyéndose así, que la ejecución de la actividad personal de la demandante no estaba sometida a un límite temporal sino circunscrita a la suerte de la empleadora, en consecuencia, al no estar debidamente delimitada tampoco es dable entender por esta Sala que el contrato de trabajo en la modalidad en la cual se soporta la empresa demandada nació a la vida jurídica, de tal suerte que su finalización tampoco estuviese amparada bajo una causal objetiva, siendo sin justa causa.

Ahora, si al margen de lo anterior la Sala pasará por alto tal aspecto y diera por sentando que su vinculación tuvo lugar a través de un contrato por duración de la obra o labor determinada, el cual terminó por la culminación de la obra convenida, esto es bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues es claro que, a raíz de las afectaciones en la salud de la trabajadora, las cuales eran conocidas por la empleadora y que incidieron en su desempeño laboral, dadas las incapacidades laborales y por la misma naturaleza de su enfermedad de cara a sus funciones, la encartada tenía la obligación de demostrar la imposibilidad física y material para reubicar a la demandante en otro cargo o a lo sumo que la materia del trabajo, las causas y necesidades del empleador que llevaron a la contratación de la demandante no subsistieron y, por ende, ponerlas en conocimiento de la autoridad administrativa competente, para efectos de que aquella autorizara el finiquito del vínculo laboral.

Ello en atención, a que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional tiene por sentando que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por culminación de la obra o labor contratada no es una razón suficiente para finiquitar el vínculo laboral cuando se trata de aquellas personas que se encuentran aforadas bajo la estabilidad laboral reforzada. A propósito, en sentencia T-344 de 2016 se dijo al respecto:

"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la relación laboral culminará "por terminación de la obra o labor contratada". No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se esté ante un sujeto de especial protección constitucional, el empleador no puede alegar como causal de terminación del contrato, el término pactado o la culminación de la obra o labor por la cual fue vinculado, pues la facultad que tienen las partes y en especial los patronos de optar por una modalidad contractual que permita limitar el tiempo de los contratos, se ve delimitada por las normas constitucionales que tutelan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones.^[18]

Lo anterior, tiene como fundamento la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada, como parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de este,^[19] con el que se pretende erradicar cualquier forma de discriminación, por razones físicas o fisiológicas. (...)

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato. En este sentido, la causal legal que se origina de los contratos a término fijo o de obra o labor

contratada, como es el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual, deberá el empleador previo a la terminación del contrato, solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, so pena de pagar al empleado una indemnización equivalente a 180 días del salario."

Bajo el anterior criterio jurisprudencial es claro el desatino en que incurrió el sentenciador de primer grado al colegir que, si existía una razón objetiva para dar por terminado el contrato de trabajo, pues llama la atención de la Sala (i) es que dada la estipulación sentada en el contrato de trabajo celebrado entre las partes, no se estableció específicamente la labor que se requería y su duración o límite temporal de ahí que no sea factible establecer que dicho contrato laboral en la modalidad argüida hubiera nacido a la vida jurídica ante tal deficiencia; (ii) además, tampoco es viable discernir que la extinción de las operaciones de Compensar Salud Oral y POS, respecto del contrato No. C685-2014 suscrito entre aquella y la encartada, según acta de reunión arrimada al cartapacio fuese el motivo real que llevó a la culminación del vínculo laboral de la actora y la demandada, debiéndose concluir de todo aquello que su terminación fue sin justa causa; (iii) en todo caso si se pasara por alto tales razonamientos, la causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, esto es, "*por terminación de la obra o labor contratada*" no es un referente que puede invocar el empleador para culminar el vínculo laboral de la trabajadora en situación de discapacidad y aún más grave durante el periodo de incapacidad médica, máxime cuando es claro que la labor de Agente Call Center constituye el objeto empresarial de cara al certificado de existencia y representación legal que se observa a folios 8 y 10 del informativo.

En esa medida, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa o en todo caso sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, toda vez que la llamada juicio tampoco solicitó a la encartada autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, se debe presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Paula Andrea Villalba Peña y en tal virtud corresponde avalar la orden transitoria de tutela del Juzgado Setenta y Nueve Penal del Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., esto es, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo.

Aclarando que dicho reintegro no puede estar supeditado a la existencia o no de campañas o contrataciones con empresas usuarias como lo pretende hacer valer la encartada, que por demás le sirvió para justificar nuevamente la terminación del contrato de trabajo de la promotora del proceso, luego de haber finalizado la incapacidad médica que venía disfrutando la trabajadora, esto es, a partir del 1 de febrero del 2019.

Lo anterior, por cuanto aquello no solo contraría la orden de reintegro emanada del Juez Constitucional, sino, además, porque es claro que Intercontact Center SAS en Reorganización es una empresa que cuenta con un objeto social amplio, que sugiere una continua necesidad de contratación de personal, tal como se expuso en líneas atrás, precisando que, si bien la empresa se encuentra en reorganización, también lo es que no se encuentra en estado de disolución ni liquidación, según se advierte del certificado de Cámara de Comercio ya anotado; máxime cuando la accionada no demostró en el diligenciamiento que en realidad se encuentre en una imposibilidad material y jurídica para mantener vigente el contrato laboral de su trabajadora.

Bajo lo dicho y en lo que hace a la pretensión del pago de salarios dejados de percibir se condenará a la demandada al pago de aquellos, siempre y cuando para los periodos no

se le haya expedido y cancelado incapacidades laborales, pues estas suplen el salario que venía percibiendo; así mismo tendrá de cancelar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a los subsistemas de seguridad social en pensiones y salud dejados de percibir desde su desvinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro, teniendo como remuneración salarial el salario mínimo legal mensual.

Se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 31 de agosto del 2018 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 6 de marzo del 2019, conforme da cuenta acta de reparto vista a folio 63, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.^[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$4.687.452**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2018	\$781.242	180	\$4.687.452
Total			\$4.687.452

Indexación

Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 1 de septiembre del 2018 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Excepción de pago

Se autorizará a la encartada descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$1.091.839** y **\$474.237** pagado al demandante por concepto de liquidación definitiva, teniendo en cuenta que existe acreditado en el plenario prueba de su pago (folios 41, 42 y 121)

Costas. Sin condena en costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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 7 de septiembre del 2020, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar mantener incólume lo dispuesto por el fallo de tutela proferido por el Juzgado Setenta y Nueve Penal del Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. el 13 de noviembre del 2018, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **INTERCONTACT CENTER SAS EN REORGANIZACIÓN** al reintegro de la señora **PAULA ANDREA VILLALBA PEÑA**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, siempre y cuando no se le haya expedido y cancelado incapacidades laborales, pues estas suplen el salario que venía percibiendo; prestaciones sociales, vacaciones y aportes a los subsistemas de seguridad social en pensiones y salud, dejadas de percibir entre el 1 de septiembre del 2018 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **INTERCONTACT CENTER SAS EN REORGANIZACIÓN** a pagar a **PAULA ANDREA VILLALBA PEÑA** la suma de **\$4.687.452** por concepto de la

indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **pago** propuesta oportunamente por la parte demandada y, en consecuencia, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$1.091.839** y **\$474.237** pagadas a la demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

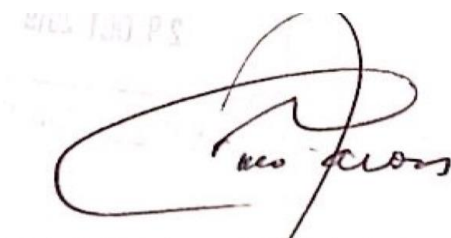
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: NORMA YOLANDA SÁNCHEZ MEDINA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.-AFP COLFONDOS S.A. -AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-36-2018-00619-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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. NORMA YOLANDA SÁNCHEZ MEDINA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A con el fin de que se declare que existió un vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP Protección. Se declare la nulidad del formulario que vinculó a la demandante con la AFP Protección en marzo de 1997. Se declare que la AFP Colfondos S.A. no suministró información clara y oportuna a la demandante al momento de afiliarse y realizar la vinculación a esta administradora el día 22 de septiembre de 2014. Se declare la ineficacia de traslado del RAIS que realizó la demandante en marzo de 1997. Se declare que para efectos pensionales la demandante, nunca dejó de estar afiliada y vincula al RPMPD. Como consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional de la demandante, con los rendimientos financieros y valor del bono pensional a Colpensiones. Se condene a Colpensiones a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono pensional que se encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a las demandadas (fol. 4 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 13 de abril de 1968; que el día 19 de noviembre de 1985 se afilió a través de su empleador como practicante al RPM; que permaneció en el RPMPD hasta marzo de 1997; que en el mes de marzo de 1997 un asesor de la AFP Protección le ofrece la posibilidad de vincularse a esta AFP y realizar el traslado de régimen pensional; que la AFP Protección, no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS y el RPMPD, al momento de realizar la vinculación y el traslado de régimen pensional; que el 22 de septiembre de 2014 se trasladó a la AFP Colfondos; que actualmente tiene 50 años; que en la actualidad se encuentra afiliada al RAIS, a través de 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 (fol. 107); 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 señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Señaló que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2° de la ley 797 de 2003. 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 innominada o genérica (fol. 119).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda argumentando que la AFP al momento de la afiliación cumplió con todos los requisitos legales para que naciera a la vida jurídica. Que el traslado constituyó una decisión libre, voluntaria, informada y sin presiones por parte del demandante, tal y como consta en el formulario de afiliación. Que la demandante fue informada acerca de los dos régimen pensionales, del RPM y del RAIS, sobre su funcionamiento, características, ventajas, desventajas y forma de liquidar las prestaciones. Que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fol. 156).

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación efectuada por la demandante se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Que los asesores comerciales de Colfondos si brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, 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, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (fol. 173).

6. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda argumentando que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen y en general a la

regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional, que la asesoría se materializó mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de suscripción, el cual se encuentra revestido de legalidad, sin hallarse en él constancia que vicie el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP Protección S.A., inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica (fol. 220).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de noviembre de 2020, audiencia reconstruida el 26 de noviembre de 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A., a la AFP COLFONDOS S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra, por la demandante. Condenó en costas a la actora.

La decisión del Juez se basó en que la situación de la demandante no se asimila a los casos que ha analizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ni las proferidas en sede de tutela, toda vez que se trató de casos en los cuales los demandantes estaban afiliados efectivamente al RPM y diligenciaron los formularios de traslado para vincularse al RAIS. Que en el caso objeto de estudio no se cumplen esos presupuestos, teniendo en cuenta la historia laboral de Colpensiones de la actora no figuran semanas cotizadas.

Igualmente, la falladora de primera instancia aceptó que la primera vinculación de la demandante se dio con el Instituto de Seguros Sociales para el año 1986, sin embargo que no existe prueba que demuestre que ella estaba afiliada al sistema pensional para el 1º de abril de 1994 y era una cotizante activa. Por el contrario, que la actora en su interrogatorio manifestó que duró entre 3 a 5 años sin efectuar aportes al sistema pensional y que de hecho esa vinculación que ella tuvo con la AFP Protección fue a raíz de una nueva vinculación laboral y por tanto el acto que se reprocha en la demanda no se trata en sentido jurídico de un traslado de régimen.

Adujo, que existen pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, del magistrado ponente Luis Carlos González, en un caso similar, en donde se señaló que por la situaciones particulares de la demandante al ser una selección inicial o afiliación al RAIS, posterior a la ley 100 de 1993, no es dable aplicar las directrices relativas a la ineficacia de traslado del régimen pensional, en proceso con radicación 05-2017-00223-01 del 30 de junio del año 2020.

Concluye que la demandante al 1 abril de 1994 no estaba afiliada al RPMPD y las consecuencias de una ineficacia en traslado es volver las cosas al estado anterior, ella no podría entenderse afiliada a tal régimen porque esa circunstancia no ocurrió, ni siquiera para el año 1997, cuánto se vinculó a la AFP Protección S.A.

Finalmente, que de conformidad con la sentencia de la Sala de Descongestión Laboral la SL 3752 del 15 de septiembre de 2020, señaló que los traslados horizontales, los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen bajo la asesoría y beneficios le pueda proveer otra

administradora de pensiones. Incluso tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona, respecto del funcionamiento del régimen sus beneficios y desventajas y su modo de operar de ahí que su intención sea firme en continuar aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandante** impugnó la decisión argumentando que no se dio aplicación a lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual nace la base de la ineficacia de traslado, que la consecuencia de la misma es retrotraer los actos suscritos, de manera que la demandante retornara al régimen al que se encontraba afiliada. Señaló que frente a la manifestación de la no cotización activa al ISS al momento de realizar el traslado de régimen, aduce que no se encontraba desvinculada al sistema, que cuando se efectuó el traslado lo realizó como traslado de régimen y no como afiliación inicial que siempre su voluntad fue permanecer en el ISS en el RPM o en el régimen que más le convenía permanecer.

Igualmente, precisó que uno de los argumentos de la demandante para trasladarse de régimen en su momento fue la equivocada manifestación del promotor de la AFP respecto a que el Seguro Social se iba a acabar. Indicó que el *a quo* no estudio de fondo el asunto, que basó sus consideraciones en la no aplicabilidad del precedente por no ser un caso similar, y no evaluó sustancialmente lo contenido en el art. 271 de la ley 100. Que en las consideraciones no tuvo en cuenta el traslado a la AFP, así como las AFP que efectuaron los traslados horizontales, faltaron a su deber de información y de asesoría por las omisiones frente a la información.

9. Alegatos de conclusión.

9.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones indicó que durante el desarrollo del proceso no se logró probar por parte de las demandadas, que se hubiese suministrado a la información necesaria, pertinente, oportuna y demás, con base en la normatividad requerida para dicha época, así como con base, en los amplios y pacíficos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que hoy conforman precedente judicial con relación u ocasión a la anteriormente denominada nulidad de traslado hoy ineficacia de traslado.

Concluyó que el asesor del Fondo de Pensiones no cumplió con su deber de brindar una asesoría profesional basada en el buen consejo y el principio de transparencia al momento de realizar la vinculación y el traslado de régimen de pensiones a la actora, por lo tanto, vicio el consentimiento e incumplió con las obligaciones y deberes que la Ley y la jurisprudencia determinan específicamente para realizar el traslado de régimen de pensiones.

9.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor indicando que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que

quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

9.3. Colpensiones. Solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, toda vez que, en el presente asunto, a la señora NORMA YOLANDA SANCHEZ MEDINA, no le asiste derecho a que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y como consecuencia de ello se tenga como afiliada a mi representada, toda vez que la misma no estuvo vinculado con anterioridad al RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

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, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones por no haber apelado de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (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 traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (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 (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 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Norma Yolanda Sánchez Medina se afilió al ISS el 19 de noviembre de 1985, con cotizaciones hasta el 17 de septiembre de 1986, en total 43.29 semanas, conforme los formatos para bono pensional 1,2 y 3 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que milita a folios 169 a 170 del expediente digital, así como también del resumen de semanas cotizadas expedido por COLFONDOS S.A. a folio 36; que el 2 de abril de 1997 se afilió a la AFP Protección S.A. y luego realizó diferentes traslados dentro del mismo RAIS, de la siguiente manera: el 29 de julio de 2005 se trasladó a la AFP Horizonte; el 31 de agosto de 2006 se trasladó a la AFP Old Mutual; el 26 de abril de 2011 se trasladó a la AFP Porvenir; nuevamente el 23 de marzo de 2012 se traslada a la AFP Old Mutual, conforme aparece en el certificado de ASOFONDOS (fol. 166); el 22 de septiembre de 2014 se afilió a Colfondos, conforme el formulario de afiliación (fol. 43 y 188), y finalmente, se afilió a la AFP PORVENIR el 11 de julio del 2018, conforme el formulario de vinculación (fol. 165), con efectividad a partir del 1 de septiembre de 2018 como certificó la AFP Porvenir (fol. 164).

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 17 de septiembre de 1986, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 01 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., que tuvo ocurrencia el 02 de abril de 1997, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 19 de noviembre de 1985, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una***

primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas" (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

"Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado." (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 19 de noviembre de 1985, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 2 de abril de 1997 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia."

(...)

En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida".

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de

25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, se afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

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 objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- 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 la afiliada 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 las AFP PORVENIR, AFP COLFONDOS S.A. y AFP PROTECCIÓN pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Norma Yolanda Sánchez Medina** 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.

Siendo claro que se equivocó la falladora de primera instancia cuando a pesar de encontrar que las AFPs privadas no brindaron la información exigida a la demandante, absolvió a las demandadas bajo el argumento de que la actora al 1º de abril de 1994 no era una cotizante activa y no había efectuado cotizaciones al RPMPD, desconociendo que la primera vinculación de la demandante se dio con el Instituto de Seguros Sociales para el año 1986. No obstante, la jurisprudencia de la CSJ ha señalado de manera reiterada que se exige, es que la AFP demuestre que al momento de la afiliación brindó la información en los términos indicados, probanza que en el presente caso brilla por su ausencia.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...)*las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del*

compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por lo anterior, para la Sala no es de recibo el argumento de la falladora de primera instancia al señalar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado por no ser la demandante cotizante activa a 1º de abril de 1994, pues se reitera que la Corte ha establecido que la no cotización o no ser activo cotizante no es un requisito de validez del acto de afiliación. Por lo anterior se tendrá como afiliación inicial la efectuada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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.

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

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1997, además de que

ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 02 de abril de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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 el accionante a ésta a fin de que consoliden 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-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirman las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las AFP demandadas, y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

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 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada por la señora Norma Yolanda Sánchez Medina y, en consecuencia, y como consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la cual deberá recibir a la demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en este sentencia

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en esa AFP) que trasladen 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.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de las AFPs, así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.; De las de primera, se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

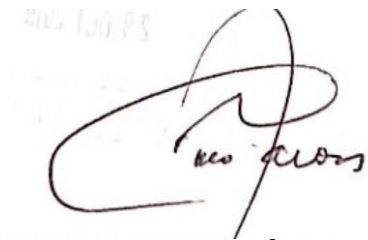
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLFONDOS S.A., COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.. y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANDRÉS RODRÍGUEZ MUNERA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-36-2019-00263-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

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. ANDRÉS RODRÍGUEZ MUNERA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado el día 30 de septiembre de 2003 con el fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. Se ordene el traslado de los aportes pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del fondo de pensiones Porvenir S.A. a Colpensiones y se acrediten como semanas aportadas como si nunca se hubiere efectuado traslado alguno de régimen pensional. Que Colpensiones proceda a activar la afiliación en pensiones del demandante. Finalmente, pide se declare 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 el demandante efectuaba aportes al liquidado seguro social ISS hoy Colpensiones para la fecha del cambio de régimen pensional, que en su lugar de trabajo se instaló un stand publicitario de Porvenir, en el cual sin mayores explicaciones motivó la firma del formulario de afiliación y cambio de régimen pensional; que desde la firma del formulario hasta la fecha ha mantenido su vinculación con la AFP Porvenir efectuando incluso aportes voluntarios al mismo fondo; que Porvenir le realizó un estudio pensional, el cual le indica que a la edad de 62 años, siempre y cuando continúe efectuando aportes, podrá pensionarse bajo la modalidad de retiro programado con una mesada pensional de \$1.476.700, y sin efectuar aportes bajo dicha modalidad una mesada pensional de \$1.408.500; que el estudio señala que el IBL de cotización corresponde a la suma de \$12.466.958; que al no haber efectuado un cambio de régimen pensional, tendría derecho en Colpensiones a recibir una mesada pensional superior a \$7.204.000, aplicando una tasa de reemplazo de 58%; que solicitó la nulidad de afiliación a las demandadas sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 108); 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 señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. Indicó que el actor no se encuentra inmerso dentro de los requisitos que señala la sentencia SU 130 de 2013, pues no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, por lo que no podría retornar al RPM. Además, que el demandante ha estado afiliado al RAIS por más de 16 años, sin haber manifestado en algún momento su inconformidad de pertenecer al mismo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica (fol. 56 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 la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños. Señaló que la AFP siempre le garantizó el derecho de retracto, como lo dispuso el art.3 del Decreto 1161 de 1994, y el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Que la parte actora pretende desconocer la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fol. 124 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero de 2021, absolvió a Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas al actor.

La decisión del Juez se basó en que el actor para la época de la afiliación con la AFP Porvenir (30 de septiembre de 2003), no tenía una vinculación vigente con el ISS. Señaló que de conformidad con las historias laborales entre 1992 y 1993 no aparecen afiliaciones activas del actor, ni que el hay efectuado cotizaciones al sistema de pensiones, por lo que para el 1 de abril de 1994 no se encontraba como activo cotizante. Indicó que de acuerdo con el art 3 del Decreto 692 de 1994 se estableció la afiliación al sistema general de pensiones, como selección del régimen pensional a partir del 1 de abril de 1994, solo se encontraban exceptuados las personas que para la fecha ya estaban afiliados y venían cotizando activamente al ISS o alguna de las cajas de previsión.

Concluye que, al no contarse con una afiliación activa por parte del actor para el 1 de abril de 1994, no es viable hablar de un traslado de régimen pensional, sino que constituye una afiliación inicial de régimen en este caso al RAIS. Además, que no puede ordenar que regrese al RPMP por no estar vinculado para dicha data. Advierte que las AFP tienen un deber de información con sus afiliados cuando se trate de selección inicial. Que la CSJ a la fecha solo ha analizado situaciones de personas que estaban afiliadas al RPMPD y que firmaron formularios para trasladarse al RAIS, situación que no es similar a la del demandante.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **demandante** impugnó la decisión argumentando que señaló que, si se presentó un traslado de régimen, que un asesor para esa época no podía hacer un traslado de una persona que no tenía cotizadas más de 150 semanas, porque perdería su derecho a bono pensional. Indicó que la carga de la prueba le corresponde al fondo de pensiones,

que no es responsabilidad del actor. Además, que en el formulario de traslado de régimen no aparece como afiliación inicial si no como traslado de régimen.

Que el asesor de la AFP Porvenir lo trasladó sin el conocimiento que el señor tenía 150 semanas y que bajo esas circunstancias la responsabilidad es de la AFP Porvenir. Aduce, que en los alegatos una de las abogadas indicó que el actor tenía derecho a un bono pensional, pero para el despacho como no tenía 150 semanas no es acreedor de bono pensional. Además, que en los 5 minutos que duró la asesoría no le pudieron explicar más allá que era una cuenta de ahorro individual que si no se podía pensionar dentro del seguro social le devolvían la plata.

Finalmente, señaló que pese al hecho que el actor se haya afiliado en el año 2003, era deber de la administradora ejercer una debida asesoría, que incluso nunca se probó dentro del proceso.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. En su escrito sostuvo que el A-Quo desconoce que el demandante si efectuó aportes al ISS (menos de 150 semanas), semanas que se perdieron con el cambio de régimen pensional porque no cumplía con el requisito de 150 semanas aportadas al ISS para tener derecho a bono pensional. Además, que al momento y fecha de la firma del formulario de afiliación también había efectuado aportes al sistema público de pensiones a la liquidada CAJANAL. Indicó que el A-Quo desconoció en su fallo que los cambios de régimen pensional no se configuran solamente de los cambios que se efectúen del liquidado ISS, sino que se configuran cuando se efectúan desde cualquier caja que maneje aportes públicos de pensión.

7.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor indicando que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

7.3. Colpensiones. Solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, toda vez que, en el presente asunto, al señor Andres Rodriguez Munera, no le asiste derecho a que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y como consecuencia de ellos se tenga como afiliado a mi representada, toda vez que el mismo no estuvo vinculado con anterioridad al RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

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 se estudiará en consulta en favor de

Colpensiones por no haber apelado de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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? En caso positivo 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 trasladó de régimen?; (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? 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 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Andrés Rodríguez Munera se afilió al ISS el 19 de febrero de 1979, con cotizaciones hasta el 12 de junio de 1987 (Fol. 42); no obstante, de la documental visible a folio 44 se observa que cuenta con cotizaciones posteriores del 01 de febrero de 1990 hasta el 28 de junio de 1992 (Fol. 44), en total 223 semanas; que el 30 de septiembre 2003 firmó el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fol. 34-143), con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 2003 como certifica la AFP Porvenir S.A. (fol. 169), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del demandante.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 28 de junio de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 01 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida con la que contaba desde el 19 de febrero de 1979, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIRS.A., que tuvo ocurrencia el 1 de noviembre de 2003, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con

prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, , pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliado al ISS desde el 19 de febrero de 1979, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"*
(Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**." (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 19 de febrero de 1979, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 30 de septiembre de 2003 a la AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, se afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 vengamos afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la 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, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, 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 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 2003- 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. pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Andrés Rodríguez Munera** 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.

Siendo claro que se equivocó la falladora de primera instancia cuando a pesar de encontrar que la AFP PORVENIR S.A. no brindó la información exigida al demandante, absolvió a las demandadas bajo el argumento de que no tenía una vinculación vigente con el ISS entre 1992 y 1993, y que para el 1 de abril de 1994 no se encontraba como activo cotizante, concluyendo que no es posible ordenar que regrese al RPMP por no estar vinculado para dicha data, sin percatarse que la jurisprudencia de la CSJ ha señalado de manera reiterada que lo exigido a efecto de determinar que no procedente declarar la ineficacia del traslado es que la AFP demuestre que al momento de la afiliación suministró la información en los términos indicados, lo cual se repite no fue acreditado en la presente Litis.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar

la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Por lo anterior, para la Sala no es de recibo el argumento de la falladora de primera instancia al señalar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado por no ser el demandante cotizante activo a 1º de abril de 1994, pues se reitera que la Corte ha establecido que la no cotización o no ser activo cotizante no es un requisito de validez del acto de afiliación. Por lo anterior se tendrá como afiliación inicial la efectuada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones.

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 N.º 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.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo 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 y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-

2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. con destino a COLPENSIONES.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirman las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 la 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 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. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

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 con sentencia del 11 de febrero del 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al RAIS realizado por el señor Andrés Rodríguez Munera y, en consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la cual deberá recibir al demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** que trasladen 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, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de las AFPs, así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

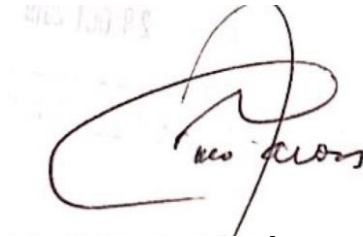
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **ELOISA MARIN PRIETO**
DEMANDADO: **PORVENIR S.A.**
RADICACIÓN: **1100131050-08-2019-00756-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE**
TEMA: **PENSION DE SOBREVIVIENTE.**

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

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. ELOISA MARIN PRIETO instauró demanda ordinaria contra PORVENIR S.A. con el fin de que se declare el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del afiliado señor Fredy Roberto Camacho, como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las mesadas desde la fecha del deceso del afiliado, esto es desde el 29 de diciembre de 2014, así como los intereses moratorios y subsidiariamente la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Fredy Camacho Marín fue su hijo y dependía económicamente de él; que el señor Fredy Camacho falleció el 29 de diciembre de 2014; que desde la muerte de su hijo está en grado de indefensión económica; que el señor Fredy Camacho a la fecha de su fallecimiento había aportado a PORVENIR S.A. más de 50 semanas durante los 3 años anteriores a su deceso; que actualmente cuenta con 67 años de edad.

2. Contestación de PORVENIR S.A. Conforme lo dispuesto en auto de fecha 6 de noviembre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda (fls. 113).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y como consecuencia de ello declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación (fls. 115 a 116).

Su decisión se basó en que se encontraba acreditado dentro del expediente que el señor Fredy Roberto Camacho falleció el día 29 de diciembre de 2014, que la demandante es la progenitora del causante y que el afiliado cotizó más 50 semanas

en los últimos 3 años al fallecimiento. Respecto de la dependencia económica, indica que no se logró acreditar que el sustento de la demandante dependía directamente de los ingresos del causante, por cuanto no obra prueba que demuestre que el de cujus prestara ayuda económica a la demandante, pues los únicos medios de prueba fueron las declaraciones juramentadas de los señores por los señores Juan Robayo Segura, Henry Castiblanco, Silvia Muñoz, Miguel Camacho Prieto, Alberto Camacho Prieto y Delsy López Acosta, pues si bien, allí se hace referencia al estado civil del causante y que la demandante dependía económicamente de él, lo cierto es que dichas declaraciones por si solas no tienen el alcance suficiente para demostrar la dependencia económica, pues allí solo se consigna el dicho de los declarantes, sin que expongan las circunstancias de tiempo modo y lugar que permitan concluir ello o que se derive de una percepción directa de los hechos. Al no existir otro soporte de convicción no se puede concluir que existe la dependencia económica. Que contrario a ello, se tiene que de la investigación adelantada por la demandada, se encuentra que la señora ELOISA MARIN PRIETO tiene una sociedad conyugal con el señor Roberto Camacho Prieto, quien es pensionado por parte de Colpensiones y tiene registrada a la demandante como su beneficiaria, por lo que en los términos del. art. 26 ley 806 en concordancia con el decreto 1703 de 2002, para la afiliación a seguridad social en salud se requiere la demostración de la dependencia económica de él. Señala que la demandante es propietaria de bienes inmuebles y cuenta con 3 hijos más, según la investigación realizada por la demandada. De acuerdo con lo anterior, no se demostró que de los ingresos que percibía el causante se realizara un aporte mensual periódico constante y habitual a su progenitora, tampoco fue demostrado que la situación económica de la demandante haya desmejorado con el fallecimiento de Fredy Camacho. Por tanto, al no demostrarse la dependencia económica no se cumplen los presupuestos para acceder a la pensión.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el a quo no debió declarar probadas las excepciones las excepciones como quiera que la demanda se tuvo por no contestada. Señala que el despacho niega la pensión por no demostrarse la dependencia económica, esta hace referencia a la falta de recursos de la solicitante y en esta medida entra en el panorama de una negación indefinida y de la mano con hecho notorio, por lo no tenían que se probados y debía ser la demandada la que debía demostrar la solvencia o la no dependencia de la demandante respecto del cesante. Que es falso que la demandante tenga bienes, si bien se refleja un reporte con el número de su cedula, lo cierto es que tener bienes no es sinónimo de acceder a algún medio económico, así como puede haber patrimonio no puede haber liquidez. Por otro lado, expone que la demanda no se dio por no contestada y esta conducta tuvo que haberse visto reflejada en la sentencia, pues había un indicio grave en su contra. Indica que las declaraciones juramentadas no fueron tenidas en cuenta y ellas dan cuenta de la dependencia económica, pues los declarantes señalan que Fredy Camacho era soltero y mantenía a su señora madre, pruebas sobre las cuales nunca se solicitó la ratificación ni por el despacho ni por la demandada y mucho menos el contenido testimonial infirmado, controvertido o desacreditado. Manifiesta que el juzgado fallo con el dicho de la sociedad que ni siquiera se le tuvo por contestada la demanda. El hecho que la demandante tenga una sociedad conyugal vigente, nada desdice que haya existía dependencia económica respecto de su hijo. Se tuvo como prueba la investigación administrativa aportada por la demandada y lo cierto es que se tuvo por no contestada la demanda, prueba que tampoco había sido decretada.

5. Alegatos de conclusión

5.1 Demandante: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acceda al reconocimiento pensional, pues esgrime que el a quo manifestó que la demandante tenía varias propiedades; sin embargo, ello no es cierto ya que no tiene bienes inmuebles; que el a quo no se detuvo a valorar todos los medios de prueba, y que no es necesario que la actora se encuentre en estado de indigencia; que los testigos no fueron tachados de falso y son concluyentes en la dependencia económica de la actora con el de cujus.

5.2 Porvenir S.A.: Manifiesta que la decisión de instancia debe confirmarse en su integridad, ya que no se cumplen los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes.

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) ¿Dentro del presente juicio se encuentra demostrada la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo Fredy Roberto Camacho? y (ii) ¿Le asiste derecho a la señora Eloisa Marín Prieto al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del deceso de su hijo?

Fallecimiento/Densidad de semanas

En el presente caso, no está en discusión que el señor Fredy Roberto Camacho falleció el 29 de diciembre de 2014, como da cuenta el registro civil de defunción visto a folio 19 del plenario y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues del reporte de semanas cotizadas en pensiones se tiene que dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó 154 semanas (fols. 40, 73, 74,), temas que no fueron objeto de recurso de apelación.

Normatividad aplicable

Tampoco está en controversia que la normatividad aplicable para el presente caso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, atendiendo la fecha de fallecimiento del señor Fredy Roberto Camacho.

Parentesco

Igualmente, no media controversia en que la demandante Eloisa Marín Prieto es la progenitora del causante, conforme se extrae del registro civil de nacimiento visto a folio 17.

Dependencia económica

Para resolver el problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante, debemos remitirnos al literal d) del art. 47 de la L. 100/93, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, el cual señala que son beneficiarios de la

pensión de sobrevivientes ***los padres, sí dependían económicamente del causante.***

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica "total y absoluta"**, al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento del fallecimiento su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

Conforme a lo anterior, sea lo primero reseñar que tal y como lo manifestó la parte actora al momento de presentar la correspondiente apelación, a la demandada PORVENIR S.A. se le tuvo por no contestado el libelo genitor, pues así se extrae de la providencia de fecha 6 de noviembre de 2020, por tal razón y conforme lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 31 del CPT y SS, en contra de este extremo pasivo recae un indicio grave en contra, indicio que debe ser valorado conforme los demás medios de prueba obrantes en el expediente, conforme lo determina el art. 60 ibídem. Atendiendo las mismas consideraciones no era viable declarar probadas las excepciones formuladas por PORVENIR S.A., pues conforme fue anotado, la demanda se tuvo por no contestada.

La parte demandante enrostra la incorrecta valoración probatoria efectuada a las declaraciones juramentadas allegadas al proceso y que reposan a folios 33 a 39 del plenario. Al respeto, sea lo primero señalar que, en armonía con lo dispuesto en los artículos 188 y 222 del CGP, las declaraciones anticipadas con fines judiciales son totalmente válidas aun sin la intervención de la persona contra quien se aduzca, siempre y cuando no sea solicitada su ratificación, en caso de no lograrse ésta, las manifestaciones allí contenidas carecerán de valor probatorio. En el caso de autos

no se solicitó por parte de la pasiva la ratificación de las declaraciones rendidas por los señores Juan Robayo Segura, Henry Castiblanco, Silvia Muñoz, Miguel Camacho Prieto, Alberto Camacho Prieto y Delsy López Acosta, por tal razón, no hay lugar a restarles valor probatorio y al igual que el indicio debe ser valorado en conjunto con todo el acervo probatorio recaudado en juicio.

Decantado lo anterior, tenemos a folio 33 del informativo declaración juramentada del señor Juan Robayo Segura, quien sostuvo el 27 de abril de 2017 ante notario público que, Fredy Roberto Camacho al momento de su fallecimiento no tenía hijos, era soltero y sostenía económicamente a Eloisa Marín Prieto, quien era su progenitora.

En igual sentido y ante notario público declaró el señor Henry Castiblanco, quien el día 27 de abril de 2017, señaló que la señora Eloisa Marín Prieto dependía económicamente de su difunto hijo Fredy Roberto Camacho, quien a su vez no tenía hijos (fl. 34).

La señora Ana Silvia Muñoz también señaló que en vida Fredy Roberto Camacho sostenía económicamente a la señora Eloisa Marín Prieto, quien era su mamá (fl 35).

Los señores Miguel Camacho Prieto, Alberto Camacho Prieto y Delsy López Acosta ante el Notario Único del Circulo del Municipio de Subachoque y Municipio del Rosal, señalaron que Fredy Roberto Camacho falleció el 29 de diciembre de 2014 y que les consta que al momento de su deceso no tenía hijos, no era casado, vivía en con la señora Eloisa Marín Prieto, quien era su mamá y que ella dependía económicamente del causante y así se puede observar a folios 36 a 38.

A su vez, tenemos que obra a folios 96 a 97 informe de investigación para pago de prestaciones económicas, al respecto, y por ser objeto de apelación, es menester indicar que a pesar de que dicho documento fue aportado por PORVENIR S.A., a quien se le tuvo por no contestada la demanda, lo cierto es la juez de conocimiento dispuso decretar de oficio las documentales obrantes a folios 96 a 109 del expediente, por tal razón, no existe razón alguna para que este medio de prueba sea excluido del acervo probatorio.

Definido lo anterior se observa que, como resultado final de la investigación adelantada por León y Asociados, se logró acreditar que a la fecha del deceso del señor Fredy Roberto Camacho no tenía matrimonio, unión marital de hecho, ni hijos; que vivía con sus padres señores Roberto Camacho Prieto (Pensionado por Colpensiones en virtud del fallecimiento de un hijo) y Eloisa Marín Prieto, quien se indicó que era ama de casa. En dicha investigación, también se señala que compartían los gastos del hogar con su hijo, que tenían otros 3 hijos más pero que eran independientes y no les colaboraban económicamente. Que esta información también fue corroborada telefónicamente por los señores Fabio Andrés Camacho Marín (hermano del afiliado) y Mayra Camacho (amiga del afiliado). Otro hallazgo revelado con dicha investigación es que Fredy Roberto Camacho reportaba afiliación a salud en la EPS Saludcoop como cotizante dependiente, sin beneficiario a cargo, a pesar de lo anterior, la señora Eloisa Marín Prieto registra como beneficiaria de su esposo Roberto Camacho.

De igual forma, la investigación arroja que la señora Eloisa Marín Prieto no registra establecimientos de comercio a su nombre, no percibe pensión, ni ayudas

económicas del estado, sin embargo, registra como propietaria de un inmueble, según consulta realizada en el sistema VUR.

De acuerdo con lo hasta aquí analizado, es totalmente diáfano para esta colegiatura que contrario a lo sostenido por la juez de instancia, se encuentra debidamente acreditada la dependencia económica que existía por parte de la señora Eloisa Marín Prieto respecto del finado Fredy Roberto Camacho, así claramente lo ilustran las manifestaciones de los deponentes Juan Robayo Segura, Henry Castiblanco, Silvia Muñoz, Miguel Camacho Prieto, Alberto Camacho Prieto y Delsy López Acosta en sus declaraciones juramentadas y los señores Fabio Andrés Camacho Marín y Mayra Camacho, dentro de la investigación administrativa, y si bien, dichas manifestaciones no describen circunstancias particulares de este elemento, ello no quiere decir que sea óbice para restarles valor probatorio, máxime cuando al unisonó señalaron que en efecto Fredy Roberto Camacho era quien sostenía económicamente a la aquí demandante.

La carga de la prueba de la dependencia económica, corresponde en principio, a la madre demandante y al estar aquella establecida, como sucede en el sub examine, será al demandando a quien le corresponda desvirtuar esta afirmación, aún más cuando sobre ella pesa un indicio grave conforme se advirtió anteriormente.

De acuerdo con ello, tenemos que PORVENIR S.A., no logró infirmar dicha aseveración, pues no existe ningún medio de convicción, que tenga el alcance suficiente para demostrar que en efecto la señora Eloisa Marín Prieto, no dependía económicamente de Fredy Roberto Camacho y que ella por sus propios medios podía satisfacer sus necesidades básicas, pues si bien fue acreditado que la señora Eloisa Marín Prieto era propietaria de un inmueble, PORVENIR S.A. no demostró que el mismo generara renta o ingresos que permitieran corroborar que contrario a lo sostenido por la activa, ella tenía una independencia económica y que la misma le permitía asumir con su propio pecunio sus gastos personales y necesidades básicas.

Por tanto, teniendo en cuenta que la demandante logró acreditar la dependencia económica, es claro que se debe revocar la absolució impartida en primera instancia, razón por la cual se le reconocerá a la demandante una pensión de sobreviviente a partir del 29 de diciembre del 2014 (fecha del fallecimiento del señor Fredy Roberto Camacho). Para determinar el valor de la pensión, es menester señalar que en los términos del art. 48 de la Ley 100 de 1993, se aplicó una tasa de reemplazo del 45%, en razón de 154 semanas cotizadas, sobre el ingreso base de liquidación, valor que resulta ser inferior al salario mínimo vigente para esta data, por lo tanto en virtud de la garantía de pensión mínima, contenida en el art. 48 Inc. 3 de la Ley 100 de 1993, le corresponde una mesada pensional en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente y por 13 mesadas al año de conformidad con el Acto Legislativo 01 del 2005.

Cuantificación del retroactivo

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que PORVENIR S.A. adeuda a la demandante la suma de \$63.020.170 por las mesadas causadas entre el 29 de diciembre de 2014 y el 30 de abril de 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Año	Valor mesada	No. Mesadas	Valor Retroactivo
2014	\$ 616.000,00	0,2	\$ 123.200,00
2015	\$ 644.350,00	13	\$ 8.376.550,00
2016	\$ 689.454,00	13	\$ 8.962.902,00
2017	\$ 737.717,00	13	\$ 9.590.321,00
2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	13	\$ 11.411.439,00
2021	\$ 908.526,00	4	\$ 3.634.104,00
		TOTAL	\$ 63.020.170,00

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

En torno a los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1994 establece que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales 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 efectuó el pago, por tanto, es claro que en el presente caso procede la condena por concepto de intereses moratorios pues la entidad demandada no le ha cancelado al actor las mesadas a las que tiene derecho.

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.

Por lo anterior, tenemos que la reclamación se efectuó el día 26 de febrero de 2015, según se desprende del contenido de la documental de folio 20 del plenario, por tal razón, se deberá reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del 26 de abril de 2015.

Indexación

Dada la prosperidad de la anterior pretensión y en la medida que esta petición se plantea de manera subsidiaria, la sala se releva del estudio de esta petición.

Excepciones

Teniendo en cuenta que mediante auto de fecha 6 de noviembre de 2020 se dispuso tener por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A., no hay lugar a efectuar pronunciamiento al respecto.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A., y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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 16 de febrero de 2021 por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a pagar a favor de la señora Eloisa Marín Prieto una pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su hijo Fredy Roberto Camacho a partir del 29 de diciembre de 2014 en cuantía inicial de \$616.000 la cual deberá ser reajustada anualmente y pagarse en 13 mesadas al año.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagarle la suma de \$63.020.170 por las mesadas causadas entre el 29 de diciembre de 2014 y el 30 de abril de 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer a la señora Eloisa Marín Prieto los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 26 de abril de 2015.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A.

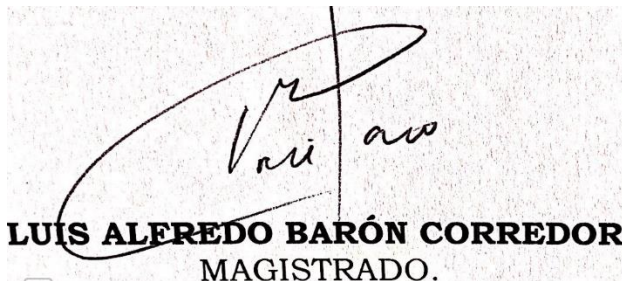
La presente providencia se notifica a las partes en edicto,



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-

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. el equivalente a UN SMLMV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada